



Universidad Nacional Autónoma de México
Programa de Posgrado en Derecho
Facultad de Derecho

Fundamentos filosóficos de los derechos humanos

Tesis
Que para optar por el grado de
Maestro en Derecho

Presenta:
Carlos Ariel Lim Acosta

Tutor:
Mtro. Alfonso Estuardo Ochoa Hofmann
Facultad de Derecho

Ciudad de México, noviembre de 2020



Universidad Nacional
Autónoma de México



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.

Dedicatoria

El presente trabajo se lo dedico a todas aquellas personas que dentro de sus respectivos proyectos de vida han luchado por los derechos humanos, ya que la humanidad se encuentra en una época en la cual se han vuelto necesarios los derechos humanos y las grandes tragedias sociales de la actualidad han ocurrido siempre que se deja de respetar la dignidad de las personas.

Espero que la investigación contribuya a la resolución de algunos de los problemas contemporáneos de los derechos humanos, por los cuales sin duda la sociedad se encuentra en pie de lucha.

Agradecimientos

A mis padres y a mi hermano por su apoyo constante, así como por su comprensión respecto al escaso tiempo que convivo con ustedes, con motivo de los constantes esfuerzos que llevo a cabo para superarme intelectualmente.

A la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) por haberme recibido en sus aulas y permitirme crecer profesionalmente.

Al Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología (CONACYT) por el otorgamiento de una beca para la realización de los estudios Maestría en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM.

A mi muy estimado Mtro. Alfonso E. Ochoa Hofmann por realizar una extraordinaria labor académica con nosotros tus estudiantes. Eres un digno ejemplo que seguir ya que siempre nos has transmitido pasión por la enseñanza del conocimiento humano. Gracias a tu dirección, dedicación, consejos, confianza, paciencia y apoyo incondicional he logrado crecer como persona. Sin duda mi estancia en la Ciudad de México a tu lado como mi maestro y amigo fue sumamente significativa y te agradezco infinitamente el haberme permitido comenzar en forma una carrera académica, sueño que surgió tiempo atrás cuando inicié mis estudios, por lo que siempre tendré presentes tus sermones y constantes exhortaciones dirigidas a mi realización humana.

A mis profesores del Programa de Maestría en Derecho en la Facultad de Derecho de la UNAM por haber dado lo mejor de sí, con la fuerte esperanza de que su esfuerzo se vea reflejado en mi crecimiento personal y profesional.

A mis colegas Alan Daniel López, Jesús Rivera, Aarón Almanza, Erika González, Samuel León, Edna Bravo, David Montaña, Héctor Fernando Tapia y Mauricio Siliceo, por su compañía y amistad durante mi residencia en la Ciudad de México.

A Laura Camarillo, María del Refugio Macías, Nataly Rosas e Isaac de Paz, por haberme motivado a continuar desarrollándome en el ámbito académico.

Al juez Óscar Gastón Rodríguez Celia por permitirme colaborar en el sistema de justicia penal acusatorio en el cual tuve un acercamiento con la práctica jurídica de los derechos humanos.

Al magistrado Alejandro Rodríguez Escobar por sus exhortaciones para concluir mis estudios de posgrado en la UNAM y permitirme aportar ideas en la resolución de asuntos sobre derechos humanos.

A Diego Amador por recordarme que el mundo académico debe vivirse con entusiasmo.

A todas y a todos los que conocieron este trabajo y se dieron el tiempo de leerlo, así como de emitir sugerencias y motivarme a concluirlo, de los cuales no hago mención por temor de omitir a alguien.

Resumen

Se trata de una tesis cuyo tema de investigación son los *fundamentos filosóficos de los derechos humanos* y en la medida en que avanzó el estudio del tema se optó por describir algunos de los principales jurídicos por no observar los fundamentos filosóficos de tipo iusnaturalista de los derechos humanos, mediante las restricciones constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN).

El documento contiene tres capítulos en los cuales se planteó el marco teórico y conceptual a través del que se analizó el problema de investigación. Respecto al primer capítulo se explicó la cuestión de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, con especial énfasis en el modelo iusnaturalista. Se expuso brevemente sobre el origen de los derechos humanos para contextualizarlos en el pensamiento occidental; luego, se realizó un análisis conceptual sobre los derechos humanos para distinguirlos de algunos conceptos semejantes; posteriormente, se estudiaron los aspectos generales del modelo iusnaturalista de fundamentación los derechos humanos, en el cual se contrastó con otros modelos vigentes; posteriormente, se describieron ciertas afinidades entre la fundamentación filosófica y la práctica jurídica de los derechos humanos.

En relación con el segundo capítulo se describió que son las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN. Para ello, previamente se llevó a cabo una síntesis sobre las generalidades de la historia constitucional mexicana en la cual Estado se ha pronunciado por el reconocimiento de los derechos humanos y como fue es que la SCJN también lo ha hecho; luego, se realizó una diferenciación conceptual entre suspensión, regulación y restricción de derechos humanos, para explicar

cómo es que la SCJN después de haber reconocido los derechos humanos introdujo las restricciones constitucionales a estos derechos.

Sobre el tercer capítulo se buscó exponer el caso del arraigo como uno de los principales precedentes judiciales de la SCJN en el cual se consideró que no fueron observados los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales. Para ello se explicó el proceso de consolidación de las restricciones constitucionales de la SCJN; después, se analizó la figura del arraigo y se describieron algunos de los principales problemas jurídicos por la no observancia de los fundamentos iusnaturalista de los derechos humanos.

Entonces, al haber revisado el marco teórico y conceptual se arribó a la conclusiones de la investigación.

Índice

Introducción	1
Capítulo 1	
Fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos	
1.1 Acercamiento <i>prima facie</i> a los principales momentos históricos de los derechos humanos en occidente	13
1.2 Aproximación conceptual hacia los derechos humanos	18
1.2.1 Derechos naturales	18
1.2.2 Derechos subjetivos	20
1.2.3 Derechos fundamentales	23
1.2.4 Derechos humanos	25
1.3 El iusnaturalismo como modelo preponderante de fundamentación de los derechos humanos	28
1.3.1 El significado de fundamentar derechos humanos	28
1.3.2 El modelo de fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos	31
1.3.2.1 Iusnaturalismo clásico: un acercamiento	31
1.3.2.2 Iusnaturalismo moderno: una aproximación	36
1.4 Diversos modelos de fundamentación de los derechos humanos	43
1.4.1 Fundamentación intersubjetiva de los derechos humanos	43
1.4.2 Fundamentación ética de los derechos humanos	46
1.5 Convergencia entre la fundamentación y la práctica jurídica de los derechos humanos	47
Capítulo 2	
Reconocimiento de los derechos humanos en México y sus restricciones constitucionales por parte de la SCJN	
2.1 Panorama sobre el reconocimiento constitucional de los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano	51
2.1.1 Reforma constitucional sobre derechos humanos de 2011	55
2.2 El papel de la SCJN en el reconocimiento constitucional de los derechos humanos	59
2.2.1 Garantías constitucionales de los derechos humanos	59
2.2.1.1 Control jurisdiccional de la constitucionalidad	62
2.2.1.2 Control de convencionalidad y su recepción nacional	65
2.3 Delimitación conceptual entre suspensión, regulación y restricción de derechos humanos	70

2.3.1 Suspensión de derechos humanos	70
2.3.2 Regulación de derechos humanos	72
2.3.3 Restricción de derechos humanos	74
2.4 Restricciones constitucionales a derechos humanos de la SCJN	77
2.4.1 La Jurisprudencia en México	77
2.4.2 Jurisprudencia fundadora de las restricciones constitucionales a derechos humanos: contradicción de tesis 293/2011	80

Capítulo 3

Configuración del arraigo como restricción constitucional a los derechos humanos: nuevos problemas jurídicos

3.1 Consolidación de las restricciones constitucionales a los derechos humanos en la SCJN: nuevos problemas jurídicos	89
3.2 El arraigo como media cautelar: su naturaleza originaria	95
3.2.1 Medidas cautelares en materia penal: aspectos generales	95
3.2.1.1 El arraigo domiciliario	98
3.3 Transición del arraigo hacia una restricción constitucional a los derechos humanos: amparo directo en revisión 1250/2012 de la SCJN	99
3.3.1 Antecedentes jurídicos del caso	99
3.3.2 Observaciones sobre la decisión adoptada por la SCJN	102
3.4 Algunos problemas jurídicos por la no observancia de los fundamentos de los derechos humanos por medio de las restricciones constitucionales	105
Conclusiones	110
Bibliografía	112

Tabla de abreviaturas

CADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
CFPP	Código Federal de Procedimientos Penales
CJF	Consejo de la Judicatura Federal
CNDH	Comisión Nacional de los Derechos Humanos
CNPP	Código Nacional de Procedimientos Penales
Corte IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
DIDH	Derecho Internacional de los Derechos Humanos
DUDH	Declaración Universal de Derechos Humanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
DUDH	Declaración Universal de los Derechos Humanos
FGR	Fiscalía General de la República
ONU	Organización de las Naciones Unidas
PGR	Procuraduría General de la República
PIDCP	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
PIDESC	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
PJF	Poder Judicial de la Federación
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
SUDH	Sistema Universal de protección de Derechos Humanos
TEPJF	Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación

Introducción

Planteamiento del problema

La expresión 'derechos humanos' es considerada ambigua ya que se trata de una categoría conceptual que puede ser entendida de varios modos o admitir distintas interpretaciones, lo cual es un problema inevitable que surge siempre que se lleva a cabo su estudio. Por ello, en la presente investigación para la conceptualización de los derechos humanos se decidió adoptar una línea argumentativa basada en el iusnaturalismo, lo cual se encuentra justificado en el apartado correspondiente de este documento.

En ese sentido, se refiere que los derechos humanos han sido definidos por Enrique Pérez Luño como un: “conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional”.¹

Conforme a la citada explicación, se considera que debe entenderse que los derechos humanos no tienen porqué limitarse al campo jurídico, ni a la relación bilateral entre gobernado y gobernante, debido a que la sociedad identificó la existencia de obligaciones o deberes propios de la naturaleza humana tiempo antes del surgimiento del Estado, a través de los derechos humanos en el plano de la filosofía. Inclusive, los derechos humanos en la actualidad tienen un valor histórico, conceptual, teórico y práctico que los ha posicionado como reclamos vigentes de la sociedad contemporánea, de ahí que se trate de una cuestión relevante para las ciencias sociales y humanas, así como para la ciencia jurídica.

¹ Pérez Luño, Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitucion*, 11^{va} ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 50.

Dentro de la comunidad internacional se ha construido un entendimiento generalmente homogéneo sobre lo que la expresión 'derechos humanos' debe significar, pues a partir de que concluyó la Segunda Guerra Mundial y surgió la Organización de las Naciones Unidas (ONU) se suscribió la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), documento en el cual se construyó un significado ampliamente aceptado de la expresión 'derechos humanos', con motivo de la cantidad extensa de Estados que la han suscrito y tomado como referente para su recepción en sede nacional.

Del mismo modo, la DUDH ha servido como un punto de partida indispensable para la creación de instituciones internacionales y ordenamientos jurídicos especializados en la materia, así como para la implementación políticas de Estado, políticas gubernamentales y políticas públicas en derechos humanos, igualmente, para la promoción de educación en y desde los derechos humanos. Entonces, se estima que en la época contemporánea el proyecto común entre los Estados, los organismos internacionales y la sociedad civil es la lucha por el reconocimiento y protección de los derechos humanos.

Al respecto, para lograr el reconocimiento y protección de los derechos humanos debe contarse con estrategias, instrumentos y técnicas jurídicas que permitan garantizarlos, además tienen que generarse condiciones económicas, sociales y políticas que los hagan viables. Sin embargo, se considera que existe un problema que ocasiona protección débil o ausencia de protección de los derechos humanos que no ha sido debidamente estudiando, el cual es la no observancia de sus fundamentos filosóficos por parte del Estado, quien resulta ser el primer y natural sujeto obligado respecto a los derechos humanos. Consecuentemente, se ha denunciado que esta problemática es una de las principales causas de debilidad jurídica y estructural de los derechos humanos,² lo cual se pretende describir en la investigación que se plantea.

² Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 108.

Asimismo, en el afán de fundamentar los derechos humanos los juristas han construido distintos modelos teóricos para justificar la existencia, contenido y propósitos últimos de los derechos humanos. Dentro de los principales modelos de fundamentación filosófica se encuentran el iusnaturalista, el intersubjetivo (consenso racional y universal) y el ético. Por consiguiente, respecto a esta investigación se adoptará el modelo de fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos debido a que ha sido preponderante en el desarrollo de dichos derechos. Incluso, se trata de la doctrina con mayor difusión y tradición histórica, así como se estima que el resto de las explicaciones filosóficas no han logrado desvirtuarla, lo cual es descrito en el primer capítulo del trabajo de investigación.³

En la actualidad, a grandes rasgos, los operadores jurídicos del Estado le han restado importancia al discernimiento de la fundamentación filosófica de los derechos humanos, lo cual ha generado múltiples problemas teórico-prácticos como que la práctica jurídica se lleve a cabo sin tomar en cuenta los fines últimos de los derechos humanos. Por ende, aquella práctica jurídica de los derechos humanos en la que no se tome en cuenta su fundamentación filosófica provoca el incumplimiento de uno de los propósitos principales de los derechos humanos el cual es: preservar la dignidad de la persona ante las decisiones mayoritarias y los intereses del poder político.⁴

Por ello, ante la existencia de una práctica jurídica de los derechos humanos desligada de sus fundamentos filosóficos se considera que existe el peligro inminente de que los derechos humanos sean desnaturalizados, por lo cual se propone investigar el tema de la fundamentación filosófica de

³ Algunas obras en las cuales se analiza la cuestión de los modelos de fundamentación de los derechos humanos son: Agudelo Ramírez, Martín. *Problemas de la fundamentación de los derechos humanos: bases ontológicas*, Temis, Bogotá, 2011; Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992; Bidart Campos, German. *Teoría general de los derechos humanos*, UNAM, México, 1993; Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991; Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2^{da} ed., Astrea, Buenos Aires, 1989; Papacchini, Ángel. *Filosofía y derechos humanos*, 3^{ra} ed., Universidad de Valle, Cali, 2003.

⁴ Santiago, Alfonso (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p. 218.

los derechos humanos y describir algunos de los principales problemas jurídicos originados por desvincular los fundamentos y la práctica jurídica de los derechos humanos.

Para evidenciar el problema de investigación se consideró pertinente hacer un estudio de caso sobre la doctrina jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) de México, creada en contradicción de tesis 293/2011 en la cual se determinó la prevalencia de restricciones al ejercicio de derechos humanos que fueron reconocidos por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) frente a derechos humanos que han sido igualmente reconocidos en tratados internacionales, que hayan sido suscritos y ratificados por el Estado mexicano.

Básicamente, la doctrina jurisprudencial de la SCJN sobre las restricciones constitucionales a los derechos humanos sostiene que cuando en la CPEUM se hubiere decretado una restricción a derecho humano alguno se debe obedecer únicamente a lo dispuesto por la norma constitucional que impuso la restricción, sin perjuicio de que ello pueda considerarse un menoscabo a los derechos humanos debido a que se trata de una manifestación de la voluntad soberana del constituyente originario o del poder revisor de la Constitución.

Sin embargo, en México se emitió un decreto que reformó diversos artículos de la CPEUM en materia de derechos humanos (publicado el diez de junio de dos mil once, en el Diario Oficial de la Federación -DOF-) en el cual, entre otras cosas, se adicionaron al texto constitucional principios, obligaciones y deberes relacionados con este tema. De igual forma, se refiere que se transitó hacia un régimen jurídico nacional de reconocimiento de los derechos humanos en el cual se adoptaron obligaciones jurídicas previstas en los tratados internacionales relativos a la materia, con la finalidad de respetar el principio *pacta sunt servanda*.⁵ De modo que el objetivo de la

⁵ Este principio significa que las disposiciones contenidas en aquellos tratados internacionales suscritos y ratificados por un Estado deben cumplirse, porque existe la presunción de buena fe entre los Estados parte, lo cual produce la obligación de llevarlos a cabo conforme a las reglas fijadas en estos.

reforma constitucional de 2011 fue reconocer y proteger los derechos humanos mediante las instituciones previstas en el orden jurídico, lo cual representó un progreso hacia la realización de los fines últimos de los derechos humanos originados en sus fundamentos filosóficos.

En contraposición con la citada reforma constitucional, se refiere que la doctrina jurisprudencial de la SCJN ha hecho las veces de una contrarreforma judicial de los derechos humanos, ya que de manera preliminar se han identificado varios problemas jurídicos, entre ellos, las restricciones al ejercicio de los derechos humanos, la reducción del ámbito de aplicación de algunos medios jurisdiccionales de protección de los derechos humanos, la creación de interpretación en materia de derechos humanos que resultó regresiva para los mismos, y el incumplimiento de obligaciones internacionales en la materia.

Con la doctrina jurisprudencial en materia de restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN el poder reformador de la Constitución implícitamente ha quedado habilitado jurídicamente para que en el supuesto de que pretenda suprimir, prohibir o restringir algún derecho humano, únicamente necesitaría emitir una reforma o adición al texto Constitucional en el que haga expresa tal circunstancia. Lo anterior constituye por sí mismo una regresión a los derechos humanos y coloca a la sociedad en una situación de opresión generada por el Estado.

La doctrina jurisprudencial sobre restricciones constitucionales es un ejemplo de que los operadores jurisdiccionales del Estado mexicano no atienden a la fundamentación filosófica de los derechos humanos para identificar conceptos, contenidos, características y propósitos de los derechos humanos. Este problema se puede observar en algunos precedentes judiciales en los cuales la SCJN implementó jurisprudencia obligatoria que convalidó restricciones constitucionales al ejercicio de algunos derechos humanos como la libertad personal, la integridad física, el derecho de acceso a la justicia y el derecho a un recurso efectivo. Entre los casos más relevantes se encuentran:

- a) El arraigo como medida cautelar en materia penal, previsto en el artículo 16, párrafo octavo, de la CPEUM: amparo directo en revisión 1250/2012.
- b) La restricción de no aplicar jurisprudencia aunque se considere contraria al Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH): contradicción de tesis 299/2013.
- c) La restricción de acceso a garantías constitucionales para combatir algunas decisiones del Consejo de la Judicatura Federal (CJF), previsto en el artículo 100, párrafo noveno, de la CPEUM: amparo directo en revisión 1312/2014.
- d) La restricción del recurso de revisión en el juicio de amparo directo cuando se impugne una ley general por contravenir un tratado internacional: contradicción de tesis 21/2011.

Por lo que hace a la presente investigación se propone analizar el caso del arraigo, ya que se estima que se trata de uno de los principales precedentes judiciales que permite apreciar apropiadamente la no observancia de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos por parte de los operadores jurídicos del Estado mexicano, lo cual se logrará estudiar en el apartado correspondiente del capítulo tercero de la investigación.

Entonces, de manera enunciativa y no limitativa, se considera que dentro de las consecuencias de que los operadores jurídicos del Estado no tomen en cuenta los fundamentos filosóficos de los derechos humanos se encuentra que carecerían de un marco teórico que les permita comprender cual es el concepto, contenido, características y propósito de los derechos humanos reconocidos dentro del orden jurídico.

Consecuentemente, en la práctica jurídica a los operadores jurídicos del Estado les sería complicado realizar interpretaciones a los contenidos de los derechos humanos, o plantear argumentación en torno a los derechos humanos. Del mismo modo, no habría lugar para justificar obligaciones jurídicas sobre derechos humanos más allá del orden jurídico nacional.

Preguntas

La pregunta general de la investigación es:

¿Cuáles son los principales problemas jurídicos por no observar los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales de la SCJN?

Al respecto, las preguntas particulares son:

1. ¿Qué es el modelo teórico de fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos?
2. ¿Qué son las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN?
3. ¿Cuál es uno de los principales precedentes judiciales de la SCJN en el cual no se observaron los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos?

Objetivos

El objetivo general de la tesis es:

Determinar los principales problemas jurídicos por no observar los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales de la SCJN.

Para ello, los objetivos particulares son:

1. Explicar el modelo teórico de fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos.
2. Describir que son las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN.
3. Exponer uno de los principales precedentes judiciales de la SCJN en el cual no se observaron los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales.

Hipótesis

La hipótesis general de esta investigación es que:

Los principales problemas jurídicos por no observar los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante de las restricciones constitucionales de la SCJN son: a) la dificultad para determinar el contenido de los derechos humanos; b) la protección débil, o en su caso, ausencia de protección de los derechos humanos; y c) la posibilidad de prohibición de los derechos humanos.

En ese sentido, las hipótesis particulares son que:

1. El modelo teórico preponderante fundamentación de los derechos humanos es el iusnaturalismo.
2. Las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN son normas o interpretaciones al texto constitucional que prohíben ejercer algún derecho humano o eliminan la posibilidad jurídica de llevarlos a cabo.
3. Uno de los principales precedentes judiciales de la SCJN en el cual no se observaron los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales es el caso del arraigo domiciliario como medida cautelar en materia penal, analizado en el amparo directo en revisión 1250/2012 de la SCJN.

Matriz de congruencia

Con la finalidad de corroborar que las preguntas, objetivos e hipótesis tienen congruencia entre sí, es decir, para evidenciar la organización o secuencia lógica en el proceso de investigación, se elaboró la siguiente matriz de congruencia:

Pregunta general	Objetivo general	Hipótesis general
¿Cuáles son los principales problemas jurídicos por no	Determinar los principales problemas jurídicos por no	Los principales problemas jurídicos por no observar los

<p>observar los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales de la SCJN?</p>	<p>observar los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales de la SCJN.</p>	<p>fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante de las restricciones constitucionales de la SCJN son: a) la dificultad para determinar el contenido de los derechos humanos; b) la protección débil, o en su caso, ausencia de protección de los derechos humanos; y c) la posibilidad de prohibición de los derechos humanos.</p>
<p>Preguntas particulares</p>	<p>Objetivos particulares</p>	<p>Hipótesis particulares</p>
<p>¿Qué es el modelo teórico de fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos?</p>	<p>Explicar el modelo teórico de fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos.</p>	<p>El modelo teórico preponderante fundamentación de los derechos humanos es el iusnaturalismo.</p>
<p>¿Qué son las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN?</p>	<p>Describir las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN.</p>	<p>Las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN son normas o interpretaciones al texto constitucional que prohíben ejercer algún derecho humano o eliminan la posibilidad jurídica de realizarlos.</p>

<p>¿Cuál es uno de los principales precedentes judiciales de la SCJN en el cual no se observaron los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos?</p>	<p>Exponer uno de los principales precedentes judiciales de la SCJN en el cual no se observaron los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales.</p>	<p>Uno de los principales precedentes judiciales de la SCJN en el cual no se observaron los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales es el caso del arraigo domiciliario como media cautelar en materia penal, analizado en el amparo directo en revisión 1250/2012 de la SCJN.</p>
---	--	--

Justificación

La búsqueda de la fundamentación filosófica de los derechos es una cuestión compleja para la teoría jurídica contemporánea, ya que a través de tales tipos de fundamentos es posible construir el concepto, contenido, características y propósitos últimos de los derechos humanos. Mientras que la defensa jurisdiccional de los derechos humanos se encarga de procurar por su reconocimiento, promoción, respeto y tutela efectiva, la cual tiene sus propios retos, dificultades o complejidades.

Entonces, se considera que resulta necesario indagar si los operadores jurisdiccionales del Estado en la práctica jurídica de los derechos humanos actúan en congruencia con la fundamentación filosófica de dichos derechos, ya que en algunos casos los mencionados operadores han realizado acciones que en vez de defender los derechos humanos fehacientemente los han transgredido.

La investigación analiza los fundamentos filosóficos de los derechos humanos, así como dimensiona la relación entre la fundamentación y la

protección de los derechos humanos. Promueve que los operadores jurídicos del Estado consideren tales temáticas en la práctica jurídica, demuestra que hacer caso omiso a sus fundamentos genera problemas para el ejercicio de los derechos humanos, y permite generar nuevas líneas de investigación interdisciplinarias principalmente entre las áreas de teoría y filosofía del derecho, teoría del Estado, derecho constitucional, derecho comparado, derechos humanos, derecho procesal constitucional y derecho internacional de los derechos humanos.

Método

Para lograr el cumplimiento de los objetivos de la investigación se ha planteado la elaboración de la tesis con base en el método cualitativo. A través de la recopilación de información obtenida en fuentes documentales como libros, revistas académicas, diccionarios jurídicos y de filosofía, así como de legislación y jurisprudencia nacional e internacional se pudieron estudiar cada uno de ellos.

En ese sentido, se planificó llevar a cabo la investigación en tres capítulos. El primer capítulo aborda el tema de la fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Para ello se investigó con base en obras jurídicas y filosóficas relevantes, en las que se analizaron las opiniones de autores que cuentan con publicaciones editadas por sellos editoriales de prestigio que son arbitradas, y la comunidad académica las ha tomado en consideración. Se trató de un capítulo que conformó la primera sección del marco teórico y conceptual de la investigación.

En el segundo capítulo se analizó el tema de las restricciones constitucionales a derechos humanos. Por lo cual se revisaron las aportaciones en materia de derechos humanos reconocidos en las constituciones mexicanas y autores sobre la teoría constitucional; asimismo el marco jurídico vigente, esto es, la Constitución, la legislación general, la jurisprudencia nacional e internacional, para contextualizar como se formaron

las restricciones constitucionales en la contradicción de tesis 293/2011 del Pleno de la SCJN.

En el tercer capítulo se trata sobre el arraigo como restricción constitucional de los derechos humanos, el cual al mismo tiempo no observa los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos. En ese sentido, se analizó el marco constitucional y legal en materia de arraigo, además se consultaron autores nacionales sobre el tema y finalmente se elaboró un diagnóstico con base en los temas analizados a lo largo de la investigación.

Finalmente, a través del análisis del marco teórico y conceptual se obtuvieron una serie de conclusiones como producto de la investigación planteada.

Capítulo 1

Fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos

Sumario: 1.1 *Acercamiento prima facie a los principales momentos históricos de los derechos humanos en occidente.* 1.2 *Aproximación conceptual hacia los derechos humanos.* 1.3 *El iusnaturalismo como modelo preponderante de fundamentación de los derechos humanos.* 1.4 *Diversos modelos de fundamentación de los derechos humanos: una breve aproximación.* 1.5 *Convergencia entre la fundamentación y la práctica jurídica de los derechos humanos.*

Este capítulo tiene como objetivo explicar el modelo teórico de fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos. Se expone un acercamiento al origen histórico de los derechos humanos con lo que se contextualizarían en el pensamiento occidental; luego, se realiza un análisis conceptual sobre los derechos humanos para distinguirlos de aquellos conceptos semejantes; posteriormente, se estudia el modelo iusnaturalista de fundamentación los derechos humanos y se contrasta con otros modelos existentes; finalmente, se describen algunas afinidades entre la fundamentación y la práctica jurídica de los derechos humanos.

1.1 Acercamiento *prima facie* a los principales momentos históricos de los derechos humanos en occidente

En este apartado de la investigación se describe un panorama general de las etapas históricas por las cuales se ha construido la idea de los derechos humanos con el propósito ubicar el tema en su contexto originario, es decir,

en la tradición filosófica y jurídica de occidente preponderantemente forjada en Europa occidental.⁶

A través de la historia, como disciplina de las ciencias sociales y humanidades, la persona humana ha logrado reflexionar sobre la mayoría de los aspectos que involucran su desarrollo como especie, a modo que le ha sido posible comprender los acontecimientos del presente y vislumbrar lo que probablemente ocurrirá en situaciones futuras. Ahora, en la medida en la cual han progresado las disciplinas filosóficas y científicas, la humanidad ha evolucionado a tal grado que se dieron las condiciones teóricas para construir lo que en la actualidad se denomina 'derechos humanos'. Lo anterior probablemente se inició desde los orígenes de la especie humana, sin embargo fue en acontecimientos históricos recientes que se lograron identificar aportaciones sustanciales al respecto.

En ese sentido, los derechos humanos se han estudiado de manera multidisciplinaria esencialmente por la filosofía, ciencia política, derecho, economía, ciencias sociales, relaciones internacionales, historia y sociología.⁷ Por lo que hace a la relación existente entre la historia y los derechos humanos se encuentra que pueden analizarse a partir de dos puntos de vista generales:

1. Los derechos humanos como la historia de la lucha de las personas y los colectivos que buscaron conseguir los medios necesarios de

⁶ Respecto los antecedentes históricos sobre la doctrina iusnaturalista de los derechos humanos se precisa que serán desarrollados con detenimiento en el apartado 1.3 del presente capítulo.

⁷ Algunas obras en las cuales se puede revisar que los derechos humanos han sido estudiados de manera multidisciplinaria son: Menke Christoph y Arnd Pollmann, *Filosofía de los derechos humanos*, Trad. Ramei Capdevilla Werning, Herder, Barcelona, 2010; Sen, Amartya, *La idea de la justicia*, Trad. Hernando Valencia Villa, Taurus, México, 2010; Holmes, Stephen y Cass R. Sunstein, *El costo de los derechos. Por qué la libertad depende de los impuestos*, 3^{ra} ed., Siglo XXI Editores, Buenos Aires, 2015; Estévez, Ariadna y Daniel Vázquez (coords.), *Los derechos humanos en las ciencias sociales. Unas perspectiva multidisciplinaria*, 2^{da} ed., FLACSO México-UNAM-CISAN, México, 2019; Anaya Muñoz, Alejandro, *Los derechos humanos en y desde las relaciones internacionales*, Centro de Investigación y Docencia Económicas (CIDE), México, 2014; Hunt, Lynn, *La invención de los derechos humanos*, Trad. Jordi Beltrán Ferrer, Tusquets, Barcelona, 2009; Luhmann, Niklas, *Los derechos fundamentales como institución. Aproximación a la sociología política*, Trad. Javier Torres Nafarrate, Universidad Iberoamericana, ITESO, México, 2010.

subsistencia, como la libertad, igualdad, seguridad, autonomía, etcétera; y

2. Los derechos humanos como un fenómeno social, cultural, religioso, filosófico, político, económico y jurídico de cada civilización humana.⁸

Las tradiciones filosóficas y jurídicas en las cuales se elaboró la idea de los derechos humanos principalmente surgieron en occidente, espacio geográfico en el cual se generó la mayor parte del conocimiento humano. Al respecto, los historiadores clasificaron el progreso de la civilización occidental en tres periodos históricos: Época Clásica, Edad Media y Modernidad.⁹ En cada una de estas etapas se encuentran diferentes aportaciones que favorecieron la integración de la idea de los derechos humanos tal y como es entendida en la actualidad.

En relación con la Época Clásica formalmente la idea de los derechos humanos era impensable, al menos de conformidad con reflexionado en la época contemporánea. Sin embargo, fue en la Grecia antigua donde nació la filosofía, disciplina que se dedicó a estudiar los problemas fundamentales de la persona humana, mediante la cual se analizaron cuestiones que posteriormente permitieron integrar la idea de los derechos humanos como lo son: la naturaleza de la persona, la política, la ética, el lenguaje, la mente, la justicia y el bien común.

Entonces, dentro de la historia de la humanidad, se encuentra que los griegos se dedicaron por primera vez a discutir respecto a los temas mencionados en el párrafo anterior, por lo cual sus aportaciones sirvieron como un punto de partida indispensable para comprender inicialmente el

⁸ Hierro, Liborio L., *Los derechos humanos: una concepción de justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016, p. 59.

⁹ Se aclara que si bien es cierto un sector de la comunidad académica ha defendido la existencia del periodo histórico llamado posmodernidad, conforme a los objetivos de la investigación y con motivo de su reciente aparición en el debate histórico y filosófico se ha optado por prescindir de analizar una posible etapa posmoderna de los derechos humanos. Seguramente en futuras investigaciones habrá un mejor espacio intelectual para su comprensión.

reclamo por los derechos naturales y después ayudarían a la concepción contemporánea de los derechos humanos.

Respecto a la Edad Media, con la expansión del cristianismo en Europa occidental, ocurrieron diversos acontecimientos políticos, sociales y religiosos como la monarquía, el sistema feudal, la centralización de la intelectualidad en occidente la invención de la imprenta y la reforma protestante, los cuales de alguna manera llevaron al entrelazamiento de la fe cristiana con la razón. En ese contexto, en una etapa temprana de la época medieval se encuentra Tomás de Aquino, quien a través de su obra *Suma Teológica* desarrolló una concepción sobre la Ley y la Justicia, en la que argumentó la existencia de tres tipos de Ley: Ley Divina, Ley Natural y Ley del Hombre.¹⁰ Ello será útil para el desarrollo de la doctrina de los derechos naturales, lo cual será descrito en otro apartado de este capítulo de la investigación.

En la etapa final de la Edad Media surgió una primera versión institución del Estado como una comunidad política, asentada en un territorio, estructurada y regida por un orden jurídico, cuyo propósito general era obtener el bien público. A partir de la fundación del Estado se transformarían las formas ejercer el poder y organizar el gobierno civil. Inclusive, en esta época fue donde se emitieron los primeros documentos jurídico-políticos, que hasta cierto punto otorgaron 'derechos', básicamente entendidos como privilegios o beneficios personales para algunos individuos como lo fue la Carta Magna de 1215 de Juan Sin Tierra, el *Petition of Rights* de 1628, el *Habeas Corpus Act* de 1679, el *Bill of Rights* de 1689 y el *Act of Settlement* de 1700.

Sobre el periodo de la Modernidad se encuentra que se modificó de manera sustancial la organización del poder, la economía, la sociedad y el pensamiento religioso. El feudalismo fue remplazado por el capitalismo, se privilegió la razón y lo secular frente a la religión, así como emergió

¹⁰ Aquino, Santo Tomás de, *Suma teológica*, Trad. Ismael Quiles, Tomo VIII, Club de lectores, Buenos Aires, 1948, pp. 11-30. Véanse la Cuestiones XC y XCI.

formalmente el Estado moderno en contraposición a la Monarquía. Al respecto, se puede decir que en este periodo histórico surgió formalmente la idea de los derechos humanos y los elementos que la componen fueron construyéndose a la par con el desarrollo de la civilización humana, por lo que en cada periodo histórico se tomaron en cuenta diversas aportaciones para darle un sustento filosófico, de ahí que haya sido necesaria una introducción histórica del presente tema.

Los pensadores que se han dedicado a investigar sobre el origen de los derechos humanos han realizado trabajos historiográficos, generalmente basados en documentos jurídico-políticos como la Carta Magna de Juan Sin Tierra (1215), el *Petition of Rights* (1628) ambos emitidos en Inglaterra; la Declaración de Independencia de los Estados Unidos de América (1776), su Constitución (1787) junto con su *Bill of Rights* (1791); y en Francia se encuentra la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano (1789); finalmente después de la Segunda Guerra Mundial se redactó la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH) emitida por la Organización de las Naciones Unidas (ONU) de 1948.¹¹

Entonces, por medio de los documentos citados en el párrafo anterior fue posible reflexionar sobre cuales fueron los reclamos sociales que se materializaron en favor de ciertos sectores de la sociedad, en los cuales el Estado moderno adquirió todo tipo de responsabilidades para garantizarlos. Ahora, en la actualidad no se ha logrado llevar a cabo una unificación conceptual sobre lo que debe entenderse por la expresión 'derechos humanos', lo cual representa un problema teórico para la lucha por su reconocimiento y protección, como se explicará más adelante.

¹¹ Algunas obras que realizan un estudio historiográfico de los derechos humanos son: Fioravanti, Maurizio, *Los derechos fundamentales: apuntes de historia de las constituciones*, Trad. Manuel Martínez Neira, 7^{ma} ed., Trotta, Madrid, 2016; Carbonell, Miguel, *Una historia de los derechos fundamentales*, Porrúa-UNAM-CNDH, México, 2005; Enríquez, José María, et. al., *Educación plena en derechos humanos*, Trotta, Madrid, 2014; González Oropeza, Manuel, *Constitución y derechos humanos: los orígenes del control jurisdiccional*, 2^{da} ed., Porrúa-UNAM-CNDH, México, 2009; González, Nazario, *Los derechos humanos en la historia*, Alfaomega, México, 2002.

En ese sentido, dentro de la historia los derechos humanos entendida como una categoría conceptual, se encuentra que fueron mencionados en textos filosóficos y políticos, así como en ordenamientos jurídicos (de tipo declarativo) de los siglos XVII y XVIII, por lo que para una comprensión adecuada del concepto de derechos humanos se propone analizar y comparar aquellos conceptos semejantes, lo cual se llevará a cabo a continuación.

1.2 Aproximación conceptual hacia los derechos humanos

1.2.1 Derechos naturales

En esta sección se pretende describir el significado de los derechos humanos para ello es conveniente revisar los conceptos: derechos naturales, derechos subjetivos y derechos fundamentales. Los cuales no son equivalentes entre sí, ya que se pensaron en épocas e influencias intelectuales diferentes, sin embargo, al estudiarlos es posible obtener una mejor comprensión del significado de los derechos humanos.

Adicionalmente, se considera que analizar la cuestión por la fundamentación filosófica de los derechos humanos, es decir, la descripción de las razones que justifican el reconocimiento de deberes asociados a los derechos humanos, ciertamente ha favorecido el desarrollo conceptual de los derechos humanos, ello se podrá apreciar en los próximos apartados del presente capítulo.

El concepto de derechos naturales (en comparación con los términos derechos subjetivos, derechos fundamentales y derechos humanos) es el que cuenta con mayor antigüedad dentro de la doctrina y se considera que su análisis contribuye a comprender los factores históricos que llevaron a concebir los derechos humanos en el pensamiento occidental, lo cual justifica la relevancia de su estudio por parte del pensamiento jurídico contemporáneo.

En la Edad Media los derechos naturales fueron desarrollados a partir de las aportaciones filosóficas de pensadores como Tomás de Aquino, Agustín de Hipona, Domingo de Soto, Francisco de Vitoria y los miembros de la Escuela de Salamanca. Posteriormente, en el tránsito hacia la Modernidad, se encontrarían las contribuciones de diversos filósofos como Fernando Vázquez de Menchaca, Francisco Suárez, Hugo Grocio, Samuel Puffendorf, Thomas Hobbes y John Locke, con los cuales tomaría mayor conciencia intelectual sobre los derechos naturales.

Los derechos naturales son una expresión adscrita a la teoría del derecho natural (clásica y moderna), la cual se sustenta en principios éticos, morales y religiosos de origen occidental; formalmente no son parte del lenguaje jurídico, ya que no se conformaron por jurista o documento jurídico-político alguno, pues se trata de una institución que carece de fuerza coercitiva dentro de la institución del Estado,¹² y según Javier Hervada¹³ deben entenderse como un conjunto de normas producidas por la razón natural (o ley natural), tendientes a instaurar un deber de justicia.

Los derechos naturales han sido considerados como una categoría conceptual equivalente a los derechos humanos en las declaraciones liberales del siglo XVIII, como la Declaración de Virginia en los Estados Unidos, así como la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en Francia, las cuales recogen el iusnaturalismo racionalista de John Locke y los ideales de la Ilustración.¹⁴

Inclusive, la nomenclatura derechos naturales ocupa un lugar significativo en la historia de los derechos humanos, ya que a partir de ellos se afirmó la existencia de un derecho común a todos los individuos el cual permitió que se observara el origen y la razón de ser de la defensa de los

¹² Beuchot, Mauricio, *Derechos humanos. Historia y Filosofía*, Fontamara, México, 2008, p. 97.

¹³ Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, 3^{ra} ed., Pamplona, Eunsa, 1997. pp. 137-138.

¹⁴ *Ibidem*.

derechos de las personas en la mencionada Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano.¹⁵

Luis Prieto Sanchís¹⁶ considera que la expresión derecho natural no se refiere inicialmente a un derecho (en específico), ni a algún sistema jurídico, sino que este relaciona los contenidos de la moral y el derecho (en general). Sin embargo, se considera que el iusnaturalismo afirma la existencia de principios de justicia universalmente válidos y cognoscibles; entonces, la doctrina del derecho natural explica que el derecho cuenta con una relación con los principios de justicia de modo que el carácter jurídico de una norma o del sistema en su conjunto depende de su adecuación al orden jurídico.

A pesar de lo analizado en esta sección del capítulo, se ha encontrado que en la actualidad la terminología derechos naturales prácticamente está en desuso, debido a la aparición de otras teorías del derecho como el positivismo jurídico (incluyente y excluyente), formalismo jurídico, iusmarxismo, estudios críticos del derecho, constitucionalismo y neoconstitucionalismo. Sin embargo, el estudio de este concepto se trata de un primer antecedente en la historia de la filosofía del derecho que contribuyó a desentrañar la idea contemporánea de los derechos humanos, de ahí su pertinencia para la presente investigación.

1.2.2 Derechos subjetivos

Históricamente el concepto de derechos subjetivos fue empleado como un recurso ideológico en la independencia de las trece colonias británicas de América del Norte (1776), y de la Revolución Francesa (1789).¹⁷ Al respecto, los derechos subjetivos se refieren exclusivamente a los derechos civiles y políticos que se encuentran protegidos por las constituciones del Estado

¹⁵ Olmeda García, Marina del Pilar, *Universalización de los derechos humanos*, Bosch, Universidad Autónoma de Baja California, Barcelona, 2014, pp. 28-29.

¹⁶ Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, 6^{ta} ed., Trotta, Madrid, 2011, pp. 301 y ss.

¹⁷ *Ibidem*.

liberal en los siglos XVIII y XIX.¹⁸ Incluso fue Francisco Suárez y Hugo Grocio que este concepto se fortalecería a partir de que utilizaron la idea del derecho natural la cual se tradujo como *derechos subjetivos naturales*.¹⁹

Sin embargo, el término derechos subjetivos surgió formalmente en la Escuela del Derecho Público Alemán en el siglo XIX y son considerados como la versión jurídica de los derechos naturales sustentados en el marco cultural antropocéntrico (típico de la cultura europea occidental). El impulsor principal de este concepto fue Georg Jellinek quien sostuvo que tales derechos emergen a partir la relación entre el Estado y sus gobernados, por la autolimitación que aquél impone por medio del orden jurídico a la sociedad.

Para ello, Jellinek²⁰ distinguió el derecho en dos ámbitos: lo público y lo privado. Esto es, que lo público ordena relaciones entre la comunidad provista de poder (Estado) y las personas (gobernados) que se habrán de tener una relación de subordinación, mientras que lo privado regula las relaciones ente iguales (gobernados), por lo que produce una relación de coordinación.

Entonces, el derecho público se conforma con base en el reconocimiento que realiza el Estado a la personalidad de sus gobernados (subjetividad jurídica), como miembros de una comunidad política (Estado) y ello los convierte en sujetos de derecho. En relación con el derecho privado, se encuentra que los derechos públicos subjetivos pueden desvincularse de su titular. En ese sentido, debe entenderse que los derechos subjetivos son pensados como límites al poder público, únicamente exigibles al Estado, por lo cual no se incluyen las relaciones jurídicas entre las personas dentro del referido concepto.²¹

¹⁸ Por ejemplo los derechos de ciudadanía, a la libertad personal, a la igualdad ante la ley y a la propiedad privada.

¹⁹ Hierro, Liborio L., *Op. Cit.* p. 60.

²⁰ Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 387; la subjetividad jurídica constituye al derecho público, que es la facultad con la que cuenta la persona para provocar la acción de orden jurídico.

²¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004, p. 23.

Conforme a lo anteriormente descrito, se considera que la idea sobre 'los derechos de las personas' ha sido distinta en cada época de la humanidad, esencialmente los partidarios de los derechos subjetivos optan por describirlos como aquellas potestades, facultades, permisos, poderes, o libertades que un individuo posee para realizarse dentro de los parámetros de lo jurídicamente lícito. Por ende, para quienes sustentan el concepto de derechos subjetivos, ellos estiman que los derechos naturales resultaron ser construcciones irracionales del hombre y una cuestión abstracta sin fundamento alguno.

En relación con lo anterior, se encuentra que Hans Kelsen²² utilizó el concepto de derecho subjetivo en su *Teoría Pura del Derecho* en la cual determinó que la cualidad de 'tener un derecho' necesariamente debía tener un vínculo con una obligación jurídica prevista en el orden jurídico, esto es, un mandato que la legislación dispusiera que cierto sujeto (público o privado) debía permitir, hacer o no hacer, alguna acción, la cual daría oportunidad para que ejerciera un derecho personal o subjetivo.

Asimismo, la explicación de Kelsen sobre lo que significa el derecho subjetivo igualmente hace referencia a que deben ser entendidos como una potestad, permiso o facultad prevista y otorgada por el ordenamiento jurídico a un sujeto quien tenía la posibilidad de ejercerla y para lo cual habría de existir una contraparte que tuviera deberes para con ese derecho previamente otorgado por la ley.

En contraposición a la postura kelseniana, Juan Antonio Cruz Parceró²³ considera que Kelsen desarrolló el concepto de derecho subjetivo de manera limitada, ya que se trataba de una versión simple, no compleja, que lo explica únicamente como una 'potestad', un 'permiso' o una 'facultad' otorgada por el orden jurídico a una persona con la posibilidad de ejercerla. Mientras que en algunas obras jurídicas de autores posteriores al

²² Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, 12ª ed., Porrúa, México, 2002, pp. 138 y ss.

²³ Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2017, pp. 26-28.

pensamiento de Kelsen, se ha repensado el derecho subjetivo con un significado más abierto que el que existe en la actualidad, lo cual, debido al propósito del presente capítulo no será objeto de análisis.

1.2.3 Derechos fundamentales

El concepto de derechos fundamentales se elaboró dentro de las revoluciones europeas de finales del siglo XVIII y se les atribuye su construcción a los precursores del proyecto del Estado constitucional. Formalmente, la categoría de derechos fundamentales se acuñó en Francia por medio de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, debido a que las disposiciones de dicho documento, por primera vez, no hicieron referencia a la existencia de derechos como privilegios de una clase de determinadas personas, sino que las disposiciones de la citada Declaración fueron redactadas de manera que se atribuyeron los derechos con carácter universal a todas las personas.²⁴

Para una adecuada comprensión sobre el significado del concepto de derechos fundamentales se necesita indispensablemente haber analizado primeramente (y en términos generales) el concepto de derechos subjetivos, pues los derechos fundamentales son una variante especial de dichos derechos, ya que son caracterizados por tener una naturaleza fundamental, esto quiere decir que aquellos derechos subjetivos que se encuentren reconocidos en el máximo ordenamiento normativo de un Estado (regularmente por la Constitución) son considerados derechos fundamentales.²⁵

Al respecto, se ha referido que el concepto de derecho fundamental aún es debatido en la doctrina constitucional europea, por lo que existen múltiples explicaciones, incluso cada una de ellas contempla rasgos

²⁴ Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Trotta, Madrid, 2006, p. 77-78.

²⁵ Bernal Pulido, Carlos, "Derechos fundamentales", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Verónica Rodríguez Blanco (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. II, IJ-UNAM, México, 2015, pp. 1571 y ss.

específicos o singularidades de la idea general sobre estos derechos.²⁶ En ese sentido, uno de los autores se ha dedicado a trabajar en la construcción del concepto de derechos fundamentales es Luigi Ferrajoli, quien propuso entenderlos como:

“aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a «todos» los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por «derecho subjetivo» cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.”²⁷

Conforme a la citada explicación, se puede indicar que Ferrajoli refiere que su definición sobre los derechos fundamentales es teórica, estrictamente formal o estructural, con lo cual quiso explicar que aunque se haya hecho referencia a derechos estipulados en ordenamientos jurídicos, como la Constitución y las leyes generales, es posible prescindir de dicha circunstancia, pues para él sería posible invocar derechos fundamentales aunque no aparezcan enunciados en normas de derecho positivo, pues la previsión de tales derechos por parte del derecho positivo de un determinado ordenamiento es en sí una condición de existencia o vigencia en aquel ordenamiento, pero no incide en el significado del concepto derechos fundamentales.²⁸

Desde otro punto de vista, los derechos fundamentales también pueden ser denominados derechos constitucionales, los cuales hacen alusión a los derechos de las personas que se encuentran reconocidos por

²⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4^{ta} ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014, p. 75.

²⁷ Ferrajoli, Luigi, “Derechos fundamentales” en De Cabo, Antonio y Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trad. Perfecto Andrés Ibañez, 3^{ra} ed., Trotta, Madrid, 2007, pp. 19-20.

²⁸ *Ibidem*, p. 20.

el orden jurídico de un Estado, generalmente en su Constitución. Sin embargo, Huberto Nogueira Alcalá critica que las nomenclaturas 'derechos humanos' y 'derechos fundamentales' se utilizan indistintamente como derechos reconocidos jurídicamente a nivel nacional e internacional, que vinculan al Estado con la persona humana.²⁹

Del mismo modo, se estima que los derechos fundamentales en comparación con los derechos humanos son una categoría más restringida, con mayor rigor jurídico en la práctica y generalmente se les denomina 'derechos humanos constitucionalizados', es decir, que se trata de derechos humanos reconocidos por la Constitución o el orden jurídico, que son protegidos y garantizados de manera reforzada.

1.2.4 Derechos humanos

Se considera que en siglo XVIII el concepto de derechos humanos se incorporó al vocabulario jurídico y desde entonces han surgido diversas propuestas teóricas que pretenden introducir apropiadamente este concepto a la práctica jurídica. Después, en el siglo XIX la idea de los derechos humanos y su institucionalización se encararon con la Restauración y las tendencias reaccionarias que trataron de retornar el Antiguo Régimen (monarquía) así como con la resistencia de la burguesía triunfante que se opuso a la extensión de los derechos a las clases populares. Posteriormente, en el siglo XX con las filosofías políticas transpersonalistas y con las consecuentes instituciones del Estado totalitario (en sus dos formas históricas).³⁰

Inclusive, la expresión derechos humanos ha sido empleada de manera cotidiana a partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH), y se refieren al hecho de que existen bienes y prerrogativas que corresponden a las personas con motivo de su condición

²⁹ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, IJ-UNAM, México, 2003, p. 58.

³⁰ Hierro, Liborio L., *Op. Cit.* p. 60.

humana, disponibles en cualquier tiempo y lugar, los cuales se traducen en derechos inalienables, universales, que muestran y protegen la dignidad que acompaña a la persona humana.

Ahora, el concepto de derechos humanos tiene ventajas semánticas frente a los términos derechos naturales, derechos subjetivos y derechos fundamentales, ya que tiene un valor histórico, teórico y práctico que lo proyecta de manera amplia, es decir, que no se restringen al campo estrictamente jurídico, tampoco se limitan a la relación gobernante-gobernado, sino que mediante ellos se pueden reconocer obligaciones vinculadas con la persona humana que sobrepasan al Estado.

Al respecto, Antonio Pérez Luño³¹ señala que los derechos humanos son un conjunto de facultades e instituciones que, en cada momento histórico, concretan las exigencias de dignidad, libertad e igualdad humanas, las cuales deben ser reconocidas jurídicamente por los ordenamientos legales a nivel nacional e internacional.

Asimismo, Ricardo D. Rabinovich-Berkman³² sostiene que los derechos humanos son aquellos poderes amparados por una comunidad, que generan conductas obligatorias en los demás, y de los que se es titular simplemente por el hecho de ser miembro de la especie humana (*homo sapiens sapiens*).

Del mismo modo, Gregorio Peces-Barba³³ indica que los derechos humanos no son la expresión adecuada y que su uso generalizado no puede constituir en si misma una razón para aceptarlos como base de un proceso de reflexión que lleve a la comprensión de lo que se quiere identificar con dicha terminología. Aunque, al mismo tiempo, reconoce que la idea derechos humanos cuenta con un significado similar a la concepción de la idea derechos naturales instituida en los XVII y XVIII.

³¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 11^{va} ed., Tecnos, Madrid, 2017, p. 50.

³² Rabinovich-Berkman, Ricardo D., *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?*, Tomo I, Didot, Buenos Aires, 2013, p. 32.

³³ Peces-Barba, Gregorio, *Op. Cit.* 19-22.

Mientras que Ángelo Papacchini³⁴ ha criticado que el discurso de los derechos humanos es hegemónico y en lugar de disminuir la ambigüedad sobre lo que significa dicha noción, lo cierto es que se ha acrecentado, esto es así porque todas las personas refieren poseer derechos, pero cada uno parece haber entendido a su manera el sentido y alcance de estos. Igualmente, refiere que los derechos humanos en su configuración específica son un producto de la historia y de la modernidad, por lo que estos deben considerarse como reivindicaciones de unos bienes primarios considerados de vital importancia para todo ser humano, que concretan en cada época histórica las demandas de libertad y de dignidad.

En relación con la postura de Papacchini, se estima que estas reivindicaciones van dirigidas en primera instancia al Estado, y están legitimadas por un sistema normativo o simplemente por el reconocimiento de la comunidad internacional, lo cual tiene relación con las prácticas legales que desempeña.

Entonces, por lo que hace a la comprensión de la expresión derechos humanos se estima que existen múltiples conceptos para tratar de referirse a la idea derechos humanos, debido a que la amplia complejidad de la realidad social contemporánea, además los conceptos derechos naturales, derechos subjetivos y derechos fundamentales (previamente analizadas) se desarrollaron en épocas diferentes y por medio de variadas influencias intelectuales.

En ese sentido, se considera que la fundamentación filosófica de los derechos humanos ha influido en la concurrencia de nomenclatura para identificar lo que se denomina derechos humanos. Por ello, resulta necesario analizar los tipos de fundamentación filosófica de los derechos humanos más relevantes en la teoría jurídica contemporánea.

³⁴ Papacchini, Angelo. *Filosofía y derechos humanos*, 3^{ra} ed., Universidad de Valle, Cali, 2003, pp. 41-43.

1.3 El iusnaturalismo como modelo preponderante de fundamentación de los derechos humanos

1.3.1 El significado de fundamentar derechos humanos

Una vez analizados los temas anteriores de este capítulo, es posible arribar al presente apartado en el cual se pretende llevar a cabo el primer objetivo particular de la investigación consistente en explicar el modelo teórico de fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos.

Al respecto, a manera de ejemplo, se refiere que en la actualidad existen diversos movimientos intelectuales, políticos, jurídicos y sociales que defienden causas específicas. Sin embargo, tales movimientos no siempre se basan en fundamentos sólidos y entendibles sobre lo que pretenden defender, es decir, cuando no se ofrecen razones válidas que sirvan de justificación, lo que en esos casos habría de suceder es que dichos movimientos carecerían de sentido, ya que la ausencia de fundamentos impide comprender cuales son las acciones encaminadas para cumplir con los objetivos de su lucha. Del mismo modo, en la práctica de los derechos humanos ocurre una cuestión semejante por lo que es necesario revisar la cuestión por los fundamentos filosóficos de los derechos humanos.

En relación con la interrogante sobre qué significa fundamentar filosóficamente derechos humanos se han desarrollado varias respuestas. Por su parte, Jesús Lima Torrado³⁵ sostiene que los fundamentos de los derechos humanos son aquellas realidades, de carácter social o intersubjetivo, que proporcionan a los mismos la consistencia necesaria para que puedan ser reconocidos, promovidos y garantizados en su conjunto, de forma indivisible e interdependiente, así como que puedan proyectarse hacia un desarrollo abierto y perfectible.

³⁵ Torrado, Jesús Lima. "Fundamento de los derechos humanos", *Revista Argumenta*, Universidad Estatal del Norte de Paraná, Jacarezinho, 2012, p. 224 y ss.

Asimismo, Benito de Castro Cid³⁶ indica que la fundamentación de los derechos humanos es la explicación de porqué los derechos son un elemento crucial de las actuales estructuras jurídico-políticas, o pueden orientarse hacia la demostración de porqué los derechos humanos deben ser un elemento fundamental de la ordenación jurídica de las relaciones sociales en el mundo actual.

Mientras que para Marta Silvia Moreno Luce³⁷ la búsqueda sobre la fundamentación de los derechos humanos tiene como objeto encontrar una explicación racional a la existencia de esos derechos.

Sin embargo, para Javier de Lucas³⁸ la cuestión de los fundamentos de los derechos humanos aún se encuentra abierta, ya que refiere que le corresponde a la filosofía del derecho atender sus problemáticas, debido a que se trata de una temática metajurídica, esto es, previa y externa al derecho positivo. Por ello se considera que no ha lugar a examinar los fundamentos jurídicos o legales de los derechos humanos.

Conforme a lo anteriormente descrito, se considera que analizar la cuestión por la fundamentación filosófica de los derechos humanos consiste en ofrecer razones y argumentos de sólida consistencia por los cuales se logre justificar su existencia, por ende, asegurar su respeto y protección, así como ofrecer un entendimiento claro del significado del concepto de derechos humanos.

Sin embargo, en ocasiones los defensores de derechos humanos eluden el debate por su fundamentación filosófica, ya que erróneamente consideran que es viable encaminar sus esfuerzos para fortalecer la práctica de los derechos humanos sin la necesidad de encarar tal cuestión. Lo anterior, se trata de una postura equivocada, porque la realización de los

³⁶ De Castro Cid, Benito. "La fundamentación de los derechos humanos (reflexiones incidentales)", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 23, Valparaíso, 2003, p. 272.

³⁷ Moreno Luce, Martha Silvia. "El fundamento de los derechos humanos" en *Revista Letras Jurídicas*, N° 15, Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad, Xalapa, 2007, p. 2.

³⁸ De Lucas, Javier, "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos" en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992, p. 13-16.

derechos humanos sin observar sus fundamentos provocaría irremediablemente que se desconozca cuales son los derechos que deben reconocerse y cual es la trascendencia que deben tener. De tal modo que este aspecto no puede resolverse de otra forma que no sea a través de la discusión racional de la fundamentación de los derechos en el plano de la filosofía.³⁹

Al respecto, para la doctrina filosófico-jurídica contemporánea la cuestión por la fundamentación de los derechos humanos se ha encaminado principalmente a partir de tres puntos de vista, los cuales son:

1. La fundamentación de los derechos humanos no es posible, esto es, los derechos son ficciones y no existen razones con validez universal para sustentarlos.
2. La fundamentación de los derechos humanos no es necesaria, es decir, los derechos son parte de la historia y la cultura posterior a la Segunda Guerra Mundial, por ende son autoevidentes y sería ocioso establecer una fundamentación filosófica de los derechos humanos.
3. La fundamentación de los derechos humanos simultáneamente es posible y necesaria, o sea, se afirma que existe una justificación válida para los derechos humanos.⁴⁰

Conforme a lo anteriormente descrito, se encuentra que en el debate filosófico-jurídico existe una pluralidad de perspectivas sobre los derechos humanos y es el tercer punto de vista sobre la fundamentación de los derechos humanos que mayor aceptación y desarrollo ha tenido ante la comunidad académica. Ahora, dentro de los académicos que se identifican que han adoptado esta última postura se encuentran: Martín Agudelo Ramírez, Jesús Ballesteros, Javier de Lucas, Mauricio Beuchot, Francisco

³⁹ Cfr. Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2^{da} ed., Astrea, Buenos Aires, 1989, p. 5.

⁴⁰ Spector, Horacio, "Derechos humanos", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Verónica Rodríguez Blanco (eds.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, Vol. II, IJ-UNAM, México, 2015, p. 1550 y ss.

Carpinteiro Benítez, Eusebio Fernández, Humberto Nogueira Alcalá, Gregorio Peces-Barba Martínez, Enrique Pérez Luño, José García Añón, Francisco Puy y Milagros Otero.

En ese sentido, se coincide con la postura sobre la existencia de una fundamentación filosófica para los derechos humanos la cual es posible y necesaria. Adicionalmente, se trata de la opción más desarrollada y se han propuesto distintos modelos de justificación de los derechos humanos que merecen ser analizados.

1.3.2 El modelo de fundamentación iusnaturalista de derechos humanos

1.3.2.1 Iusnaturalismo clásico: un acercamiento

Se puede sostener que los orígenes del iusnaturalismo se encuentra en la tradición jurídica instaurada por la Roma antigua, la cual fue rescatada por Irenius quien logro difundir en occidente la obra de Justiniano, mediante la que se logró reanudar la enseñanza el derecho público y privado de Roma, ya que estuvo en el olvido durante más de seis siglos.⁴¹

La teoría del derecho natural es una forma sistemática de pensar acerca de las conexiones entre el orden cósmico, la moral y el derecho, igualmente tiene un lugar central en el desarrollo de la teoría política moderna.⁴² Una primera versión sobre el derecho natural se formó en el derecho de gentes (definido principalmente por el derecho romano) que se creía que de principios generales de la razón, y que por tanto era legítimamente aplicable a los negocios de los ciudadanos romanos con extranjeros.

Las teorías del derecho natural y de los derechos naturales formaron parte integral del pensamiento teológico, moral, jurídico y político del mundo occidental. En ese sentido, el papel del derecho natural se ha hecho presente

⁴¹ Carpinteiro Benítez, Francisco, *Historia breve del derecho natural*, Colex, 2000, p. 13.

⁴² Refiriéndose a la función y los límites del gobierno, y también a los derecho naturales y del derecho internacional.

en amplios debates religiosos, morales y políticos el cual ha variado considerablemente;⁴³ al respecto, el iusnaturalismo es considerada como la teoría jurídica con mayor difusión y tradición histórica, además de que las cuestiones que plantea parten de la doctrina de la denominada 'ley natural'.⁴⁴ La cual se habrá de analizar en más adelante dentro de este capítulo.

Ahora, el iusnaturalismo ha tenido un desarrollo histórico que cuenta básicamente con dos etapas: clásica y moderna. La etapa clásica del iusnaturalismo se basa en el pensamiento de Grecia y Roma antiguas, así como de la escolástica (medieval y postmedieval), en la que sus principales exponentes fueron Platón, Aristóteles, Aquino, Escoto, Vittoria y Suárez. Por lo que hace a la existencia y fundamento del derecho o ley natural se atribuía este a un orden divino, producto de la inteligencia y voluntad de Dios.⁴⁵

Mientras que en la etapa moderna del iusnaturalismo (la cual abarcó del siglo XVII hasta la actualidad) sus principales exponentes son Hobbes, Grocio, Puffendorf, Tomasius, Leibniz, Locke, Kant y Hegel.⁴⁶ En este periodo se abandonó el fundamento divino del derecho natural y se transitó hacia la justificación de su existencia a partir de la noción de naturaleza humana, por ende este cambio significó el migración del derecho objetivo al derecho subjetivo.⁴⁷

Conforme lo anteriormente descrito, se estima que el iusnaturalismo tiene una amplia historia, que ha comprendido desde la Época Clásica hasta los tiempos recientes y básicamente se caracteriza por defender la existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos, que pueden estudiarse a través de la razón humana, los cuales al conformar un sistema normativo, en el cual necesariamente toda regulación jurídica debe guardar congruencia con tales principios.

⁴³ Bix, Brian H., "Teoría del derecho natural" en *Diccionario de teoría jurídica*, trad. Enrique Rodríguez Trujano, *et. al.*, IJ-UNAM, México, 2012, p. 270-272.

⁴⁴ Fernández, Eusebio, "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de derechos humanos*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, pp.75-112.

⁴⁵ Beuchot, Mauricio, *Op. Cit.*, pp. 97-98.

⁴⁶ *Ibidem.* p. 98

⁴⁷ González Pérez, Luis Raúl e Ismael Eslava Pérez, *Garantías constitucionales*, Vol. 1, Porrúa, UNAM, México, 2018, pp. 27-28.

Ahora, el derecho natural se encuentra presente a lo largo de la historia de la filosofía del derecho, pues, forma parte de la ley natural y comprende los principios rectores de la conducta humana en su aspecto individual y social.⁴⁸ Por lo cual, la ley natural debe entenderse como un conjunto de leyes racionales que expresan el orden de las sentencias o inclinaciones naturales a los fines propios del ser humano, aquel orden que es propio del hombre como persona. Consecuentemente, la ley natural es la participación, en lo que corresponde al individuo, de la ley eterna (ordenación general del universo) puesta por Dios (ordenador y creador) en la naturaleza humana; cuyos principios se conocen únicamente por medio de la razón.

Para analizar la cuestión de la ley natural se estima necesario ofrecer un contexto respecto de como es que se formó el iusnaturalismo clásico, para ello se parte de reconocer que la filosofía surgió en la época clásica con la civilización Griega, esencialmente a través del pensamiento de Sócrates, Platón y Aristóteles (también en Roma, moderadamente, con Marco Tulio Cicerón). En esta época todos los aspectos de la vida humana se encontraban entretelados, por lo que se trataba de una estructura o sistema social autosuficiente, con una cosmovisión propia.

En relación con Platón se encuentra que mediante sus obras *Diálogos* y *República* explicó su 'Teoría de las Ideas', la cual constituye la base de su epistemología así como de sus teorías éticas y políticas, además de la aparición de los grandes mitos griegos.⁴⁹ Particularmente en la *República* ofreció un programa completo de las actividades de la Academia (en la que se formaron los filósofos gobernantes de la época) así como una visión pormenorizada y global del surgimiento del Estado, el individuo y las clases sociales han de organizarse y armonizarse en él para evitar la guerra.⁵⁰

⁴⁸ Martínez Bulle Goyri, "derecho natural" en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, tomo D-H, 14^a ed., Porrúa-UNAM, México, 2000, p. 1015-1017.

⁴⁹ Alegre Gori, Antonio, "Estudio introductorio" en Platón, *Diálogos*, Gredos, Madrid, 2010. p. XCVII.

⁵⁰ *Ibíd.* p. CIX.

Platón sostenía que los hombres no son independientes unos de otros, sino que necesitan ayuda y la cooperación de los demás en la producción de todo lo que se necesita para la subsistencia de la vida, de ahí que se reunieran físicamente en un mismo lugar. Además, se hace alusión a la existencia de ciertos bienes, en primer lugar, mencionó los placeres inofensivos o los goces, y en segundo lugar, explicó en relación con el conocimiento y la sabiduría, finalmente abordó el tema sobre la gimnasia o del desarrollo del fisicoculturismo.

Igualmente, Platón se pronunció sobre la virtud como un elemento importante, donde la justicia, metafóricamente era como la luz, y se trata de una virtud. Adicionalmente, se pronunció acerca del control de los actos humanos, del dominio de lo bueno y de lo malo, en otros términos se refirió a la libertad, el dominio propio y la templanza. Tales tópicos que posteriormente adquirieron relevancia en el estudio de los derechos naturales, por lo que han sido relatados en la investigación.

Ahora, existen dos condiciones básicas en la época de Platón: ser esclavo o ser libre. Al respecto, Platón explicó que esta relación existe por convención (misma naturaleza). El esclavo es una propiedad animada (un instrumento) y la esclavitud es conforme al derecho natural, esto es, que existe un rol predeterminado que cada individuo posee por naturaleza. Sobre la esclavitud advirtió que en su época existía una justificación, por ejemplo en el caso de guerra era derecho de los vencedores hacer esclavos a los vencidos, por lo cual la ley era vista como algo justo. En este contexto la ley y la justicia tienen una conexión entre sí.

También, Platón se interesó sobre todo en el actuar moral y político de la sociedad. Sobre ello plateó que el ser humano tiene tres almas: una vegetativa, otra animal y otra intelectual, la cual es propiamente espiritual e inmortal. En ese sentido, la felicidad consiste en la posesión del deleite de la sabiduría y que se identifica con la virtud (el delito y el vicio eran producto de la ignorancia).⁵¹ Conforme a esas tres especies de almas, se identifican tres

⁵¹ Beuchot, Mauricio, *Filosofía política*, Torres, México, 2006. p. 17.

virtudes: templanza, valor o fortaleza y prudencia o inteligencia, de las cuales emana una cuarta virtud que es la justicia (*dike* o *dikaiosyne*), la cual funciona como eje rector de las demás.

Sobre Aristóteles se encuentra que fue un personaje determinante dentro de la historia del pensamiento occidental, múltiples de las aportaciones que realizó aún tienen vigencia en época moderna, pues escribió sobre lógica, metafísica, filosofía, ética, política, estética, retórica, entre otros temas. Se considera que no fue un simple filósofo, sino el filósofo por antonomasia, al respecto, para Jesús Mosterín⁵² el pensamiento de ningún otro filósofo ha sido tan detallado y repetidamente comentado como el de Aristóteles, quien fue fundador de casi todas las disciplinas filosóficas y de unas cuantas no filosóficas.

Aristóteles en su obra la *Política* refirió, entre otras cosas, que todo tenía un porqué, por ejemplo los órganos del cuerpo humano tienen una función específica, sólo ellos pueden realizar la tarea que les corresponde, sin que tengan sustituto alguno. Igualmente, indicó que el hombre y la mujer tienen un fin la reproducción de la especie, así como que se trataba del único animal que por naturaleza es un animal social que tiene palabra (capacidad de comunicarse). En este contexto la justicia es un valor cívico, el orden de la comunidad civil. La virtud es el discernimiento de lo justo.

Aristóteles realizó aportaciones al derecho (aunque la mayoría de las veces fue de modo indirecto) ya que presenta varias conexiones con la teoría jurídica y, entre ellas, destacan la teoría del derecho natural, donde algunas de sus ideas serían retomadas tiempo después principalmente por Agustín de Hipona y Tomás de Aquino.⁵³

Entonces, se estima que las enseñanzas de los pensadores griegos han sido un referente para analizar la figura del hombre y su naturaleza dentro del derecho natural, de ahí la importancia de su estudio para la comprensión del presente tema. Ahora, en relación con el iusnaturalismo

⁵² Mosterín, Jesús, *Aristóteles, Historia del pensamiento*, Alianza, Madrid, 2006. p. 7.

⁵³ Bix, Brian H., *Op. Cit.* p. 15.

clásico Martín Ramírez Agudelo considera que este: “sería el encuentro entre la metafísica aristotélica, la enseñanza y el humanismo cristiano que lo configuraría [posteriormente en] una doctrina más elaborada sobre el derecho natural [moderno]”.⁵⁴ Al respecto, en este tipo de pensamiento la persona humana es comprendida básicamente en función de varios deberes dirigidos al *telos* (propósito, fin u objetivo) propio de la naturaleza del ser humano.

Ahora, en la Roma antigua se encuentra Marco Tulio Cicerón, precursor de la teoría del derecho natural, con idea de la existencia de una racionalidad humana, conforme a la naturaleza, el cual explicó que la idea de la ley y la justicia se encuentran entrelazadas como parte de la naturaleza y afirmó que el universo era gobernado por los dioses, debido a la existencia de una relación con entre el hombre y los dioses, quienes se unían a través de la razón.

También, Cicerón escribió sobre la existencia de un bien común, a través de la ley y la justicia, debido a la existencia de la ley natural.⁵⁵ En ese sentido, se estima que analizar el pensamiento de Cicerón repercute en el estudio de la filosofía del derecho, principalmente por lo que escribió en sus obras *La República* y *Las leyes*, en donde ofreció una de las primeras disertaciones acerca de la postura que después se conocería como teoría del derecho natural.⁵⁶

1.3.2.2 Iusnaturalismo moderno: una aproximación

En la presente sección del documento, se expone un recuento de los principales escritores que se adscriben a la denominada teoría del derecho natural, ya que se estima que es la que parece explicar de mejor manera los fundamentos filosóficos de los derechos humanos. Lo anterior, se asume sin dejar de lado que en tiempos recientes han surgido diferentes teorías que

⁵⁴ Agudelo Ramírez, Martín, *Op. Cit.* p. 126-128.

⁵⁵ Hayden, Patrick (ed.), *The philosophy of human rights*, Paragon House, St. Paul, 2001, p. 34.

⁵⁶ Bix, Brian H, *Op. Cit.* p. 42.

ofrecen una fundamentación sobre los derechos de las personas, a las cuales les será dedicado un espacio en el apartado 1.4 de este capítulo.

Respecto a la teoría del derecho natural y de los derechos naturales se indica que forma parte integral del pensamiento teológico, moral, jurídico y político de la Edad Media y de la Modernidad. Por lo que el papel que ha desempeñado el derecho natural en los debates religiosos, morales y políticos ha variado considerablemente según la época y las circunstancias vigentes. Inclusive, teoría del derecho natural algunas veces ha sido identificada con la religión cristiana y el *statu quo* en términos despectivos a través de la falacia de que el derecho natural únicamente pretende ser cómplice de los intereses de los poderosos.

Un primer autor que contribuyó a la teoría de los derechos naturales es Tomás de Aquino quien fue catalogado como el representante más importante de la enseñanza escolástica y de la teología sistemática, sus aportaciones forman parte de la enseñanza de la filosofía y teología dentro de la Iglesia Católica en la actualidad. Aquino escribió una obra titulada *Suma teológica* con el propósito de enseñarle a los gentiles (el pueblo) la doctrina cristiana, en la cual se incluyó la primera discusión sistemática sobre su teoría del derecho natural (la que quedó incompleta debido a su muerte). Sin embargo, han tenido una importancia perdurable para el pensamiento teórico sobre el derecho, puesto que podría considerarse gran parte de la tradición del derecho natural como desarrollos posteriores de su trabajo intelectual.

Para Aquino⁵⁷ la ley natural es una disposición de la razón para el bien común de una comunidad, promulgada por una persona o cuerpo responsable de velar por esa comunidad. Entonces, la ley humana en armonía con la ley natural establecían una obligación moral. Del mismo modo, la ley natural, a su vez, está fundada en la ley eterna. Por ende, la conexión entre la ley natural y la ley humana (o la ley positiva del legislador) algunas veces fungía como una cuestión de derivación directa y en algunas

⁵⁷ Aquino, Santo Tomás de, *Op. Cit.* p. 17. Cuestión 90, artículo IV.

otras un asunto determinativo, o una selección entre alternativas igualmente legítimas dentro de un marco normativo general.⁵⁸

Adicionalmente a la tipología de leyes descritas por Aquino, se encuentran las leyes injustas que se consideran leyes contrarias al bien común, que exceden la autoridad del legislador o imponen cargas desproporcionadas que no vinculan a la conciencia moral, por lo que podrían ser desobedecidas si se encaminan a la realización de un mal mayor.⁵⁹ En ese sentido, la decisión de una persona en obedecer o no una ley injusta (como muchas otras decisiones morales) se trata de una cuestión relativa al bien o al mal que pudiere ser ocasionada por esa acción. Por ejemplo la desobediencia pública de una ley injusta en un sistema jurídico generalmente justo podría contribuir a la desaparición del propio sistema, causando así más daño que lograr alcanzar el bien común.

Al respecto, Aquino sostenía que la ley humana goza de la naturaleza de la ley en la medida en que ésta deriva de la ley natural y si en algún punto se contraponía con la ley de la naturaleza, dejaría de ser ley y se convertirá en una perversión de la ley.⁶⁰ Por lo que: “una ley injusta no es ley en absoluto”. La citada expresión es empleada para alegar que la ley natural debe sobrepasar a la ley positiva, en el sentido de que pueda invalidarse todo aquello que sea contrario a lo que dicta el derecho natural.

Por lo anterior, es que se estima que Aquino tuvo el mérito de sistematizar el conocimiento sobre la ley natural y construir las bases fundamentales sobre el derecho natural, ya que con su pensamiento se esclareció que el derecho se trata de una correcta ordenación de la vida humana en sociedad, en la cual el orden universal es el cimiento de esta ordenación.

Dentro de los autores que analizaron la cuestión del derecho natural también se encuentra Francisco Suárez quien fue un teólogo, filósofo y

⁵⁸ *Ibidem*. p. 64. Cuestión 95, artículo II.

⁵⁹ *Ibid.* p. 76. Cuestión 96, artículo IV.

⁶⁰ *Ibid.* p. 64. Cuestión 95, artículo II.

jurista, considerado uno de los más destacados exponentes de la filosofía escolástica española del siglo XVI, debido a que sus aportaciones estaban entrelazadas entre sí, por lo que su teología y su doctrina jurídica se encuentran ancladas a su sistema filosófico. Incluso, la interpretación del derecho natural de Suárez influyó fuertemente en teóricos posteriores, en especial en Hugo Grocio.

En la filosofía del derecho de Suárez, se encuentra que adoptó una posición que ofrecía un compromiso entre un enfoque basado puramente en la voluntad denominada voluntarismo, y uno basado en la razón. Esto significa que las acciones son intrínsecamente buenas o malas, pero sólo estamos obligados a perseguir el bien porque Dios así nos lo ordena.

Para Suárez⁶¹ la ley natural es aquella ley intrínseca ubicada en la mente humana con la cual es posible discernir lo honesto de lo torpe. Así que la ley eterna es una ordenación ontológica, la providencia es la manifestación de ese orden en todas las cosas del universo por medio del cual mantiene una jerarquía armónica. A partir de sus aportaciones el derecho natural transitó de ser predominantemente teológico a una cuestión racional.

Respecto de Hugo Grocio, como filósofo del derecho, se encuentra que tuvo un rol importante dentro de la tradición del derecho natural, y del derecho internacional. En su obra *Del derecho de la guerra y de la paz* reformuló los principios del derecho natural a la luz de la variedad de perspectivas que gente y sociedades diferentes sostenían con respecto a la política y la religión. Grocio intentó encontrar principios del derecho natural fundados en la razón, que la gente de diferentes credos podría aceptar, y que podrían ir más allá de las fronteras nacionales. A menudo se piensa que el derecho internacional moderno deriva de los principios que Grocio propuso.

La trascendencia de Grocio para la historia de la teoría del derecho natural proviene principalmente de un comentario pasajero que pareció declarar la independencia de los iusnaturalistas respecto de la religión: “lo

⁶¹ Guerrero, Ana Luisa, *Filosofía política y derechos humanos*, 2^{da} ed., UNAM, México, 2014. p. 109-112.

que hemos estado diciendo tendría un grado de validez incluso suponiendo aquello que no puede ser aceptado sin la más extrema maldad, esto es, que Dios no existe".⁶²

La relevancia del comentario antes citado, es que para el desarrollo de las teorías seculares del derecho natural (y los derechos naturales) sigue siendo materia de controversia debido a que a partir del rompimiento de la unidad cristiana en Europa, aparecieron esfuerzos de distintos grupos religiosos, lo cual produjo la gestación de lo que actualmente se conoce como derechos humanos, los cuales tienen que ver con el inicio de una conciencia muy específica de la disidencia religiosa y política, así como con el apremio de defender las nuevas relaciones que se van determinando entre el poder y los ciudadanos.⁶³

Conforme a las ideas anteriormente expuestas es que se afirma que los derechos humanos surgieron propiamente en la modernidad, pues fue cuando logró tener en cuenta la existencia de una cierta cantidad de derechos, se empezaba a forjar la idea de la inalienabilidad y la exigencia de que el Estado tenía que obligarse a respetar y proteger dichos derechos, los cuales derivaban directamente de derecho natural. Como derechos principales podemos contemplar la vida, la libertad, la propiedad y la búsqueda de la felicidad.

Del mismo modo, otro de los pensadores que analizaron la cuestión del derecho natural fue John Locke (uno de los principales representantes del empirismo inglés) quien en sus extensos y detallados estudios en filosofía política lo llevaron a dedicarse a ser diplomático, teólogo, economista y profesor, básicamente se le reconoce que sentó las bases del pensamiento político liberal. El lugar que ocupa en la gestación de los derechos humanos es peculiar, ya que en su obra política existe la influencia de los pensadores de la Reforma Protestante y la Contrarreforma, sin duda Hobbes es un pensador que influenció bastante su pensamiento.

⁶² Hayden, Patrick (ed.), *Op. Cit.* p. 48-54.

⁶³ Guerrero, Ana Luisa, *Op. Cit.* p. 200.

La filosofía política de Locke es la culminación de un proceso previo, ya que es el punto de reunión de concepciones distintas entre sí. Se puede sostener que el pensamiento de Locke es la antesala para el inicio de dos movimientos importantes en el siglo XVIII: la Revolución francesa y la Independencia de los Estados Unidos.⁶⁴ Los cuales son precedentes históricos imprescindibles en la formación de los derechos humanos.⁶⁵

En el referido contexto histórico e intelectual se encuentra Immanuel Kant quien realizó múltiples aportaciones al periodo de la ilustración, también se le considera precursor del idealismo alemán, hoy en día es catalogado como uno de los pensadores más influyentes de la Europa moderna y de la filosofía en general. Una parte de su vida la dedicó a construir una teoría moral, basándose en que las personas actuaban por buena voluntad, que existía una naturaleza de bondad dentro de la persona humana que lo guiaba en su conducta.

Kant escribió un ensayo titulado 'Sobre el dicho: esto puede ser correcto en la teoría, pero no vale para la práctica' publicada en 1793 donde discute como un gobierno civil cuenta con obligaciones mutuas con los ciudadanos para el respeto y protección de sus derechos. La forma en que el gobierno se puede legitimar es garantizando aquellos derechos derivados del derecho natural como lo es la libertad, que para Kant, es el punto de partida del resto de los derechos.⁶⁶

Sin duda aún existen múltiples autores por referir que se han dedicado a explicar la doctrina del derecho natural, solo que conforme a los objetivos de la investigación se ha preferido exponer un panorama sobre las principales aportaciones que seguramente dan sustento al modelo de fundamentación filosófica de corte iusnaturalista de los derechos humanos. No se deja de lado que tendrá que ser en otros espacios académicos donde ser analicen las ideas de los autores que no fueron explicados.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Al respecto véase apartado 1.1 del presente capítulo.

⁶⁶ Hayden, Patrick (ed), *Op. Cit.* p. 109-110.

Una vez aclarado el punto indicado en el párrafo anterior, se indica que la doctrina del derecho natural tiene una función histórica, una aspiración ética, y, al mismo tiempo, se presenta como un derecho justo que ejercer funciones de control de los contenidos del ordenamiento jurídico.⁶⁷ Por ello, de conformidad con lo descrito en este capítulo de la investigación, se considera que el iusnaturalismo es el modelo de fundamentación filosófica preponderante para los derechos humanos, debido a que es la doctrina filosófico-jurídica con mayor desarrollo intelectual y esencialmente encuentra sus bases en la cuestión de la naturaleza humana, que a la par se encuentra directamente vinculada a la ley natural y al mismo tiempo, hace referencia a la idea de la justicia.

Adicionalmente, a diferencia del resto de modelos de fundamentación (como se habrá de observar en el siguiente apartado) el iusnaturalismo constituye un modelo filosófico de fundamentación de los derechos humanos que difícilmente pudiere ser objeto de dominio por parte de los intereses del poder político del Estado. Esto es así porque el punto de partida de los derechos humanos habría de encontrarse en la naturaleza humana solidariamente con la razón, y no así en la voluntad del individuo o la sociedad, como ocurre con otros tipos de fundamentación. Lo anterior, conlleva a que los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos sean considerados intangibles para el Estado, lo cual lo sitúa en una posición de reconocimiento ineludible de estos derechos como parte de la naturaleza de la persona humana.

Finalmente, se estima existe la aceptación de este modelo de fundamentación por parte del Estado mexicano a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de dos mil once, lo cual trae como consecuencia un sin número de beneficios para a la sociedad y serviría como un límite a los abusos del poder político del propio Estado.⁶⁸

⁶⁷ Fernandez, Eusebio, "El iusnaturalismo", en Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996, pp. 55-64.

⁶⁸ Véase punto 2.1.1 del segundo capítulo de la tesis.

1.4 Diversos modelos de fundamentación de los derechos humanos: una breve aproximación

1.4.1 Fundamentación intersubjetiva de los derechos humanos: consenso racional y universal

Para completar el primer objetivo particular de la investigación se considera necesario que sean expuestos, en términos generales, otras doctrinas que se han dedicado a la justificación filosófica de los derechos humanos. Al respecto, se estima que existen dos modelos que merecen ser abordados, estos son: la fundamentación intersubjetiva (consenso racional y universal) y la fundamentación ética (valores o virtudes), las cuales se eligieron por ser las explicaciones con mayor desarrollo teórico, con el propósito de indicar como es que se consideró que el iusnaturalismo aún meceré considerarse como modelo teórico preponderante.

Con relación al modelo de fundamentación intersubjetiva de los derechos humanos, se ha identificado que su punto de partida es la ética discursiva, la cual surgió con Karl-Otto Apel y Jürgen Habermas, académicos de la Universidad de Frankfurt, quienes se inspiraron en la tradición ética de Immanuel Kant. Básicamente, la ética del discurso propone que se debe entender que la razón humana es producida a través del diálogo (interacción comunicativa) entre los distintos sujetos involucrados quienes se preocupan por construir una justificación racional y universal de los principios de la conducta humana, para ello se hace hincapié en la forma lingüística de la comunicación humana y en la argumentación.

La ética discursiva ha contribuido a confrontar aquellos problemas sociales donde existe una diversidad axiológica y moral, esto es, que la colectividad social en algunos casos no tiene la capacidad para generar un acuerdo general sobre los valores y deberes morales que habrán de regir universalmente a la propia sociedad, pues internamente coexisten diversas tradiciones y perspectivas morales. Por lo que la ética del discurso promueve

el pluralismo moral y proporciona procedimientos para legitimar normas generales, incluso prescribirlas con una validez universal.⁶⁹

En ese sentido, se encuentra que aquel sujeto que argumente honestamente presupone implícitamente alguna 'presunción de validez universal', ya que tiene que cumplir con varias obligaciones, las cuales son:

1. Darse a entender, es decir, expresar un significado intersubjetivamente comprensible para su público (de manera oral o escrita),
2. Decir la verdad, esto es, que necesita presuponerse que los enunciados que propone son válidos conforme a la razón,
3. Ser sincero, pues cualquier sujeto serio aceptaría, por el hecho de serlo, estar persuadido de lo que afirma, y
4. Tener exactitud o corrección normativa, es decir, debe respetar las normas que rigen la interacción comunicativa.⁷⁰

Ahora, Adela Cortina⁷¹ quien se ha dedicado a desarrollar la ética del discurso explica una de las figuras fundamentales que caracteriza el diálogo intersubjetivo, relacionado con la toma de decisiones: el consenso racional y universal. Para lo cual existen dos modelos para definir dicha figura:

1. Como un pacto estratégico entre los individuos, los cuales construyen mutuamente una relación de sujeto a objeto, es decir, que ellos se consideran medios para su fines, y
2. Como un entendimiento entre los individuos, quienes establecen mutuamente una relación de sujeto a sujeto, entonces, ellos se consideran recíprocamente con fines entre sí, consecuentemente son sujetos valiosos (dignos) y sujetos de derechos.

Respecto a la figura del consenso se puede indicar que se trata de un mecanismo utilizado por la ciencia política en la doctrina del contractualismo planteada inicialmente por Jean Jaques Rousseau en su obra *El contrato*

⁶⁹ Ramírez García, Hugo Saúl y Pedro Pallares Yabur, *Op. Cit.* p. 46.

⁷⁰ Abbagnano, Nicola, "discurso, ética del", *Diccionario de filosofía*, Trad. José Esteban Calderón, *et. al.*, 4^{ta} ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004, p. 326.

⁷¹ Citada por Ramírez García, Hugo Saúl y Pedro Pallares Yabur, *Op. Cit.* p. 47.

social, en la cual esencialmente se asume que la sociedad pactó un ‘gran acuerdo’ sobre la administración de las cuestiones públicas (gobierno), lo cual realizó a través de la institución del consenso.

Ahora, sobre la figura del consenso universal y racional, explicado conforme a las aportaciones de Cortina, se considera que se trata de una figura indispensable para lograr definir el fundamento de los derechos humanos, el cual básicamente reside en el hecho de que los sujetos deliberaron mediante un procedimiento dialógico un acuerdo general relativo a los derechos de las personas, calificándose como una cuestión invaluable para la humanidad y que es deseable que existan métodos para la protección de los derechos humanos.

Sin embargo, se estima que el modelo de fundamentación intersubjetivo de los derechos humanos, basado en la figura del consenso racional y universal, tiene el inconveniente de que una convención general, racional y honesta a la que eventualmente pudiere llegar la sociedad mediante el procedimiento dialógico anteriormente descrito en el presente apartado, se trata de un proceso artificial, es decir, que es un mecanismo que idealiza la capacidad de la sociedad para tomar decisiones colectivas de manera ordenada y racional, que tendría alcances universales, los cuales son dependientes de la voluntad de los sujetos que entablaron el diálogo.

Entonces, se considera que la ética del discurso comprende a los derechos humanos como que son cierto tipo exigencias cuya satisfacción debe ser obligada legalmente, es decir, adquirir el máximo grado de relevancia social, ya que su respecto es requisito para poder hablar de individuos que se encuentran en condiciones de participar en la construcción de un consenso racional.

En ese sentido, la fundamentación de los derechos humanos basada en el consenso racional y universal se trata de un método idealista que presupone que la sociedad tiene la capacidad de comunicarse racionalmente todo el tiempo y, al ser una cuestión *a posteriori*, que pretende racionalizar el

fundamento de los derechos humanos mediante un procedimiento derivado de la capacidad comunicativa de la sociedad.

1.4.2 Fundamentación ética de los derechos humanos

El modelo ético de fundamentación de los derechos humanos tiene como punto de partida que el origen y justificación de los derechos humanos no se puede obtener del orden jurídico ni se trata de una creación del Estado, sino que es una cuestión de la persona humana basada en la ética universal. En ese sentido, al Estado le corresponde únicamente promover y reconocer la existencia de los derechos humanos, así como implementar mecanismos para su protección y garantía con el objetivo de permitir que la sociedad los ejerza con efectividad.

Respecto al mencionado modelo ético, los derechos humanos se consideran una cuestión deseable por la sociedad que contribuye al desarrollo humano, esto es, que deben entenderse como aquellas condiciones morales que permiten generar condiciones de vida digna. Del igual manera Rainer Forst sostiene que una justificación ética de los derechos humanos se enfoca en la importancia de los intereses o valores humanos, como la seguridad, la autonomía o la libertad.⁷²

Ahora, para Milagros Otero y Francisco Puy la fundamentación ética o axiológica de lo derechos humanos implica:

“un argumento teórico de los derechos humanos que afirma que la razón más plausible, es decir aquella que puede atraer un mayor número de personas para que respeten los derechos humanos, no se basa en la realidad empírica de que existen una serie de derechos que el ordenamiento jurídico reconoce como

⁷² Forst, Rainer, “The justification of human rights and the basic right to justification. A reflexive approach”, en Corradetti, Claudio (ed.), *Philosophical dimensions of human rights: some contemporary views*, Springer, Nueva York, pp. 81 y ss.

tales, y por lo mismo, puede otro exigirle a uno su respecto ante un juez o tribunal.”⁷³

En relación con lo explicado, se encuentra que la fundamentación ética pretende dejar de lado el debate actual entre el iusnaturalismo y el positivismo jurídico, pues el primero se enfoca en defender los derechos humanos como producto de la ley natural, y el segundo se limita a incorporar derechos al orden jurídico para reconocerlos, promoverlos protegerlos y garantizarlos.

Por lo que este modelo de fundamentación justifica la existencia y necesidad del respeto de los derechos humanos en determinados valores trascendentales como la vida, libertad, igualdad, seguridad, dignidad, entre otros, que son parte de la persona humana los cuales deben ser protegidos de manera reforzada por parte del Estado.

Se trata de un modelo que parte del punto de partida de las virtudes o valores de la persona humana, derivados de la naturaleza humana, un extracto de esta, por lo que no son la escancia; además, los valores varían dependiendo de la cultura de cada sociedad, por lo que no pueden alcanzar un matiz de universalidad, como si lo cuenta la explicación iusnaturalista de los fundamentos de los derechos humanos.

1.5 Convergencia entre la fundamentación y la práctica jurídica de los derechos humanos

Se considera que los derechos humanos son un fenómeno complejo que comprende varios aspectos como lo moral, lo jurídico, lo político y lo histórico. Con relación a lo moral (principios o valores) el discurso de los derechos humanos recoge aquellas preocupaciones humanas urgentes que merecen

⁷³ Otero, Milagros y Francisco Puy, “¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?” en Bernal, María José e Isaac de Paz González (coords.), *Fundamentos axiológicos de los derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Toluca, 2016, p. 44.

no ser vulneradas o ignoradas por parte del Estado y de la sociedad; respecto a lo jurídico, los derechos humanos han sido consagrados en las Constituciones nacionales y en tratados internacionales con el objeto de respetarlos y protegerlos; sobre lo político, los derechos humanos son considerados estándares de legitimidad política, es decir, un elemento le adiciona plusvalía a la política y al Estado frente a la sociedad; y en relación con lo histórico, se interesa conocer como y cuando se materializó la idea de los derechos humanos así como cuál es su significado para la sociedad.⁷⁴

Igualmente, existe un aspecto filosófico de los derechos humanos que se ha encaminado principalmente hacia la cuestión de su fundamentación, la cual consiste en obtener razones que justifiquen la existencia de los derechos humanos frente al Estado y la sociedad; aunque se ha denunciado que la búsqueda de la fundamentación de los derechos humanos es redituable únicamente para la teoría y no para la práctica, sin embargo, conforme al argumento de Immanuel Kant⁷⁵ sobre que la práctica sin teoría es ciega y la teoría sin práctica es estéril, es posible referir que la práctica jurídica de los derechos humanos desligada de su fundamentación provoca que sea incumplida una de sus misiones principales: preservar la dignidad de la persona ante las decisiones mayoritarias y los intereses del poder político.⁷⁶

Lo anterior quiere decir que ante la no observancia de los fundamentos de los derechos humanos se ocasiona una protección débil o ausencia de protección, inclusive, ello es una de las principales causas de debilidad jurídica y estructural de los derechos humanos.⁷⁷

Del mismo modo, en la actualidad resulta necesario tener claridad sobre los fundamentos filosóficos de los derechos humanos ya que de ello depende la elaboración de argumentos para exigir la puesta en práctica del

⁷⁴ Cfr. Forst, Rainer, *Op. Cit.*, pp. 81 y ss.

⁷⁵ Kant, Immanuel, *Teoría y práctica*, trad. M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986, p. 3-7.

⁷⁶ Santiago, Alfonso (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons, Buenos Aires, 2010, p. 218.

⁷⁷ Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 108.

respecto y protección de los derechos humanos. Por lo que, una concepción endeble de los fundamentos filosóficos de los derechos humanos de igual forma contribuye a una protección débil. Entonces, una buena forma de proteger los derechos humanos no sólo es a través del mejoramiento de las condiciones de la práctica jurídica sino también con el respaldo de buenas razones para defenderlos, lo que implica necesariamente remitirse hacia los fundamentos filosóficos de los derechos humanos.

Adicionalmente, la cuestión por la fundamentación de los derechos humanos ha perdido relevancia para los operadores jurídicos del Estado, a pesar de que ya se ha explicado que existe una relación estrecha entre fundamentación y práctica de los derechos humanos. También, se estima que se trata de temas interdependientes que deben analizarse conjuntamente.

Al respecto, en la práctica profesional del derecho existen dos actividades en las que se observa la convergencia entre los fundamentos filosóficos y la protección jurídica de los derechos humanos, estas son: 1) la justificación de obligaciones jurídicas sobre derechos humanos, y 2) la fijación de limitaciones válidas al ejercicio de los derechos humanos.

Sobre las obligaciones en materia de derechos humanos y su respectiva justificación, se considera que por lo general estas son asignadas al Estado, aunque en algunos casos para su debido cumplimiento ha resultado insuficiente analizar el régimen jurídico aplicable en materia de derechos humanos, ya que para comprender acerca de la titularidad, contenido (características) y límites legítimos respecto de algún derecho humano se requiere acudir a la fundamentación filosófica de los derechos humanos, así que sólo en ese contexto el operador jurídico tendría la posibilidad de sustentar una adecuada práctica de los derechos humanos.

Es cierto que los derechos humanos no son absolutos, lo cual quiere decir que la mayoría de ellos de alguna forma tienen límites jurídicos. Sin embargo, si se llega a contar con el respaldo de argumentos y razones por los cuales se sustente sólidamente un fundamento de los derechos humanos,

a partir de ahí es posible identificar los alcances de los derechos humanos. En ese sentido, la idea sería aceptar la fijación de límites validos sin romper con la lógica interna de los derechos humanos.

Ahora, en el supuesto de que en la práctica legal se hagan presentes colisiones entre derechos humanos, para la solución a este tipo de problemas prácticos se debería, en primera instancia, acudir a revisar su fundamentación filosófica, porque este contribuye ciertamente a identificar cual es el contenido de un derecho en específico.

Si bien es cierto que trabajar en torno a la fundamentación filosófica de los derechos humanos es una tarea compleja, no debe emplearse como excusa para prescindir de su indagación, pues se trata de una cuestión aun inconclusa en la actualidad. Entonces, sería provechoso se debe contar con lucidez respecto a la referida fundamentación pues de ello depende la elaboración de razones o argumentos para exigir la puesta en práctica del respeto y protección de los derechos humanos.

Una vez que se desarrollaron los temas que comprenden el presente capítulo corresponde analizar otro aspecto del problema de investigación relativo la doctrina jurisprudencial de las restricciones constitucionales a derechos humanos sustentada por Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), pues se describen las cuestiones en las que se pretende denunciar como es que los operadores jurisdiccionales han desatendido la fundamentación de los derechos humanos para determinar conceptos, contenidos, características y propósitos de los derechos humanos, lo cual ha producido diversos problemas jurídicos en materia de derechos humanos que se describirán mas adelante.

Capítulo 2

Reconocimiento de los derechos humanos en México y sus restricciones constitucionales por parte de la SCJN

Sumario: 2.1 Panorama sobre el reconocimiento constitucional de los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano. 2.2 El papel de la SCJN en el reconocimiento constitucional de los derechos humanos. 2.3 Delimitación conceptual entre suspensión, regulación y restricción de derechos humanos. 2.4 La fundación de las restricciones constitucionales: jurisprudencia por contradicción de tesis 293/2011 de la SCJN.

Este capítulo tiene como objetivo describir que son las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Para cumplir con ello se llevó a cabo una síntesis sobre algunos aspectos generales de la historia constitucional mexicana en la cual Estado se ha pronunciado por el reconocimiento de los derechos humanos; además, se relató como la SCJN también reconoció los derechos humanos; luego, se realizó una diferenciación conceptual entre suspensión, regulación y restricción de derechos humanos, para explicar cómo es que la propia SCJN introdujo las restricciones constitucionales a los derechos humanos.

2.1 Panorama sobre el reconocimiento constitucional de los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano

En este apartado se reseñan los principales sucesos históricos ocurridos a lo largo de sus múltiples constituciones mexicanas en los que se estima que existe una vocación y desarrollo institucional por parte del Estado mexicano

en favor de los derechos humanos, sin que ello implique pretender elaborar una historia nacional sobre el presente tema.

Dentro del periodo de formación de la nación mexicana se redactaron algunos documentos en los cuales se dispuso el reconocimiento de los derechos de las personas como el *Decreto contra la esclavitud, las gabelas y el papel sellado* (1810) emitido por Miguel Hidalgo y Costilla, donde se declaró la abolición de la esclavitud; y los *Sentimientos de la Nación* (1813) elaborado por José María Morelos y Pavón, en el cual se explicó la necesidad de moderar la opulencia y la indigencia, así como aumentar el jornal (o salario) del pobre para el mejoramiento de sus costumbres y forma de vida.

A partir de que propiamente surgió México como país, se han identificado al menos seis documentos jurídico-políticos de naturaleza constitucional que tuvieron vigencia en el territorio nacional, en los cuales varias veces se modificó la configuración del Estado y, en algunas ocasiones, fueron reconocidos los derechos humanos, estos son:

1. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1824,
2. Las Bases y Leyes Constitucionales de 1835,
3. Bases de Organización Política de la Republica Mexicana de 1843,
4. Acta Constitutiva y de Reformas de 1847,
5. Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos de 1857, y
6. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos de 1917.⁷⁸

En relación con la Constitución de 1824, se asumió como forma de gobierno la república federal en la cual se implementó la división de poderes y el fundamento del poder público radicó en el pueblo (soberanía popular y democracia). Adicionalmente, se favoreció al ejercito y a la religión católica

⁷⁸ Algunas obras que abordan el desarrollo histórico y jurídico de los derechos humanos en las Constituciones de México son: Moreno-Bonett, Margarita y María del Refugio González, *La génesis de los derechos humanos en México*, UNAM, México, 2006; Moreno-Bonett, Margarita, *Los derechos humanos en perspectiva histórica*, UNAM, México, 2005. Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 5^{ta} ed., Porrúa, México, 2017. Soberanes Fernández, José Luis, *Una historia constitucional de México*, UNAM, México, 2019.

como la fe oficial del Estado, lo cual permitió que se conservaran los privilegios con los que ya contaban.

Con las Bases y Leyes Constitucionales de 1835, el Estado mexicano se fundamentó mediante una constitución centralista donde se suprimieron las legislaturas de los estados y los gobernantes locales estuvieron sometidos a la voluntad gobierno central. Además, se creó un cuarto poder: el Supremo Poder Conservador, el cual estuvo encargado de vigilar el cumplimiento de la Constitución, como una especie de mecanismo para el control del poder público.

Por medio de las Bases de Organización Política de la Republica Mexicana de 1843, se preservaron la mayoría de los desarrollos legislativos impulsados por los grupos liberales de la época, algunos de ellos fueron: la abolición de la esclavitud, la libertad de imprenta y de opinión, la seguridad personal, la inviolabilidad de la propiedad y del domicilio. Sin embargo, al mismo tiempo, se dio continuidad al gobierno centralista, lo cual aumentó significativamente el derecho al veto a favor del Poder Ejecutivo, es decir, se centralizó el poder público en una sola persona.

A través del Acta Constitutiva y de Reformas de 1847, se restableció el federalismo (previamente instaurado en la Constitución de 1824) y se estipuló que los poderes constituidos solo podían realizar aquello para lo que están expresamente autorizadas por la Constitución y las leyes generales (principio de legalidad). Igualmente, se elaboró una declaración de derechos de las personas y al Congreso de la Unión se le otorgó la facultad de anular aquellas leyes de los estados que transgredieran lo dispuesto en el pacto federal (Constitución), así como, se instauró el derecho de petición y el juicio de amparo.

Mediante la Constitución de 1857, se adoptó un modelo de organización política semejante al de los Estados Unidos de América. Además, se implementó un sistema de gobierno republicano, representativo y federal, distribuyó en tres poderes públicos: ejecutivo, legislativo y judicial.

Del mismo modo, fue prohibida la reelección del Presidente de la República, como garantía de la democracia y del Estado de Derecho.

Respecto a la Constitución de 1917, se encuentra que la mayoría del contenido de la Constitución de 1857 se reiteró en esta, particularmente aquello relativo a los derechos de las personas. Mientras que forma de gobierno continuó con las cualidades de republicana, representativa, democrata y federal, además se refrendó la división de poderes.

De conformidad con lo relatado en esta la presente sección del segundo capítulo, se puede referir que en la historia constitucional de México existió un periodo de evolución en materia de los derechos de las personas, ya que al comienzo del siglo XX con la Constitución de 1917, cuyo antecedente histórico inmediato fue la Revolución Mexicana, se luchó por el reconocimiento de derechos de corte individualista como la libertad, la igualdad, la propiedad, entre otros.

Asimismo, se indica que como parte de las luchas del siglo XIX surgieron los derechos sociales cuyos reclamos lograron plasmarse en la Constitución de 1917, en la cual se implementó un nuevo régimen, en la cual se instauró la justicia popular como parte de los derechos del hombre incorporada al derecho constitucional, como una innovación jurídica y política del país para el mundo.⁷⁹

Entonces, mediante los seis documentos constituciones antes descritos que tuvieron vigencia en el territorio nacional, se puede indicar que los derechos humanos han estado presentes dentro del desarrollo de la vida constitucional de México, pues se la logrado constatar que existe una vocación por la defensa de los derechos humanos, ya que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM) de 1917 reconoció los derechos de las personas e implementó una serie de mecanismos constitucionales y legales para la protección y garantía de los citados derechos.

⁷⁹ Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 4^{ta} ed., Porrúa, México, 2007.pp. 115 y ss.

Adicionalmente, en la época reciente de la historia constitucional de México se encuentra que en 1994 se emitió una reforma a la CPEUM dirigida a transformar al Poder Judicial de la Federación (PJF) por medio de la cual se implementó un nuevo modelo de jurisdicción constitucional para la defensa de los derechos humanos. Dentro de las principales implicaciones de la citada reforma constitucional se encuentra que se reconfiguraron las herramientas jurídicas para el control del poder, se modificó la estructura organizacional de la SCJN, la cual pasó a tener una nueva integración de ministros y se fincaron nuevas atribuciones encaminadas a que se convirtiera en un Tribunal Constitucional, lo cual será analizado con mayor detalle en el apartado 2.2 de este capítulo.

Ahora corresponde analizar una de las reformas constitucionales a la CPEUM que ha tenido amplias implicaciones en el tema sobre el cual versa la presente investigación.

2.1.1 Reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011

El diez de junio de dos mil once, se publicó en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el decreto por el cual se modificó la denominación del Capítulo I del Título Primero y reformó los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, apartado B, y 105 de la CPEUM en materia de derechos humanos. Este acontecimiento jurídico representa una de las transformaciones con mayor repercusión dentro del sistema jurídico mexicano, ya que obedece a las necesidades y exigencias de la sociedad contemporánea. Por tanto, los derechos humanos fueron situados en una nueva dimensión, esto es, como eje rector del Estado Constitucional. Al respecto, los cambios más significativos fueron:

1. La sustitución del término 'garantías individuales' por 'derechos humanos', adecuación que obedece a que el vocablo 'garantías individuales' se construyó mediante una visión limitada sobre los derechos de las personas, esto es, en el concepto clásico de derecho subjetivo y, en consecuencia, se optó por emplear el

concepto más compatible con la teoría jurídica contemporánea, que es el de derechos humanos.⁸⁰

2. Se adoptó una postura de reconocimiento de los derechos humanos, anteriormente defendidos en tratados internacionales en los que México es Estado miembro (suscripción y ratificación).⁸¹
3. Se adicionó la cláusula de interpretación conforme como herramienta para interpretar jurídicamente los derechos humanos.
4. Se elevó a rango constitucional el principio pro persona, previsto previamente en el artículo 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCyP),⁸² así como en el artículo 24 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)⁸³.
5. Se definieron las obligaciones del Estado en la materia, las cuales son: promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos. Así como los deberes específicos, que son: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos.
6. Los principios o cualidades de los derechos humanos previstos en la Constitución son: universalidad, interdependencia, indivisibilidad, y progresividad.

⁸⁰ En relación con el aspecto conceptual de los términos derecho subjetivo y derechos humanos véase el capítulo I, apartados 1.2.2 y 1.2.4, respectivamente.

⁸¹ El artículo 1, párrafo primero, de la CPEUM prevé que: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección [...]”.

⁸² Instrumento aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1966 y ratificado por el Senado de México el 18 de diciembre de 1980; el artículo Artículo 5.1. refiere que “ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.”

⁸³ Instrumento aprobado por la Asamblea General de la ONU en 1966 y ratificado por el Senado de México el 18 de diciembre de 1980; el artículo 24 dispone que “ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo de las disposiciones de la Carta de las Naciones Unidas o de las constituciones de los organismos especializados que definen las atribuciones de los diversos órganos de las Naciones Unidas y de los organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el Pacto.”

7. La educación nacional en todos los niveles educativos tendría como eje transversal el respeto a la dignidad y a los derechos humanos.
8. Quedó prohibido celebrar tratados internacionales que menoscaben los derechos humanos reconocidos por la CPEUM y los tratados internacionales de los que México sea parte.⁸⁴
9. Se otorgó garantía de audiencia a los extranjeros, cuando participen en la comisión de alguna conducta considerada ilícita que tenga como sanción su expulsión del país.
10. Se transfirió la facultad de investigación sobre violaciones graves a derechos humanos que poseía la SCJN a la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH).

Ahora, durante el proceso legislativo de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, la Cámara de Diputados en su dictamen de veintitrés de abril de dos mil nueve, refirió que: “los derechos humanos son una de las dimensiones constitucionales del derecho internacional contemporáneo y que éstos son inherentes a la dignidad de la persona y reconocidos por el Estado a través de sus leyes”. A la par consideró que: “ya no existiría distinción entre los derechos humanos reconocidos en la Constitución y los derechos reconocidos por el Estado mexicano vía (sic) los tratados internacionales [...] la única diferencia sería su fuente”. En relación con el reconocimiento de los derechos humanos la Cámara de Diputados sostuvo que: “con la adición del verbo -reconocer- se busca que los derechos sean inherentes a las personas y el Estado simplemente reconozca su existencia”.⁸⁵

⁸⁴ El artículo 15 de la CPEUM refiere que: “[...] no se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.”

⁸⁵ Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados de veintitrés de abril de dos mil nueve (anexo XVI), pp. 43-44.

Dentro del referido proceso legislativo, la Cámara de Senadores en su dictamen de siete de abril de dos mil diez, describió que en el artículo primero de la CPEUM se reconocerían: “los derechos humanos como derechos inherentes al ser humano, diferenciados y anteriores al Estado y se les dotará, por ende, del más pleno reconocimiento y protección constitucional”. También explicó que la citada reforma constitucional implicaría: “un amplio reconocimiento de los derechos humanos, dándoles carácter constitucional a todos, con lo que debían considerarse incluidos, tanto los que se encuentran expresamente reconocidos en el texto constitucional, como los consagrados en los tratados internacionales de los que México sea parte”.⁸⁶

Respecto a lo descrito en esta sección del capítulo, se estima que la multitudada reforma constitucional sobre derechos humanos ha constituido una de las transformaciones mas complejas para el Estado mexicano desde la promulgación de la actual CPEUM, ya que en nuevo texto constitucional se replanteó la concepción que se tenía sobre de los derechos humanos y sus garantías constitucionales. Igualmente, el Poder Constituyente se apartó de la concepción tradicional sobre los derechos de las personas plasmada en el texto original de la Constitución de 1917, por lo que a partir del nuevo contenido constitucional los derechos humanos son actualmente considerados como un eje transversal del ordenamiento jurídico y una fuente de legitimación para el Estado.

Por consiguiente, se considera que el Estado mexicano se acogió al modelo de fundamentación iusnaturalista de los derechos humanos debido a que se hicieron múltiples referencias al derecho natural dentro de los debates que sirvieron como exposición de motivos para emitir la reforma constitucional en materia de derechos humanos. Por ende, se puede sustentar que el Estado mexicano asumió que el punto de partida de los derechos humanos reside en la naturaleza humana como fue descrito en primer capítulo de la investigación.

⁸⁶ Gaceta del Senado de la República, núm. 113 de siete de abril de dos mil diez, p.12.

Del mismo modo, dentro del proceso de reconocimiento constitucional de los derechos humanos, la SCJN ha tenido una participación protagónica que se puede observar a través de los procedimientos judiciales y medios de impugnación (garantías legales y constitucionales) que promueven las personas para reclamar la violación a sus derechos humanos. Lo anterior, le ha concedido la oportunidad a la SCJN conocer los problemas que involucran la realización de los derechos humanos, así como de construir resoluciones innovadoras. Por ende, resulta necesario explicar como funcionan los medios de control constitucional y convencional, en el siguiente apartado.

2.2 El papel de la SCJN en el reconocimiento constitucional de los derechos humanos

2.2.1 Garantías constitucionales de los derechos humanos

En el presente apartado se describe el rol que ha tenido la SCJN en el proceso de reconocimiento constitucional de los derechos humanos, específicamente a través de la aplicación de las garantías constitucionales o medios de control de la constitucionalidad.

Para llevar a cabo lo anterior, se refiere que a partir de las reformas constitucionales (de junio de dos mil once), en materias de amparo y derechos humanos, así como de las determinaciones tomadas por la SCJN en el expediente Varios 912/2010, se configuró un nuevo modelo general de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad del poder público en México. Por ello se considera que el PJJF hizo posible una nueva era de los derechos humanos y fortaleció las garantías constitucionales propias de un Estado Constitucional de Derecho.

Respecto a la SCJN se encuentra que ha participado en la labor de reconocimiento de los derechos humanos a través de la emisión de jurisprudencia y en la actualidad sus pronunciamientos han tenido aceptación

por parte de las instituciones públicas y privadas, así como de la sociedad en general.⁸⁷

Ahora, para cumplir con el objetivo del presente capítulo, es necesario describir el funcionamiento de los medios de control jurisdiccional de la constitucionalidad y de la convencionalidad, con el propósito de comprender como estos mecanismos contribuyen a la tutela y protección de los derechos humanos y cómo es que fueron empleados en sentido contrario, esto es, para determinar la prevalencia de restricciones constitucionales a la práctica de los derechos humanos por parte de la SCJN.

En ese sentido, el PJF es uno de los tres poderes constituidos que conforman Estado mexicano, su principal misión es la impartición de justicia y mantener el equilibrio entre los demás poderes gubernamentales; actualmente se integra por tres organismos: la SCJN, el Consejo de la Judicatura Federal (CJF) y el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (TEPJF).

Respecto a las facultades, atribuciones y competencias con las que cuentan los organismos que conforman al PJF, básicamente se pueden sintetizar como sigue:

1. Resolver asuntos, de competencia federal, que se susciten entre las personas y aquellos que se originen entre las autoridades federales y los particulares.
2. Solucionar controversias causadas por actos (positivos y negativos) u omisiones, así como de ordenamientos jurídicos que transgredan los derechos humanos.

⁸⁷ Algunas obras en las que se ha hecho valer el reconocimiento de los derechos humanos por parte de la SCJN son: Silva Meza, Juan N. y Fernando Silva García, *Derechos fundamentales: bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, Porrúa, 2009; De Paz González, Isaac, *Constitucionalismo y justiciabilidad de los derechos sociales: estudio comparado internacional y leading cases a través del juicio de amparo en México*, Porrúa, México, 2016; Suárez Ávila, Alberto Abad, *La protección de los derechos fundamentales en la novena época de la Suprema Corte*, Porrúa, México, 2014; Figueroa Mejía, Giovanni A., *Influencia de la doctrina en las decisiones de la Suprema Corte de Justicia Mexicana*, Porrúa, México, 2017; Mijangos y González, Pablo, *Historia mínima de la Suprema Corte de Justicia de México*, El Colegio de México, México, 2019.

3. Dirimir los conflictos entre los poderes constituidos en materia de invasión de esferas competenciales, y entre los distintos ámbitos de gobierno (Federal, Estatal, Ciudad de México y Municipal).
4. Preservar la supremacía constitucional, al contar con la facultad constitucional de invalidar tratados internacionales, leyes y reglamentos que sean contrarios a las disposiciones constitucionales.

Dentro de las facultades con las que cuenta la SCJN, el TEPJF y los Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito pertenecientes al CJF, se encuentra la función de control de la constitucionalidad de actos del poder público del Estado, la cual ha tenido varios cambios, ya que sustancialmente se transformó con las reformas constitucionales de 1994, en las cuales se reestructuro la SCJN. Adicionalmente, la función de control de convencionalidad (en sede nacional) del PJJ se adquirió con la resolución del expediente Varios 912/2010 de la SCJN, con lo cual se conformó un nuevo modelo general de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad del poder público.⁸⁸

En la actualidad, la CPEUM cuenta con un complejo sistema de control de la constitucionalidad y convencionalidad del ejercicio del poder público, en el cual se encuentran los medios siguientes: 1) obligaciones y deberes del Estado en materia de derechos humanos; 2) régimen extraordinario y temporal de suspensión de derechos humanos; 3) consulta popular; 4) control parlamentario de los actos del Congreso de la Unión; 5) juicio de amparo; 6) controversias constitucionales; 7) acciones de inconstitucionalidad; 8) juicio político; 9) juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano; 10) juicio de revisión constitucional electoral; y 11) facultad de investigación de violaciones graves a derechos humanos.

⁸⁸ En relación con este punto de la discusión, se explicará con mayor detalle en el apartado 2.2.1.2 del presente capítulo.

Ahora, el medio de control constitucional mas ejercido en México es el juicio de amparo, el cual ha sido definido como una garantía de control y defensa de la Constitución, que tiene por objeto proteger y hacer efectivos los derechos humanos frente a leyes y actos derivados de los órganos de poder, cuando desconozcan o vulneren algún derecho humano, así como rompan con el orden jurídico nacional.⁸⁹

Conforme a lo anterior, se indica que a partir de las reformas constitucionales de 2011 (amparo y derechos humanos), se ha señalado que ahora juicio de amparo es un medio de control de la constitucionalidad y convencionalidad de los actos, normas y omisiones que provienen de las autoridades y de los particulares que actúan como autoridades.

2.2.1.1 Control jurisdiccional de la constitucionalidad

En la época contemporánea una Constitución debe poseer ciertas cualidades, entre ellas, ser escrita, rígida, suprema, fundamental, incluir un catálogo que identifique los derechos humanos, contar con disposiciones que regulen la organización, las atribuciones y el funcionamiento de los poderes públicos, así como prevé mecanismos para controlar del poder público (sistemas de control de la constitucionalidad).

Al respecto, al poder constituyente le corresponde instaurar los órganos de gobierno y asignarles sus respectivas facultades, atribuciones y competencias. Los órganos de gobierno son los encargados de ejercer el poder público, para ello su normatividad y actos de autoridad deben realizarse conforme a lo dispuesto por la Constitución (principio de supremacía constitucional), inclusive para prevenir o reparar abusos del poder generalmente se prevén medios válidos para controlar el ejercicio el poder público.

⁸⁹ Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "El derecho de amparo en México" en Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-UNAM, México, 2006, p. 272.

El principio de supremacía constitucional refiere que la Constitución es la ley fundamental del Estado por lo que debe tener una ubicación especial dentro del orden jurídico el cual es instituirse jerárquicamente por encima de todas las demás normas jurídicas, internas y externas, que puedan llegar a regir en ese país. Incluso, el principio de supremacía de la Constitución y los sistemas de control de la constitucionalidad tienen un vínculo estrecho.

En relación con el principio de supremacía constitucional se puede decir que resulta ser el parámetro para que todo el orden jurídico y los actos del poder público no contravengan a la Constitución y mediante los mecanismos de control jurisdiccional de la constitucionalidad se puede hacer efectiva la supremacía, al otorgar mecanismos para garantizar la supremacía constitucional.

El control sobre los poderes públicos existe desde la antigüedad con diversas nomenclaturas, pues la noción de 'control' ha existido durante las múltiples formas de organización política que se conocen. La figura del control de constitucionalidad se conforma por dos vocablos: 'control' y 'constitucionalidad', los cuales deben explicarse por separado para una adecuada comprensión; la palabra 'control' significa fiscalización, sometimiento, dominación, comprobación, inspección o revisión, y el término 'constitucionalidad' quiere decir que la legislación y los actos del poder público se fundamenten en las normas constitucionales, por lo que la 'constitucionalidad' debe entenderse como el encuadramiento entre lo establecido por la Constitución con el orden jurídico.⁹⁰

Actualmente se han configurado dos modelos de aplicación del control de constitucionalidad: difuso (norteamericano) y concentrado (europeo-continental). El modelo de control difuso de la constitucionalidad fue concebido por Alexander Hamilton y desarrollado por el juez John Marshall.

⁹⁰ Aragon, Manuel, *Constitución, democracia y control*, IIJ-UNAM, México, 2012, p. 120-122. En algunos sistemas constitucionales la norma fundamental puede adicionar al parámetro para controlar la constitucionalidad de los actos (u omisiones) del poder público y las leyes, a los tratados internacionales que reconozcan derechos humanos, como sucede en México, lo cual se abordará en el apartado correspondiente.

El primer caso en el cual se implementó dicho modelo fue con la sentencia del caso *Marbury vs. Madison* de la Corte Suprema de los Estados Unidos, redactada por el juez Marshall, quien decidió que, de acuerdo con el principio de supremacía constitucional, todos los jueces estaban obligados a optar por la Constitución frente a cualquier otra ley.

El modelo de control difuso de la constitucionalidad le confiere a cualquier juez la facultad de analizar la regularidad de las leyes, es decir, que ante un caso concreto sobre cualquier materia, todo juez puede y debe no aplicar una ley inconstitucional y resolver mediante una sentencia con efectos aplicables entre las partes. En otras palabras, este modelo prevé la facultad constitucional de los jueces para conocer sobre las cuestiones de constitucionalidad de leyes y actos de autoridad, por lo cual, desde un punto de vista procesal, el problema de inconstitucionalidad se revisa como una incidencia derivada de la controversia principal.

Para Alexander Hamilton los tribunales deberían tener la responsabilidad de anular los actos legislativos que fueran contrarios a la Constitución, ya que esta actividad se trata de un mandato soberano del pueblo y ello se encuentra por encima de los tres poderes creados y subordinados a la Constitución, por ende, ningún poder público puede contradecir al pueblo, entonces, toda ley contraria a la Constitución es una norma que debe ser suprimida del orden jurídico.⁹¹

El modelo de control concentrado de la constitucionalidad fue propuesto por Hans Kelsen y materializado en la Constitución Austriaca de 1920, en la cual se instituyeron los lineamientos, principios e instituciones de la jurisdicción constitucional, por medio de los cuales se dispuso que la revisión de la compatibilidad de las normas ordinarias con la Constitución debía ser atendidas en única instancia por el Tribunal Constitucional, órgano creado únicamente para revisar la constitucionalidad de las leyes.⁹²

⁹¹ Cfr. Blanch, Daniel, "El federalista, de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay", *Foro Interno*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2009, pp. 129-148.

⁹² Tusseau, Guillaume. *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional: un ensayo de crítica*. Trad. Teresa García-Berrio H., Porrúa, México, 2011, p. 20; Fernández

El sistema continental europeo encomienda a un tribunal especializado resolver las cuestiones de constitucionalidad de las leyes y actos de autoridad, a través de un procedimiento especial. Puede ser en la vía principal por tribunales constitucionales o en vía indirecta por los jueces o tribunales ordinarios. El fallo dictado por el tribunal especializado tiene efectos generales e implica la ineficacia de la norma declarada inconstitucional.

El control concentrado de la constitucionalidad no permite que los jueces ordinarios intervengan de manera directa en asuntos de constitucionalidad, ya que esta tarea ha sido encomendada a un órgano que tiene funciones específicas y que es independiente de los poderes públicos. En este sistema existe un proceso contencioso de naturaleza constitucional, al margen de controversias o litigios ordinarios entre las partes, dado que el juez se limita a declarar, de manera abstracta, si una ley se apega o contradice los preceptos constitucionales.

2.2.1.2 Control de convencionalidad y su recepción nacional

El control de convencionalidad surgió con la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en 1979, tiene su fundamento jurídico en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH);⁹³ se empleó por primera vez en la sentencia del *Caso Almonacid*

Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, IIJ-UNAM, México, 2004, p. 32.

⁹³ Artículo 1. Obligación de Respetar los Derechos

1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.

[...]

Artículo 2. Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno

Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

*Arellano y otros vs. Chile*⁹⁴ y fue desarrollado en precedentes judiciales posteriores en los cuales se le exigió a los Estados miembros de la CADH que cumplieran con sus obligaciones legislativas relativas a la adecuación de su orden jurídico interno con el *Corpus Iuris* Interamericano, en la medida de sus posibilidades y marcos competenciales.

El control de convencionalidad consiste en una garantía destinada a obtener la aplicación armónica del derecho vigente (nacional e internacional), se encuentra sustentado en el reclamo de hacer efectivos los derechos humanos y sus garantías.⁹⁵ Se ejerce cuando en el derecho interno (Constitución, ley, jurisprudencia, actos judiciales o administrativos) se identifica alguna incompatibilidad con el *Corpus Iuris* Interamericano con el propósito de otorgarle prevalencia a las disposiciones internacionales sobre derechos humanos siempre que su aplicación implique mayor tutela a los derechos para la persona.

Entonces, el control de convencionalidad se trata de un examen de comparación normativa (entre el derecho interno y el derecho convencional) en un caso concreto, cuyo resultado generalmente se decide a través de sentencia judicial, la cual pudiere decidir la no aplicación, modificación, derogación, o reforma de las normas o actos jurídicos de derecho interno, sólo en el supuesto de que menoscaben u otorguen menor tutela a derechos humanos de fuente internacional.⁹⁶

La Corte IDH resolvió que cuando los Estados miembros de la CADH omitan cumplir sus obligaciones legislativas, el Poder Judicial debe de abstenerse de aplicar normas nacionales que sean contrarias al *Corpus Iuris* Interamericano; en la sentencia del *Caso Trabajadores Cesados del*

⁹⁴ *Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154, párr. 124.

⁹⁵ Albanse, Susana, "La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional" en Albanse, Susana (coord), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008, p. 15.

⁹⁶ Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, IMDPC, México, 2008, p. 46.

Congreso vs. Perú,⁹⁷ entre otras cosas, dispuso que cuando un Estado ratifique algún instrumento internacional todos sus jueces se encuentran obligados a velar por su cumplimiento, por ende, deben aplicar el control de convencionalidad dentro del marco de sus respectivas competencias y regulaciones procesales.

En ese sentido, los Estados miembros tienen la obligación jurídica de cumplir con las sentencias de la Corte Interamericana conforme lo disponen los artículos 67 y 68.1 de la Convención Americana,⁹⁸ así como los artículos 26 y 27 Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.⁹⁹ En el caso de México ambos instrumentos internacionales fueron suscritos y ratificados de conformidad lo establecido por la Constitución federal y la legislación secundaria aplicable.

En México, la recepción del control de convencionalidad fue en un contexto judicial y contencioso ya que la Corte Interamericana al resolver los casos *Radilla Pacheco* (2009), *Fernández Ortega y Otros*, *Rosendo Cantú y Otra*, *Cabrera García y Montiel Flores* (2010) todos contra México, declaró al Estado mexicano responsable internacionalmente y lo condenó a cumplir con una serie reparaciones a las víctimas, entre ellas, resolvió que se debía implementar el control de convencionalidad en sede nacional, por parte de todas las autoridades gubernamentales, en su respectivo marco de competencias.

⁹⁷ *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C. núm. 158, párr. 128.

⁹⁸ Artículo 67.

El fallo de la Corte será definitivo e inapelable. En caso de desacuerdo sobre el sentido o alcance del fallo, la Corte lo interpretará a solicitud de cualquiera de las partes, siempre que dicha solicitud se presente dentro de los noventa días a partir de la fecha de la notificación del fallo.

Artículo 68

1. Los Estados Partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes.

⁹⁹ Artículo 26. "Pacta sunt servanda". Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Respecto al *Caso Radilla Pacheco vs México* el Estado mexicano se dio a la tarea de llevar a cabo el cumplimiento de la sentencia. Sin embargo, la SCJN consideró que no tenía certeza sobre cuáles reparaciones tenía que cumplir, por lo que el Ministro Presidente de la SCJN envió una consulta al Pleno para deliberar esa cuestión y se abrió el expediente *Varios 912/2010*¹⁰⁰ en el cual se señaló la participación del PJJF en la ejecución de dicha sentencia y se reconoció judicialmente que lo determinado en las sentencias de la Corte IDH son vinculantes para el Poder Judicial, así como decretó la implementación del control de convencionalidad.

A partir del expediente *Varios 912/2010* la SCJN decidió que el PJJF contaba, de manera enunciativa más no limitativa, las siguientes obligaciones:

1. Los Jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad, a partir de un modelo de control difuso de constitucionalidad,
2. Deberá restringirse, caso por caso, la interpretación de los litigios que puede conocer y resolver del fuero militar, y
3. El PJJF deberá implementar medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte IDH en el *Caso Radilla Pacheco*, entre ellas, la capacitación de funcionarios judiciales en materia del delito de desaparición forzada y sobre la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humanos.

En relación con la primera obligación el mecanismo para el control de convencionalidad tuvo que armonizarse con el modelo general de control de constitucionalidad, pues no podría entenderse como se indicó en la sentencia del *Caso Radilla*, para ello se realizó una interpretación sistemática de los artículos 1 y 133 de la CPEUM. En ese sentido, mediante la resolución de expediente *Varios 912/2010*, el parámetro de análisis del control de convencionalidad que deben ejercer los jueces mexicanos quedó integrado de la siguiente manera:

¹⁰⁰ Publicado en el DOF de fecha 4 de noviembre de 2011.

1. Los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en la jurisprudencia del PJJ;
2. Los derechos humanos reconocidos en Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.
3. Respecto a las resoluciones de la Corte IDH serán criterios vinculantes aquellas sentencias en las que el Estado mexicano haya sido parte, y criterios orientadores las sentencias en las que el Estado mexicano no hubiere sido parte.¹⁰¹

Conforme a lo descrito en la presente sección de este capítulo, es posible referir que los medios de control de la constitucionalidad y de la convencionalidad del poder público en México son instrumentos jurídico-procesales complejos que tienen la función de resolver conflictos en los que se encuentren involucrados los derechos humanos. Del mismo modo, en los últimos años es posible percibir una adaptación y evolución de una nueva realidad nacional, lo anterior, abona ciertamente a la vocación del Estado mexicano en el reconocimiento de los derechos humanos.

Sin embargo, como se podrá apreciar en los próximos apartados del presente capítulo, la SCJN también ha implementado jurisprudencia en la cual se fijaron lineamientos para imponer restricciones constitucionales en la práctica jurídica de los derechos humanos, lo cual ha hecho las veces de una contrarreforma judicial de los derechos humanos y se han generado algunos problemas jurídicos relevantes.

¹⁰¹ Los tratados internacionales que se encuentran en la jurisdicción de la Corte IDH relativos al tema son: Convención Americana sobre Derechos Humanos; Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura; Protocolo Adicional a la Convención Americana en materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, "Protocolo de San Salvador"; Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención De Belém Do Pará"; Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas; y, Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

2.3 Delimitación conceptual entre suspensión, regulación y restricción de derechos humanos

2.3.1 Suspensión de derechos humanos

En el presente apartado se realiza un análisis conceptual sobre lo que debe entenderse por restricciones constitucionales a los derechos humanos, para ello se comparan dos conceptos semejantes a este, que son la suspensión y la regulación de los derechos humanos, que en múltiples casos son utilizados de manera indistinta por los operadores jurídicos, pero no pueden considerarse sinónimos, como se verá a continuación.

Para ello, se refiere que todo Estado Constitucional de Derecho debe funcionar a partir del principio de división de poderes el cual cumple con diversos propósitos, entre ellos, se encuentran: 1) delimitar las funciones de cada uno de los poderes constituidos; 2) impedir la concentración del poder en una misma persona o grupo de personas; 3) prohibir que los poderes ejerzan funciones que no les corresponden; y 4) establecer mecanismos de control del ejercicio del poder público. Por lo que la división de poderes hace posible que en la Constitución se haya construido un sistema de frenos y contrapesos con lo cual se procuraría disciplinar el ejercicio del poder público.¹⁰²

El principio de división de poderes (como principio fundamental del Estado Constitucional de Derecho) no es absoluto sino que se han construido excepciones que le autorizan al Estado concentrar del ejercicio del poder en un órgano de gobierno; de tal modo que la excepción más común es la figura de la suspensión de derechos humanos y sus garantías, la cual únicamente puede implementarse en caso de conflictos armados nacionales (estado de asedio) e internacionales (estado de guerra) que pudieren poner en riesgo la existencia del Estado y el orden jurídico.¹⁰³

¹⁰² El principio de división de poderes en México se encuentra previsto en los artículos 41, párrafo primero, y 49 de la CPEUM.

¹⁰³ De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. Claudia Herrera, Universidad, Buenos Aires, 2005, p. 359.

Al respecto, Carl Schmitt¹⁰⁴ indicó que en cualquier tipo de Constitución puede establecerse un régimen de suspensión del texto constitucional, esto es, que se contemplen reglas jurídicas mediante las cuales autoricen temporalmente que ciertas partes del texto constitucional queden sin eficacia normativa, ello, lo denominó suspensión constitucional de la Constitución.

En ese sentido, se puede entender la suspensión de derechos humanos y sus garantías como un acto complejo, formalmente legislativo y materialmente ejecutivo, a través del cual se delibera el cese temporal y controlado de la realización de ciertos derechos humanos y sus garantías reconocidos en la Constitución.¹⁰⁵

La CPEUM en su artículo 29 contempla el régimen de suspensión de ciertos derechos humanos y garantías constitucionales, para tales efectos se autoriza su aplicación únicamente en los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o aquel acontecimiento que ponga a la sociedad en grave peligro (estado de asedio y guerra). Esta medida solo puede decretarse por el Presidente de la República (con la aprobación del Congreso de la Unión), quien cuenta con una facultad extraordinaria que en caso de usarse quebrantaría temporalmente la división de poderes y algunas instituciones fundamentales del Estado Constitucional de Derecho.¹⁰⁶

Incluso, la figura de suspensión de derechos humanos y sus garantías es considerada como un mecanismo de defensa de la Constitución, pues se trata de un instrumento de control del poder en el cual se dispone una

¹⁰⁴ Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, Trad. Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 2009, p. 116.

¹⁰⁵ Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional. Parte especial: poderes federales y locales*, Oxford, México, 2017, p. 412.

¹⁰⁶ El artículo 29, párrafo primero, de la CPEUM prevé que: “En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. [...]”

interrupción temporal al goce de los derechos de las personas con el objetivo de concentrar y potencializar las capacidades del Estado para contrarrestar aquellas amenazas (internas o externas) para asegurar la supervivencia estatal, por ende, se trata de un medio de autodefensa de los intereses constitucionales del Estado.

2.3.2 Regulación de derechos humanos

Dentro de un sistema jurídico generalmente los derechos humanos son descritos como un conjunto de normas (jurídicas), lo que lleva a colocarles la etiqueta de derechos relativos, debido a que en la práctica jurídica se han creado límites para el ejercicio de los derechos humanos, ya sea determinadas expresamente en la Constitución o se ha facultado al poder legislativo para desarrollar tales limitaciones. Entonces, estas limitantes impuestas tienen un efecto constitutivo sobre cualquier derecho humano, es decir, producen una nueva situación jurídica para las personas.¹⁰⁷

Las regulaciones o limitaciones ya sea de tipo constitucional o legal, impuestas sobre los derechos humanos deben entenderse como requisitos, exigencias o condiciones necesarias para que el Estado permita el ejercicio del derecho humano a una persona determinada, pues se trata de un derecho humano sometido al régimen de las normas jurídicas, y cada aspecto debe encontrarse justificado dentro del derecho. Lo anterior significa que el cumplimiento de cada requisito, exigencia o condición permite la existencia o realización de derecho humano alguno. Entonces, la regulación de un derecho supone un proceso, con una cierta cantidad de etapas que deben cumplirse para ejercerlo debidamente.¹⁰⁸

Ahora, en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH) se encuentran algunos tratados internacionales que le han conferido a los Estados miembros la posibilidad de limitar o regular los derechos humanos,

¹⁰⁷ Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, IJ-UNAM, México, 2003, p. 245.

¹⁰⁸ Medina Mora F., Alejandra, *et. al.*, *Derechos humanos y restricciones: los dilemas de la justicia*, Porrúa, UNAM, México, 2015, p. 72.

siempre y cuando tales decisiones conlleven el reconocimiento y realización de tales derechos. De tal manera que el artículo 29.2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (DUDH)¹⁰⁹ dispone que únicamente podrán determinarse limitaciones jurídicas a los derechos humanos con el propósito de garantizar el reconocimiento y respeto de los derechos de las demás personas, así como salvaguardar las exigencias morales de orden público y bienestar general de la sociedad.

En el mismo sentido, el artículo 4 del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC)¹¹⁰ indica que los Estados miembros podrán limitar derechos humanos dentro de su legislación nacional, sólo en la medida en que la regulación sea compatible con la naturaleza de tales derechos y con el único propósito de promover el bienestar general en la sociedad.

Igualmente, la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH)¹¹¹ prevé en su artículo 30 que las limitaciones a los derechos humanos pueden ser aplicadas conforme aquellas leyes que se sustenten en razones de interés general. Al respecto, la Corte IDH en su Opinión Consultiva 6/1986, interpretó el citado artículo y sostuvo que:

“los conceptos de legalidad y legitimidad coinciden a los efectos de la interpretación de esta norma, ya que sólo la ley adoptada por los órganos democráticamente elegidos y constitucionalmente facultados, ceñida al bien común, puede

¹⁰⁹ Artículo 29.2. En el ejercicio de sus derechos y en el disfrute de sus libertades, toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática.

¹¹⁰ El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales fue suscrito y ratificado por México, el cual se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 12 de mayo de 1981.

¹¹¹ La CADH fue suscrita y ratificada por el Estado mexicano, así como publicada en el Diario Oficial de la Federación el 7 de mayo de 1981.

restringir el goce y ejercicio de los derechos y libertades de la persona humana.”¹¹²

Conforme a lo anteriormente descrito, se señala que los instrumentos internacionales citados en este apartado se encaminan a imponer la figura de la limitación o regulación jurídica para posibilitar el ejercicio de un derecho y de ninguna manera no debería de entenderse como un permiso conferido a los Estados miembros para prohibir algún derecho humano. Inclusive, las disposiciones del DIDH han sido reiterativas en el sentido de que toda regulación o limitación jurídica debe producir algún beneficio para las personas dentro del orden jurídico al cual se encuentren sujetos, y nunca en sentido opuesto.

Igualmente, es cierto que para la realización de cualquier derecho humano se necesitan condiciones, requisitos y exigencias que los hagan viables. Sin embargo, sostener lo contrario, vulneraría el propio régimen internacional y se estaría ante un estado de excepción en materia de derechos humanos, lo cual resulta incompatible con la doctrina jurídica contemporánea, al menos se estima que es así desde el punto de vista expuesto en el capítulo primero de la presente investigación.

2.3.3 Restricción de derechos humanos

En relación con la figura de las restricciones constitucionales a los derechos humanos, se encontró que existen múltiples autores que se han dedicado a explicar el tema, entre ellos, Robert Alexy. Ciertamente se trata de un autor que no se le considera adscrito al iusnaturalismo, pero, se ha encontrado que los tópicos de esta parte de la investigación (suspensión, regulación, limitación y restricción de los derechos humanos), se han desarrollado a través de doctrinas diferentes al derecho natural. Por lo cual se optó abordar el presente tema a partir de las aportaciones del autor mencionado.

¹¹² Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A N°. 6, párr. 37.

Al respecto, Robert Alexy¹¹³ sostiene que las restricciones de derechos humanos se tratan de aquellas que producen lo siguiente: 1) eliminan la posibilidad (opción) de realizar un derecho; 2) prohíben ejercer algún derecho; 3) imponen un mandato forzoso de hacer acción alguna contraria a los derechos; y, 4) eliminan competencias jurídicas de las personas. Conforme a lo anterior, Alexy refiere que las restricciones a los derechos humanos únicamente pueden decretarse a través de normas jurídicas de rango constitucional, esto quiere decir que se trata de una condición necesaria en la cual sí y solo si una norma es constitucional puede constituirse en restricción para los derechos.

Mientras que en el caso de normas infra constitucionales, se indica que aquellas restricciones o limitaciones a los derechos, pueden resultar contrarias al orden constitucional, es decir, pudieren ser objeto de control de la constitucionalidad, y eventualmente ser anuladas del orden jurídico. Por ende, el hecho de que sólo normas de carácter constitucional puedan ser restricciones se trata de una condición necesaria.

Alexy explica que existen dos teorías con las que se puede analizar el tema de las restricciones constitucionales a los derechos humanos: la teoría externa y la teoría interna. En relación con la teoría externa considera que el concepto 'restricción de un derecho' antepone la existencia de dos cuestiones, esto es, la existencia del 1) derecho y de sus 2) restricciones. Entonces, primero el 'derecho en sí' existe sin restricción o limitación alguna y segundo al decretarse la restricción o limitación constitucional, el remanente de la operación legislativa es un 'derecho restringido'.

En ese sentido, la teoría externa parte de la premisa de que los derechos incorporados al orden jurídico por sí mismos son derechos restringidos, así como no existe condición necesaria alguna entre el concepto de derecho y el de restricción la relación se crea por necesidad (externa al

¹¹³ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. Carlos Bernal Pulido, 2^{da} ed, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2014, p. 244.

derecho) de hacer compatibles entre si los derechos de diferentes personas.¹¹⁴

Respecto de la teoría interna, no existen dos cosas (derechos y restricciones) sino una sola, esto es, que existe el derecho con un determinado contenido y la idea restricción es sustituida por la de límite. Alexy aclara que: “las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho debe o no ser limitado sino acerca de cual es su contenido”. Lo anterior, implica referirse sobre restricciones inmanentes.¹¹⁵

De conformidad con lo explicado en el presente apartado, se estima que la figura de las restricciones constitucionales debe entenderse como aquellas medidas jurídicas adoptadas por el Estado donde ha manifestado su no reconocimiento a algún derecho humano, lo cual quiere decir que mediante una norma constitucional ha retirado su compromiso jurídico y político con algún aspecto en concreto en la materia, esto es, que asumió una postura antagónica a los derechos humanos.

Asimismo, se insiste que en México existen múltiples referencias para sostener que el Estado ha adquirido un compromiso institucional, político y jurídico con los derechos humanos. De modo que, con ello se ha impulsado la creación de instituciones y ordenamientos jurídicos especializados en la materia, así como se ha dispuesto la implementación políticas de Estado, políticas gubernamentales y políticas públicas en derechos humanos, sin dejar de lado la promoción de educación en y desde los derechos humanos. Por lo que, los derechos humanos son parte del proyecto de nación del Estado mexicano.

Adicionalmente, se reitera que los derechos humanos (en los términos explicados en el primer capítulo de la investigación) son una cuestión existente tiempos antes que el Estado y el orden jurídico. La intensión de reconocimiento por parte del Estado mexicano se generó para identificarlos y crear los mandatos jurídicos necesarios para asegurar su existencia como

¹¹⁴ *Ibidem* p. 240.

¹¹⁵ *Ibid*, pp. 240-241.

parte de la condición humana de las personas. Entonces, el hecho de que el Estado mexicano haya reconocido los derechos humanos dentro de sus ordenamientos jurídicos debería ser entendido como un propósito por asumir obligaciones de respeto, promoción, protección y garantía de los referidos derechos.

Sin embargo, la SCJN a través de las garantías constitucionales implementó las restricciones constitucionales a los derechos humanos, ello produjo que, en ciertos casos, el Estado mexicano tenga la oportunidad de prescindir del reconocimiento constitucional a los derechos humanos, así como de su fundamentación filosófica, lo cual será objeto de análisis del siguiente segmento del presente capítulo.

2.4 Restricciones constitucionales a derechos humanos por parte de la SCJN

2.4.1 La Jurisprudencia en México

Una vez que fueron explicados los anteriores temas del presente capítulo, es posible iniciar este apartado con el cual se pretende llevar a cabo en el segundo objetivo de esta investigación, consistente en describir que son las restricciones constitucionales impuestas a los derechos humanos de la SCJN, que fueron aplicadas a través de la institución de la jurisprudencia para lo cual resulta necesario especificar su significado y alcances en el sistema jurídico mexicano.

Al respecto, en México la jurisprudencia (o precedente judicial) apareció con la Ley de Amparo de 1882, ello fue un legado intelectual de Ignacio L. Vallarta e Ignacio Mariscal, que a los impartidores de justicia les permitiría transitar de ser “jueces mecánicos” o simples aplicadores de la ley, a ser juzgadores que interpretarían el derecho vigente. Con las reformas constitucionales de 1994 (relativas a la transformación del PJF) la figura de la jurisprudencia se elevó a rango constitucional porque el constituyente consideró que era una fuente formal del derecho. Ello fortalecería una de las

actividades esenciales de los jueces nacionales: interpretar la Constitución.¹¹⁶

En la actualidad, la CPEUM en su artículo 94, decimo párrafo, dispone que la figura de la jurisprudencia como una institución del derecho procesal constitucional, regulada por la Ley de Amparo, y es entendida como un conjunto de normas de derecho que los tribunales (facultados para su creación) realizan interpretación de las disposiciones del orden jurídico, en la cual pueden precisar el contenido y alcance de éstas, que al reiterarse (por un cierto número de veces) en sentido uniforme se vuelven obligatorias para quien deba resolver casos concretos regidos por aquellas disposiciones interpretadas.¹¹⁷

En la doctrina jurídica contemporánea se han identificado tres tipos de jurisprudencia:

1. Confirmatoria de la ley: aquella que corrobora lo que se dispuso en el ordenamiento jurídico,
2. Supletoria de la ley: aquella que completa el contenido de la ley cuando exista algún vacío jurídico, e
3. Interpretativa de la ley: aquella que explica el significado de algún precepto legal que sea vago u ambiguo.

La SCJN en la jurisprudencia P./J. 145/2000¹¹⁸ señaló que la jurisprudencia no constituye una nueva norma jurídica equiparable a la ley, ya que no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción; igualmente, en la jurisprudencia 1a./J. 103/2011¹¹⁹ refirió que la

¹¹⁶ Nieto Castillo, Santiago, *La Constitución en la jurisprudencia*, SCJN, INHREM, México, 2016, pp. 4-11.

¹¹⁷ VV.AA. *Manual del juicio de amparo*, 2^{da} ed., SCJN, Themis, México, 1994, p. 175.

¹¹⁸ [J] 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Diciembre de 2000; Pág. 16. Rubro: JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

¹¹⁹ [J] 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; Pág. 754. Rubro: JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. SU APLICACIÓN REPRESENTA UNA CUESTIÓN DE MERA LEGALIDAD, AUN CUANDO SE REFIERA A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES O A LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES.

[J] 9a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XV, Marzo de 2002; Pág. 1225. Rubro: JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA. OBLIGATORIEDAD.

jurisprudencia encuentra su aplicación a un caso concreto por los tribunales, y representa una cuestión de legalidad debido a que están obligados a aplicarlos porque así lo ordena la Ley de Amparo, así que su obligatoriedad persiste hasta en tanto no exista jurisprudencia con distinto criterio.

Mientras que en la jurisprudencia 2a./J. 106/2002¹²⁰ la SCJN decidió que los Tribunales Colegiados de Circuito se encuentran obligados a obedecer la jurisprudencia en sus términos, pues están legalmente imposibilitados para cuestionar su carácter, contenido y proceso de integración, independientemente del motivo que pretendan alegar. Igualmente, manifestó que al actualizarse su aplicación a un caso concreto deben acatarla forzosa e ineludiblemente, ya que de lo contrario se le desnaturalizarían sus atributos.

Conforme a lo dispuesto en la CPEUM y en la Ley de Amparo, los sistemas para integrar jurisprudencia obligatoria por parte de la SCJN y los Tribunales Colegiados de Circuito del PJF son: a) por reiteración de criterios, b) por unificación de criterios o contradicción de tesis, y c) por resolución de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad.

A través del sistema de reiteración de criterios, se forma jurisprudencia cuando un órgano jurisdiccional emite múltiples sentencias que resuelvan casos diferentes, pero el tema en cuestión sea idéntico o semejante, ya que al resultar similar el criterio interpretativo derivado de dichas sentencias se vuelve un criterio vinculante (obligatorio) para ese tribunal y sus inferiores jerárquicos. En el caso de la SCJN para integrar jurisprudencia por reiteración de criterios deben emitirse cinco sentencias consecutivas que utilicen un criterio idéntico, y que al decidirse obtengan ocho votos en el Pleno o cuatro en las Salas.¹²¹

¹²⁰ [J] 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Octubre de 2002; Pág. 293. Rubro: JURISPRUDENCIA. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO SÓLO PUEDEN ANALIZAR SI UN CRITERIO JURÍDICO TIENE O NO TAL CARÁCTER, SI NO ESTÁ REDACTADO COMO TESIS CON RUBRO, TEXTO Y DATOS DE IDENTIFICACIÓN.

¹²¹ SCJN, *La jurisprudencia: su integración*, SCJN, México, 2004, pp. 24 y 28.

Por medio del sistema de unificación de criterios o contradicción de tesis, se forma jurisprudencia cuándo existe oposición entre dos o más resoluciones emitidas respecto a un mismo problema jurídico; al respecto la SCJN ha argumentado que no se trata de un recurso de revisión o aclaración de sentencias, y ha propuesto que la contradicción de tesis debe entenderse como un:

“sistema de integración jurisprudencial, cuya finalidad consiste en preservar la unidad de interpretación de las normas que conforman el orden jurídico nacional, decidiendo los criterios que deben prevalecer cuando existe oposición entre los que sustenten los mencionados órganos jurisdiccionales en torno a un mismo problema legal, sin que se afecten las situaciones jurídicas concretas derivadas de los juicios que hubieren originado dichos criterios.”¹²²

Mediante la resolución de controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad también es posible integrar jurisprudencia, ello se posibilitó debido a las reformas constitucionales de 1994 que modificaron la integración de la SCJN y del Poder Judicial, por lo que se adicionó que las resoluciones emitidas en controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad tienen la capacidad de producir efectos generales para toda la población y no solo para los sujetos que la hayan promovido.¹²³

Ahora, una vez que fue aclarado de lo que se trata la jurisprudencia es posible iniciar con el análisis del tema principal del presente capítulo.

2.4.2 Jurisprudencia fundadora de las restricciones constitucionales a los derechos humanos: contradicción de tesis 293/2011 de la SCJN

En la presente sección se revisa la jurisprudencia sobre restricciones constitucionales que se creó por el Pleno de la SCJN con la contradicción de tesis 293/2011, en la cual se determinó la existencia de restricciones

¹²² *Ibid.* p. 34.

¹²³ *Ibid.* p. 55.

constitucionales al ejercicio de derechos humanos reconocidos por la Constitución frente a disposiciones previstas en los tratados internacionales, que hayan sido suscritos y ratificados por el Estado mexicano.

Al respecto, el veinticuatro de junio de dos mil once, la SCJN radicó la contradicción de tesis 293/2011 suscitada entre el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito (Morelia, Michoacán) el cual sustentó las tesis: “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE AL NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”,¹²⁴ así como “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN SEDE INTERNA. LOS TRIBUNALES MEXICANOS ESTÁN OBLIGADOS A EJERCERLO”; mientras que el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito (Ciudad de México) creó las tesis: “DERECHOS HUMANOS, LOS TRATADOS INTERNACIONALES SUSCRITOS POR MÉXICO SOBRE LOS. ES POSIBLE INVOCARLOS EN EL JUICIO DE AMPARO AL ANALIZAR LAS VIOLACIONES A LAS GARANTÍAS INDIVIDUALES QUE IMPLIQUEN LA DE AQUÉLLOS”, y “JURISPRUDENCIA INTERNACIONAL. SU UTILIDAD ORIENTADORA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”.

Para la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011 se suscitó una colisión de criterios jurídicos sobre dos cuestiones: 1) la posición jerárquica de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en relación con la Constitución; y 2) el carácter de la jurisprudencia internacional en materia de derechos humanos emitida por la Corte IDH.

Respecto al nivel jerárquico de los tratados internacionales (sobre cualquier materia) dentro del orden jurídico, la SCJN en amparo en revisión 120/2002¹²⁵ reconoció que: 1) existía un orden jurídico nacional integrado por

¹²⁴ Novena Época; Registro: 164509; Instancia: Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Tomo XXXI, Mayo de 2010; Materia(s): Común; Tesis: XI.1o.A.T.45 K; Pág. 2079.

¹²⁵ La sentencia dio lugar a la tesis aislada P. IX/2007 con rubro “TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y

la Constitución, tratados internacionales y leyes generales (figura de la Ley Suprema de la Unión); 2) los tratados internacionales eran superiores en jerarquía a las leyes generales, federales y locales; y 3) existía el deber del Estado mexicano de no invocar su derecho interno como excusa para incumplir obligaciones internacionales (*pacta sunt servanda*). Lo cual se constituyó como la interpretación constitucional vigente hasta nuestros días en la materia.

Con relación a la jerarquía de los tratados internacionales sobre derechos humanos, la SCJN en los amparos en revisión 1475/1998 y 120/2002 decretó que si un tratado internacional obligaba al Estado a ampliar la esfera de derechos y libertades de las personas, o realizar acciones en favor de grupos vulnerables, debía considerarse un cuerpo normativo a nivel constitucional.¹²⁶ Del mismo modo, sostuvo que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos pudieran concebirse como una extensión de la Constitución.¹²⁷

Entonces, la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011 revisó la jerarquía de tratados internacionales en materia de derechos humanos y se cuestionó si el criterio vigente (sustentado en el amparo en revisión 120/2002) era aplicable de igual forma para los tratados internacionales sobre derechos humanos. Al respecto, se decantó por emitir un nuevo criterio sobre la jerarquía de los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos. Finalmente, la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011 decidió imponer como jurisprudencia obligatoria lo siguiente:

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA
CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES.
CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE
REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA

SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”.

¹²⁶ SCJN, amparo en revisión 1475/1998, sentencia de once de mayo de mil novecientos noventa y nueve, p. 60.

¹²⁷ SCJN, amparo en revisión 120/2002, sentencia de trece de febrero de dos mil siete, pp. 170-171.

CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al

cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.”

Una vez que se relataron los aspectos principales de la construcción jurisprudencial de las restricciones constitucionales por parte de la SCJN, se considera pertinente indicar que los derechos humanos han transitado por cuatro líneas evolutivas: la positivación, la generalización, la internacionalización y la especificación;¹²⁸ a través de las cuales el Estado les ha dado un tratamiento según la época, pues inicialmente se declaró su existencia en documentos jurídico-políticos, después alcanzaron un reconocimiento generalizado por parte del gobierno y la sociedad, luego migraron a un contexto internacional y finalmente se han desarrollado reclamos particulares de los derechos humanos. Por ende, se puede referir que históricamente los derechos humanos han sido previstos en ordenamientos jurídicos como una estrategia para su protección por parte del Estado.

Al respecto, se indica que los Estados son los primeros y naturales sujetos obligados en materia de derechos humanos, debido a las disposiciones constitucionales y legales que existen en la actualidad. Esto es que los Estados se encuentran obligados directamente por la Constitución a no intervenir en relación con el contenido de los derechos, pues vinculación de dichos derechos con el Estado es parte del ámbito natural de validez de la propia Constitución.¹²⁹

Ahora, con el surgimiento de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), después de la Segunda Guerra Mundial, se emitieron múltiples tratados internacionales sobre derechos humanos, como la DUDH en 1948, con la cual surgió el Sistema Universal de Protección de los Derechos Humanos (SUDH) que trabaja de forma conjunta y subsidiaria con los

¹²⁸ Cfr. Bobbio, Norberto. *El tiempo de los derechos*, Sistema, Madrid, 1991, pp. 97 y ss.

¹²⁹ Escobar Roca, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama editorial, Madrid, 2005, pp. 75-78.

Estados para permitir que se reconociera la existencia de los derechos humanos y se dispusiera la necesidad de tutela.

Por lo que, a partir de la instauración del SUDH se han elaborado aproximadamente más de treinta declaraciones de derechos humanos, así como adoptado más de setenta tratados internacionales relacionados con el tema y se han creado órganos de tratados (también conocidos como Comités), cortes y tribunales internacionales. Entonces, el SUDH se trata de un cuerpo jurídico internacional (o convencional) sobre derechos humanos promovido, reconocido y aplicado por la comunidad internacional (los Estados firmantes) lo cual dio pie a entablar un *ius cogens* en materia de derechos humanos.

Dentro de la regulación jurídica de los derechos humanos existen normas que han dispuesto que el Estado expresa públicamente su reconocimiento, esto es su aceptación como parte de la condición humana de las personas. Sin embargo, para efectos del orden jurídico nacional los derechos han recibido un tratamiento dentro como reglas jurídicas. En ese sentido, se señala que en el caso del Estado mexicano a partir de la contradicción 293/2011 de la SCJN, se dispuso que los tratados internacionales sobre derechos humanos habrían de tener la misma jerarquía normativa de la Constitución.¹³⁰ Sobre este tópico Carlos M. Ayala Corao sostiene que:

“la consecuencia jurídica de que los tratados [internacionales] sobre derechos humanos tengan jerarquía constitucional, y por tanto, integren el bloque de la Constitución es que vinculan al resto del ordenamiento jurídico, el cual debe sujetarse a ellos al igual que la propia Constitución. Por lo cual, al igual que la constitución, los tratados [internacionales] sobre derechos humanos son la norma suprema y el fundamento del

¹³⁰ Respecto a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, existen varios modelos para referir su jerarquía normativa dentro de un sistema jurídico estatal, esto es, jerarquía supraconstitucional, constitucional, infra constitucional (una posición siguiente de la Constitución) legal (a nivel de la legislación ordinaria), entre otras.

ordenamiento jurídico por lo que todas las personas y los órganos ejercer el poder público están sujetos a ellos”.¹³¹

Conforme a la referida explicación, es posible señalar que los tratados internacionales relativos a cualquier materia dentro de un sistema jurídico nacional reciben el mismo rango jerárquico que las normas generales, mientras que los instrumentos internacionales sobre derechos humanos adquieren el rango jerárquico que tiene la Constitución.

Respecto a los citados temas, la SCJN en la contradicción de tesis 293/2011 sostuvo que la regulación jurídica de los derechos humanos contenida en la CPEUM y en los tratados internacionales serían una unidad que establecería el denominado bloque de constitucionalidad el cual significa un conjunto normativo conformado por principios, valores o normas que se encuentran dentro o fuera de la Constitución. Sin embargo, con la configuración de las restricciones constitucionales de los derechos humanos no es posible la integración un bloque de constitucionalidad, debido a que la propia CPEUM contiene mandatos encaminados a prohibir, en algunos casos, el ejercicio o realización de los derechos humanos.

Lo anterior es así ya que la SCJN al decidir la contradicción de tesis 293/2011 básicamente sostuvo que cuando en la CPEUM exista restricción expresa a derecho humano alguno se debe obedecer únicamente a lo dispuesto por la norma constitucional, sin perjuicio de que ello pueda considerarse un menoscabo a los derechos humanos debido a que se trata de una manifestación de la voluntad soberana del constituyente originario o del poder revisor de la Constitución.

En ese sentido, se estima que la contradicción de tesis 293/2011 de la SCJN ha hecho las veces de una reforma judicial de los derechos humanos, que se contrapone a los fundamentos filosóficos de tipo iusnaturalista de la reforma constitucional de 2011 en la materia. Inclusive, ello ha generado varios problemas jurídicos, entre ellos, las restricciones al ejercicio de los

¹³¹ Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundap, Santiago de Querétaro, 2003, p. 69.

derechos humanos y la limitación de los medios de control judicial de la constitucionalidad y de la convencionalidad.

Como consecuencia de lo anteriormente descrito, a partir de las restricciones constitucionales a los derechos humanos el poder reformador de la Constitución implícitamente ha quedado habilitado para que en el supuesto de que pretenda suprimir, prohibir o restringir algún derecho humano, únicamente requiriere emitir una reforma al texto Constitucional en el que haga expresa tal circunstancia; lo cual constituye una regresión o contra discurso a los derechos humanos.

Si bien es cierto que el artículo primero de la CPEUM dispone que no podrán: “restringirse ni suspenderse [los derechos humanos], salvo en los casos y bajo las condiciones que [la] Constitución establece”. Lo que la SCJN realizó en la contradicción de tesis 293/2011 fue que interpretó que el constituyente había impuesto las restricciones constitucionales en los términos descritos por Robert Alexy referidos en el apartado 2.3.3 del este capítulo. Ello quiere decir que la SCJN aceptó que el constituyente puede prohibir algún derecho en su totalidad o suprimir la posibilidad (opción) de realizar alguna modalidad de un derecho, así como imponer obligaciones a las personas que las fuercen a realizar actividades contrarias a los derechos humanos.

En contraposición con el criterio de la SCJN, se considera que la CPEUM emitió un mandato de reglamentar jurídicamente los derechos humanos, esto es, permitir la existencia de regulaciones que pudieran contener límites válidos, siempre y cuando se respeten los fundamentos de los derechos humanos. Por lo que, las restricciones constitucionales constituyen un menoscabo directo a los derechos humanos, es decir, que son decisiones del constituyente que prohíben el ejercicio de los derechos humanos.

Finalmente, con la contradicción de tesis 293/2011 de la SCJN se promueve la exclusión de derechos humanos cuando sea voluntad del constituyente. El hecho de restringir derechos humanos es un práctica

incongruente con la fundamentación filosófica de los derechos humanos, es decir, que se privilegian intereses contrarios a los propósitos de los derechos humanos. Entonces, ello se trata de una dualidad, por una parte el Estado adoptó el discurso de los derechos humanos y asumió su tutela, mientras que por otra parte el Estado fomenta malas prácticas que orientan a los operadores jurídicos a negación de los derechos humanos.

Capítulo 3

Configuración del arraigo como restricción constitucional a los derechos humanos: nuevos problemas jurídicos

Sumario: 3.1 *Consolidación de las restricciones constitucionales a los derechos humanos en la SCJN: nuevos problemas jurídicos.* 3.2 *El arraigo como medida cautelar: su naturaleza originaria.* 3.3 *Transición del arraigo hacia una restricción constitucional a los derechos humanos: análisis del amparo directo en revisión 1250/2012 del a SCJN.* 3.4 *Algunos problemas jurídicos por la no observancia de los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales de la SCJN.*

Este capítulo tiene el objetivo de exponer uno de los principales precedentes judiciales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) en el cual se consideró que no fueron observados los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales. Para ello se explica el proceso de consolidación de las restricciones constitucionales de la SCJN; después, se analiza el caso del arraigo y se describen algunos de los principales problemas jurídicos por la no observancia de los fundamentos iusnaturalista de los derechos humanos.

3.1 Consolidación de las restricciones constitucionales a los derechos humanos por la SCJN: nuevos problemas jurídicos

La SCJN al haber resuelto la contradicción de tesis 293/2011 relativa a las restricciones constitucionales a los derechos humanos, dio continuidad al criterio jurídico ahí impuesto y posteriormente emitió diversos precedentes

judiciales en los cuales se desarrolló con mayor detalle la figura de las restricciones constitucionales.

En relación con lo anterior se estima que las restricciones constitucionales transitaron de encontrarse en una etapa de implementación hacia un periodo de consolidación, lo cual requiere ser explicado, en términos generales, con el propósito de describir el contexto constitucional y jurisprudencial en el cual se desarrolla la línea argumentativa del presente capítulo. Del mismo modo, se considera que este tema generó nuevos problemas jurídicos, entre ellos, la no observancia de los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos.

Al respecto, en México se cuenta con múltiples intelectuales que han estudiado las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN, entre los cuales se encuentran: José Ramón Cossío Díaz, Alejandra Medina Mora, Pedro Salazar Ugarte, Luis Daniel Vázquez, Fernando Silva García, César Astudillo, María del Carmen Galván Tello y Adán Maldonado Sánchez.¹³² Los mencionados escritores han elaborado investigaciones jurídicas en las que se encuentran reflexiones sobre el proceso de construcción jurisprudencial de las restricciones constitucionales a los derechos humanos, así como de las consecuencias que han producido dentro del sistema jurídico nacional.

Particularmente, en relación con José Ramón Cossío Díaz (ministro en retiro de la SCJN) fue uno de los ministros que participó en la deliberación de la contradicción de tesis 293/2011 y el único que sustentó que la decisión

¹³² Cossío Díaz, José Ramón, *et. al.*, *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos: estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*, Porrúa, México, 2015; Medina Mora F., Alejandra, *et. al.*, *Derechos humanos y restricciones: los dilemas de la justicia*, Porrúa, UNAM, México, 2015; Silva García, Fernando, *Principio pro homine vs. restricciones constitucionales: ¿es posible constitucionalizar el autoritarismo?*, Porrúa, 2015; Astudillo, César, *El bloque y el parámetro de constitucionalidad en México*, Tirant Lo Blanch-UNAM, México, 2014; Astudillo, César, *Derecho procesal constitucional. Estudios sobre la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Tirant Lo Blanch, México, 2019; Galván Tello, María del Carmen, *La justiciabilidad de los derechos humanos: contradicción de tesis 293/2011*, Tirant Lo Blanch, México, 2018; Maldonado Sánchez, Adán, *El bloque de constitucionalidad en México: hacia su integración y su aplicación*, Tirant Lo Blanch, México, 2019.

adoptada por los demás ministros integrantes de la SCJN constituiría una contravención a las disposiciones constitucionales incorporadas en la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, así como lo sustentado previamente en el expediente Varios 912/2010 del Pleno de la SCJN.

Lo anterior implicó para la SCJN la reestructuración del modelo control de la constitucionalidad, ya que se incorporó el control de convencionalidad, (como parte del cumplimiento de obligaciones internacionales en materia de derechos humanos), y por ende se configuró un nuevo sistema de justicia constitucional con el que se reforzó el reconocimiento y protección de derechos humanos.¹³³

Después de que Cossío Díaz (entonces ministro de la SCJN) emitiera el único voto en contra de la contradicción de tesis 293/2011, se dedicó a realizar algunos trabajos académicos en relación con los problemas y consecuencias jurídicas producidas por la citada decisión de la SCJN, en los cuales se sustentó que dicha determinación fue un retroceso para la consolidación de la reforma constitucional de derechos humanos. Del mismo modo, ocasionó que se limitaran los medios de impugnación constitucional en materia de derechos humanos.

Igualmente, se considera que si bien es cierto que se han explorado los problemas y consecuencias jurídicas relativas a la contradicción de tesis 293/2011 que afectan el funcionamiento ordinario del sistema jurídico mexicano, se estima que este tipo de decisiones judiciales deberían construirse a partir de la observancia en los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos. En ese sentido, se sostuvo en el capítulo primero de esta investigación que existe una convergencia entre la fundamentación y la práctica jurídica de los derechos humanos, en la cual para poder desarrollar la práctica legal de derechos humanos sería indispensable acudir a sus

¹³³ Para mayores referencias sobre lo descrito en este párrafo, veáanse los apartados 2.1.1 y 2.2.1.2 del capítulo segundo de la investigación.

fundamentos para determinar contenidos de los derechos humanos.¹³⁴ Sin embargo, no se han explorado los problemas jurídicos relacionados con la no observancia de los fundamentos de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales de la SCJN, lo cual ha propuesto en la presente investigación.

Entonces, las restricciones constitucionales a los derechos humanos produjeron una serie de problemas jurídicos que se han desarrollado a lo largo de nuevas decisiones judiciales del SJCN. Por lo cual se considera que han evolucionado en la jurisprudencia de la SCJN en el sentido de ampliar el catálogo de tópicos catalogados con el estatus jurídico de intangibles dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM).

Lo anterior se ha encaminado en sentido opuesto a la teoría constitucional contemporánea, la cual refiere que únicamente aquellos contenidos intangibles en una constitución son cuestiones fuertemente apreciadas por la sociedad, que adquirieron dicha condición, con el fin de salvaguardarlas. Sin embargo, no habrían de integrarse aquellos intereses del Estado en los que se tenga el propósito de desnaturalizar los derechos humanos, como ha ocurrido con las restricciones constitucionales de la SCJN.

Dentro de los precedentes judiciales que tienen relación con el tema de las restricciones constitucionales a los derechos humanos se han identificado cuatro que sustentó la SCJN, en los que se continuó con la doctrina jurisprudencial planteada en la contradicción de tesis 293/2011, es decir, se han instaurado criterios particulares para declarar que ciertos preceptos constitucionales deben ser considerados como auténticas restricciones constitucionales a los derechos humanos, estos son:

1. Contradicción de tesis 21/2011¹³⁵ en la cual se declaró como causal de improcedencia del recurso de revisión en el juicio de amparo

¹³⁴ Véase apartado 1.5 del capítulo primero de la tesis.

¹³⁵ [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014; Tomo I; Pág. 94. P./J. 22/2014 (10a.). CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, SE SURTE CUANDO SU

directo, la impugnación de alguna ley general por contravenir un tratado internacional (suscrito y ratificado por el Estado).

2. Contradicción de tesis 299/2013¹³⁶ mediante la cual se prohibió utilizar el control de convencionalidad para deliberar si una jurisprudencia pudiese o no vulnerar derechos humanos.
3. Amparo directo en revisión 1312/2014¹³⁷ a través del cual se refirió que ciertas resoluciones del Consejo de la Judicatura Federal (CJF) eran no impugnables jurídicamente, conforme a lo dispuesto en el artículo 100, párrafo noveno, de la CPEUM.
4. Amparo directo en revisión 1250/2012¹³⁸ en el cual figura del arraigo, como medida cautelar en materia penal, se consideró una restricción constitucional para los derechos de libertad personal, libertad de tránsito y presunción de inocencia.

En relación con la contradicción de tesis 21/2011 de la SCJN, se considera que fue suprimida una hipótesis normativa que preveía la procedencia del recurso de revisión en el juicio de amparo directo, cuando se promoviera para combatir una ley general por estimarse su contravención de un tratado internacional suscrito y ratificado por el Estado mexicano. Por su parte la SCJN consideró que se trataba de una cuestión de mera legalidad,

MATERIA VERSA SOBRE LA COLISIÓN ENTRE UNA LEY SECUNDARIA Y UN TRATADO INTERNACIONAL, O LA INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA DE FUENTE CONVENCIONAL, Y SE ADVIERTA PRIMA FACIE QUE EXISTE UN DERECHO HUMANO EN JUEGO.

¹³⁶ [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 13, Diciembre de 2014; Tomo I; Pág. 8. P./J. 64/2014 (10a.). JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.

¹³⁷ [TA]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo I; Pág. 242. P. XIII/2015 (10a.). CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, FUNCIONANDO EN PLENO O COMISIONES. EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO ES CONFORME CON EL NUMERAL 100, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 12/2013 (10a.)].

¹³⁸ Sentencia de catorce de abril de dos mil quince, emitida por el Tribunal Pleno de la SCJN, la cual se aprobó por mayoría de seis votos en favor de la constitucionalidad del artículo 133 Bis del Código Federal de Procedimientos Penales. Sin embargo, no se cumplieron las exigencias legales para integrar tesis aislada o jurisprudencia alguna sobre lo resuelto.

con lo cual a partir de esta decisión judicial se redujo el alcance del amparo como medio de control de la constitucionalidad y convencionalidad de los actos, normas y omisiones de las autoridades del Estado. Por ende, el presente caso se trata de una restricción constitucional al haberse interpretado como una prohibición de acceso al juicio de amparo, pues la supresión de la hipótesis de procedencia coloca a la persona humana en un estatus jurídico indefensión frente al Estado.

Respecto a la contradicción de tesis 299/2013 de la SCJN, se estima que se prohibió revisar si los contenidos de la jurisprudencia pueden o no transgredir derechos humanos mediante el control de la constitucionalidad y convencionalidad, es decir, que la jurisprudencia quedó exceptuada de revisión jurídica ante los jueces. Sin embargo, dentro de los fundamentos constitucionales para la realización del control de la constitucionalidad y convencionalidad se encuentran en los artículos 1 y 133 de la CPEUM, los cuales fueron interpretados en el expediente Varios 912/2010 y jurisprudencia obligatoria de la SCJN relativa al tema.¹³⁹ Entonces, se trata de una restricción constitucional en la cual se limitó el alcance del control de la constitucionalidad y convencionalidad.

Sobre en el amparo directo en revisión 1312/2014 en el que se declaró que el contenido previsto en el artículo 100, párrafo noveno, de la CPEUM, relativo a que algunas decisiones del CJF no eran susceptibles de ser impugnadas por medios ordinarios de defensa, ni medios de control constitucional o convencional, se trata de una auténtica restricción constitucional ya que cuando existan inconformidades respecto a los temas que subsiste una restricción constitucional, jurídicamente no hay medios de defensa, lo cual convierte a las restricciones constitucionales en situaciones de intangibilidad del texto constitucional, como se explicó anteriormente.

Por lo que hace al amparo directo en revisión 1250/2012 de la SCJN, se considera que la figura del arraigo en su doble dimensión, esto es, como medida cautelar y como restricción constitucional, ya que se legitimó como

¹³⁹ Véase apartado 2.2 del capítulo segundo de la investigación.

instrumento para practicar privaciones de la libertad personal y otros derechos con aval de la CPEUM. Inclusive, el arraigo ha sido criticado ampliamente por organismos internacionales como la Organización de las Naciones Unidas (ONU) y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), por lo cual se estima que se trata de uno de los precedentes judiciales de la SCJN con mayor relevancia para el tema principal de investigación. Esto es así ya que conforme a lo referido en el presente apartado es posible sustentar que las restricciones constitucionales se han consolidado gradualmente, lo cual ha producido múltiples problemas jurídicos.

Al respecto, a través de los medios de comunicación masiva el Poder Ejecutivo Federal junto con el Congreso de la Unión han manifestado públicamente su intención de llevar a cabo el procedimiento legislativo ordinario para reformar los ordenamientos legales en materia penal con el objetivo de incluir (de nueva cuenta) la figura del arraigo como medida cautelar en materia penal. Por consiguiente, se estima que el tema del arraigo se trata de uno de los principales precedentes judiciales de la SCJN en el cual no se observaron los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales. Lo anterior es lo que se pretende justificar en este capítulo de la investigación.

3.2 El Arraigo como medida cautelar: su naturaleza originaria

3.2.1 Medidas cautelares en materia penal: aspectos generales

En el presente apartado se describe la figura del arraigo y su naturaleza jurídica como medida cautelar en materia penal. Para una mejor explicación del arraigo, se estima prudente abordar aspectos generales sobre doctrina de las medidas cautelares, luego realizar un análisis conceptual sobre el arraigo y después plantear como es que el arraigo transitó a considerarse una restricción constitucional de los derechos humanos.

Respecto a la cuestión de las medidas cautelares, se refiere que la doctrina jurídica nacional ha trabajado escasamente en la construcción de una teoría general que explique las medidas cautelares en materia penal.¹⁴⁰ Se considera que en México surgió la necesidad de una comprensión sistemática de las medidas cautelares hasta que se implementó el sistema de justicia penal acusatorio, pues en los ordenamientos procesales preexistentes de las distintas disciplinas del derecho tampoco existe regulación jurídica elaborada de manera sistemática y estructurada.

Adicionalmente, la SCJN en su décima época de jurisprudencia (iniciada en 2011) aumentó la emisión de criterios jurisprudenciales en los cuales se pronunció sobre las medidas cautelares, ya que surgió la necesidad de interpretar los alcances de dichos mecanismos procesales con motivo de las reformas a la legislación adjetiva orientadas hacia la migración de sistemas regidos por el principio de oralidad, lo cual permite sostener que el presente tema aún se encuentra en desarrollo jurídico.

Con relación a lo que debe entenderse por la categoría 'medidas cautelares' se aclara que existen múltiples nomenclaturas que son semejantes entre sí, pero no guardan el mismo significado, como lo son: 'medidas precautorias', 'medidas preliminares', 'medidas de protección', 'providencias precautorias', 'providencias cautelares', 'medidas provisionales'.

Sin embargo, conforme al marco constitucional en materia penal se encontró que la CPEUM en sus artículos 16, párrafo décimo cuarto; 19, párrafo segundo; 20, apartado B, fracción IX, y, apartado C, fracción, VI y 102, apartado A, fracción VI, párrafo segundo, la expresión utilizada por el constituyente fue la categoría de 'medidas cautelares'. Inclusive, en el marco

¹⁴⁰ Existen diversas obras jurídicas encaminadas al análisis de las medidas cautelares en materia penal, algunas son: González Cheves, Héctor, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, Ediciones Coyoacán, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2009; Embriz Vázquez, José Luis, *Medidas cautelares: su transición al sistema acusatorio, adversarial y oral en México*, Porrúa, México, 2013; Vizaíno Zamora, Álvaro, *Las medidas cautelares: el tope a la puerta giratoria*, Tirant Lo Blanch-Instituto Nacional de Ciencias Penales, México, 2018.

legal en materia penal se encontró que el Código Federal de Procedimientos Penales (CFPP), recientemente abrogado y el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), actualmente en vigencia, es utilizada la expresión 'medidas cautelares' por lo que se estima que en México se ha homogenizado la expresión y por tanto será la expresión que se adoptará dentro de la investigación.

Las medidas cautelares son una figura jurídica aplicable principalmente en procedimientos judiciales en los que se advierte la necesidad de decidir de manera preliminar sobre subsistencia de un derecho, objetos, intereses o bienes de una persona, que en caso de que durante la tramitación del proceso sufran alguna alteración el fondo del asunto jurídico pudiere estropearse. En términos generales, las medidas cautelares son instrumentos o medios para garantizar un fin específico, de carácter provisional y por lo general son de aplicación urgente.¹⁴¹

Por regla general, se refiere que los propósitos perseguidos de las medidas cautelares en materia penal son: 1) asegurar la presencia del imputado en el procedimiento penal, b) garantizar la seguridad de las presuntas víctimas u ofendidos, y c) evitar la obstaculización del procedimiento, por parte de la persona investigada. Del mismo modo, la imposición de las medidas cautelares el juez debe tomar en cuenta lo siguiente: a) el peligro de sustracción del imputado, b) el riesgo para la víctima u ofendido, testigos o la comunidad en general, y c) el peligro de obstaculización del desarrollo de la investigación.

Sin embargo, la proliferación del entendimiento de las medidas cautelares tiene relación con el lugar que ocupa el derecho en la vida social contemporánea. Los problemas sociales actuales han llevado a los operadores jurídicos del Estado a emitir regulaciones jurídicas más específicas, lo cual produce un manejo de los temas. En el caso de las medidas cautelares se ha tenido que establecer medidas cada vez más

¹⁴¹ Gonzáles Cheves, Héctor, *Op. Cit.* pp. 15-20.

invasivas a la persona para poder tener mayor control de los problemas sociales ocasionados.

3.2.1.1 El arraigo domiciliario

La figura del arraigo tiene su origen en el derecho romano, luego transitó y se desarrolló en otros sistemas jurídicos como el español, la cual finalmente se incorporó al orden jurídico mexicano. El arraigo es una medida cautelar que afecta los derechos de libertad y libre tránsito de una persona, debido a que el Estado obliga al sujeto a permanecer físicamente en un lugar determinado, lo cual acontece en el marco de una investigación criminal o se encuentre legalmente sujeto a proceso judicial en materia penal.¹⁴²

En ese sentido, se considera que el arraigo tiene como finalidad forzar a aquella persona investigada o sometida a proceso judicial a frente la acción de la justicia, esto es, evitar su indisponibilidad para que con su presencia física se facilite la integración de las investigaciones o la prosecución del proceso penal.

Inicialmente, la SCJN en la resolución de la acción de inconstitucionalidad 20/2003, resolvió que la medida cautelar del arraigo domiciliario era una figura jurídica inconstitucional.¹⁴³ Sin embargo, cuando se emitió el decreto de reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, publicado el dieciocho de junio de dos mil ocho, en el Diario Oficial de la Federación (DOF), donde se trasladó la figura del arraigo hacia el texto constitucional, particularmente al artículo 16, párrafo octavo, de la CPEUM,

¹⁴² Cfr. Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 2^{da} ed., McGraw-Hill, México, 2004, p. 324-328.

¹⁴³ [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1170. P. XXII/2006. ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

[TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1171. P. XXIII/2006. ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA LIBERTAD DE TRÁNSITO CONSAGRADA EN EL ARTÍCULO 11 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

el cual ahora dispone que el arraigo domiciliario de una persona se podrá decretar cuando sea investigada por delitos de la delincuencia organizada, por un plazo máximo de cuarenta días, prorrogable hasta por ochenta días.¹⁴⁴

Conforme lo anterior, se puede referir que el arraigo puede imponerse durante una investigación criminal, esto es, cuando el Poder Ejecutivo a través de la Fiscalía General de la República (FGR) tenga la sospecha de que probablemente una persona está relacionada en la realización de un hecho considerado por la ley como el delito de delincuencia organizada, cuenta con atribuciones para solicitarle al Poder Judicial la imposición del arraigo, para facilitar las investigaciones.

En ese sentido, se considera que la finalidad del arraigo no es deliberar si la persona investigada es culpable o conserva su inocencia, sino que se la fiscalía pretende obtener una ventaja que le permitirá obtener información, documentos y todo tipo de pruebas para utilizarlas en contra de la persona una vez que se inicie el procedimiento en materia penal. Entonces, la investigación criminal no se lleva a cabo para detener a una persona, sino que la persona es detenida para ser investigada.

3.3 Transición del arraigo hacia una restricción constitucional a los derechos humanos: amparo directo en revisión 1250/2012 de la SCJN

3.3.1 Antecedentes jurídicos del caso

Una vez que se analizó la figura del arraigo como medida cautelar en materia penal, existen condiciones para exponer uno de los principales precedentes

¹⁴⁴ El artículo 16, párrafo octavo, de la CPEUM refiere que: “la autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”

judiciales de la SCJN en el cual no se observaron los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos mediante las restricciones constitucionales, el cual resulta ser el amparo directo en revisión 1250/2012¹⁴⁵ relativo a la constitucionalidad del arraigo en México.

Los hechos que dieron origen al juicio de amparo directo en revisión 1250/2012 ocurrieron en marzo de dos mil nueve, en Gómez Palacio, Durango, donde agentes militares detuvieron a trece personas (entre ellas el quejoso que promovió el presente amparo) por su probable participación en hechos considerados por la ley como delitos, los cuales fueron puestos a disposición de la entonces Procuraduría General de la República (PGR), donde se les inició una investigación por los delitos de delincuencia organizada, evasión de presos, asociación delictuosa, ejercicio indebido de servicio público y encubrimiento.

La PGR dentro de sus actos de investigación solicitó a un Juez de Distrito, con jurisdicción y competencia en materia penal, que emitiera una orden de arraigo en contra de las mencionadas personas detenidas, ya que estimó que era probable que evadieran la acción de la justicia. El Juez de Distrito estudió los argumentos y los medios de prueba que conformaban la investigación de la PGR y decidió que se habían cumplido los requisitos previstos por la legislación para imponer de manera pertinente la medida cautelar de arraigo domiciliario a las citadas personas por un plazo de treinta días, con motivo de la envergadura de la investigación criminal que la PGR tenía en curso.

Con relación al quejoso, el proceso penal se inició únicamente por los delitos 1) delincuencia organizada, 2) evasión de presos, y 3) tentativa de evasión de presos (ambos últimos con la agravante de pandilla); cuando concluyó el proceso penal en primera instancia, el Juez de Distrito determinó en sentencia definitiva que se comprobó plenamente que el quejoso era

¹⁴⁵ El contenido del citado amparo se obtuvo por medio del portal de internet de la SCJN, que permite visualizar y descargar la versión pública de la dicha sentencia, que se puede consultar en: <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/TematicaPub.aspx>

penalmente responsable exclusivamente por el delito de evasión de presos, cometido con la agravante de pandilla.

El quejoso se inconformó con la decisión adoptada por el Juez de Distrito e interpuso un recurso de apelación ante un Tribunal Unitario, el cual analizó sus motivos de inconformidad y decidió confirmar la resolución emitida en primera instancia. Ante tal circunstancia, el quejoso estimó pertinente promover un juicio de amparo directo ante un Tribunal Colegiado de Circuito contra la sentencia del Tribunal Unitario y, entre otras cosas, argumentó que la figura de arraigo, reglamentada en el artículo 133 bis del CFPP,¹⁴⁶ era una medida cautelar contraria a diversas disposiciones previstas en la CPEUM, ya que al habérsela impuesto fueron afectados de manera irreparable sus derechos humanos de libertad personal y el libre tránsito.

El Tribunal Colegiado de Circuito que conoció el amparo directo interpuesto por el quejoso resolvió que lo jurídicamente procedente era negar la petición de amparo, esencialmente porque la imposición del arraigo emitida por el Juez de Distrito, irremediablemente había producido la totalidad de sus efectos jurídicos, por lo que no existía forma alguna para restituirle el ejercicio de sus derechos restringidos durante la vigencia de dicha medida cautelar.

El quejoso no estuvo de acuerdo por la decisión tomada por el Tribunal Colegiado de Circuito y promovió un recurso de revisión al amparo directo ante la SCJN, la cual recibió el caso y lo calificó procedente porque se impugnó, entre otras cosas, la constitucionalidad del artículo 133 Bis del CFPP que regulaba la figura del arraigo.¹⁴⁷

¹⁴⁶ El artículo 133 bis del CFPP, refiere que: “la autoridad judicial podrá, a petición del Ministerio Público, decretar el arraigo domiciliario del indiciado tratándose de delitos graves, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia [...]”

¹⁴⁷ La SCJN se consideró legalmente competente para conocer y resolver el recurso de revisión, de conformidad con los artículos 107, fracción IX, de la CPEUM, el cual dispone que: “en materia de amparo directo procede el recurso de revisión en contra de las sentencias que resuelvan sobre la constitucionalidad de normas generales [o] establezcan la interpretación directa de un precepto de esta Constitución [...]”

Al respecto, la SJCN abrió el expediente de amparo directo en revisión 1250/2012, para el análisis de los planteamientos expuestos por el quejoso en la primera instancia de amparo. Los argumentos expresados por el quejoso ante la SCJN básicamente consistieron en que el Tribunal Colegiado de Circuito no observó que habían sido transgredidos sus derechos humanos, ya que al ser privado de la libertad a través del arraigo se afectó directamente su libertad personal, libertad de tránsito, debido proceso legal, entre otros derechos.

La SCJN al resolver el amparo directo en revisión 1250/2012, argumentó que la figura del arraigo se encontraba prevista en el texto constitucional por lo que era una medida cautelar válida y legítima para privar de la libertad a una persona, siempre que se cumplieren los requisitos y condiciones determinados por la Constitución y las leyes secundarias de la materia.

Respecto a los argumentos sobre el precedente judicial emitido por la SCJN en el amparo directo en revisión 1250/2012 se considera que si bien fue cierto que la SCJN en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 (descrita en el apartado 3.2.1.1 de este capítulo) reconoció que el arraigo regulado por las legislaturas de las entidades federativas era una figura inconstitucional, en el presente caso declaró que el arraigo era una restricción constitucional a los derechos humanos, conforme a su propia doctrina jurisprudencial forjada en la contradicción de tesis 293/2011.

3.3.2 Observaciones sobre la decisión adoptada por la SCJN

Conforme a lo descrito en el apartado anterior, se insiste en que la SCJN con base en la jurisprudencia implementada a partir de la contradicción de tesis 293/2011, resolvió en el amparo directo en revisión 1250/2012 que el arraigo se trataba de una restricción constitucional a los derechos humanos, prevista en el artículo 16, párrafo octavo, de la CPEUM, en la cual se permite que las personas que sean sometidas a una detención policial y

consecuentemente privadas de su libertad mediante la simple sospecha que probablemente cometieron o participaron en algún delito.

Sin embargo, previamente a la aparición de los precedentes judiciales citados en el párrafo anterior, se indica que con publicación de la reforma constitucional sobre seguridad y justicia penal de dos mil ocho, la figura del arraigo no pertenecía al texto constitucional y en la acción de inconstitucionalidad 20/2003 la SCJN resolvió la inconstitucionalidad de la figura del arraigo domiciliario, introducida al sistema de justicia penal a través de legislación ordinaria, esto es, que inicialmente la SCJN no calificó al arraigo como una restricción constitucional.

Del mismo modo, la SCJN refirió que antes de la publicación del decreto de reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, las limitaciones constitucionales legítimas a la libertad de las personas consistían únicamente en los supuestos de: a) la comisión flagrante de un delito, b) en casos urgentes tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un juez, c) orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, d) auto de formal prisión dictada por el juez de la causa y e) arresto hasta por treinta y seis horas por infracción a reglamentos gubernativos y de policía.

Por consiguiente, la SCJN estimó que una vez que entró en vigor el citado decreto de reforma constitucional en materia de seguridad y justicia, la figura del arraigo se trasladó a la CPEUM y conforme a la jurisprudencia determinada en la contradicción de tesis 293/2011 el arraigo finalmente se incorporó al catálogo de las restricciones constitucionales. Del mismo modo, la SCJN argumentó que en el artículo 133 bis del CFPP el Poder Legislativo recogió el texto de la CPEUM que contenía una restricción expresa a los derechos humanos. Por ende, a partir de los argumentos descritos, la SCJN calificó que el artículo 133 bis del CFPP a pesar de haber implicado una restricción expresa al derecho de libertad personal, tenía de validez constitucional.

Una vez analizado el marco teórico y conceptual de la figura del arraigo así como la historia procesal y los argumentos de la SCJN para justificar el arraigo, como una figura ajustada a los principios y valores constitucionales, es necesario plantear como es que se estima que se trata de una auténtica restricción constitucional a los derechos humanos. Para ello se indica que con relación a la reforma constitucional en materia de seguridad y justicia de dos mil ocho, tiene de dos aspectos incompatibles entre sí: a) el avance en materia de reconocimiento de derechos de las personas involucradas en el proceso penal y la transformación del sistema de justicia penal; y b) la instauración de un sistema de excepción que privilegia la imposición de medidas cautelares como la prisión preventiva y el arraigo.

En ese sentido, el arraigo como medida cautelar que permite la detención de una persona y su posterior privación de la libertad personal y libertad de tránsito, le permite a las instituciones encargadas de la persecución del delito practicar la vigilancia permanente de personas investigadas (las cuales al mismo tiempo gozan de la presunción de inocencia), la posibilidad de obtención de información incriminatoria, y se da un tratamiento diferenciado a los miembros de la sociedad, ya que principalmente es aplicable en delitos de delincuencia organizada.

Se refiere que en México existe el mencionado tratamiento diferenciado entre delitos que ameritan prisión preventiva oficiosa (incluida la delincuencia organizada), por lo que la institución del Ministerio Público a través de la transferencia del arraigo al texto constitucional recibió una herramienta que pudiere utilizar previo al inicio de un procedimiento judicial en materia penal, con lo que se configura un subsistema jurídico penal para aquellas personas investigadas por ilícitos relativos a la delincuencia organizada.

Conforme a lo anteriormente descrito, la figura del arraigo constituye una amenaza pública del Estado hacia los derechos humanos de la sociedad, en el sentido de que únicamente requiere la sospecha de que ha ocurrido un suceso fáctico con apariencia de delito para encontrarse legitimado para

pedirle a un juez su otorgamiento. Por lo cual, la sociedad se encuentra expuesta a la transgresión de sus derechos mediante la violencia institucional del Estado, lo cual es una contradicción con el discurso público de reconocimiento de los derechos humanos.

3.4 Algunos problemas jurídicos por la no observancia de los fundamentos de los derechos humanos por medio de las restricciones constitucionales

Una vez que se elaboró el marco teórico y conceptual de la presente tesis, se estima oportuno señalar, a primera vista, la existencia de tres problemas jurídicos derivados de las restricciones constitucionales a los derechos humanos de la SCJN, con motivo de la no observancia de su fundamentación filosófica, de tipo iusnaturalista, por parte del Estado mexicano al llevar a cabo su práctica jurídica en materia de derechos humanos. Al respecto, los problemas identificados son:

1. Dificultad para determinar el contenido de los derechos humanos,
2. Protección jurídica débil, o en su caso, ausencia de protección jurídica de los derechos humanos, y
3. Viabilidad jurídica de prohibición de los derechos humanos.

En relación con el primer problema relativo a los inconvenientes para establecer el contenido de los derechos humanos, se indica que los derechos humanos tienen un contenido esencial o núcleo duro, que conforme a Guillermo Escobar Roca se trata de: “aquella parte de los derechos [...] que bajo (sic) ninguna circunstancia puede ser afectada, configurándose así como uno de los límites a las intervenciones sobre los derechos”.¹⁴⁸

Lo anterior tiene cierta relación con la cuestión de la regulación o limitación de derechos humanos (explicada en el apartado 2.3.2 del capítulo segundo de la investigación), donde se aclaró que este tema únicamente

¹⁴⁸ Escobar Roca, Guillermo, *Op. Cit.*, p. 84.

debe encaminarse a puntualizar requisitos, exigencias o condiciones necesarias para que el Estado los haga viables. Igualmente, se encuentra vinculado con el tema de las restricciones constitucionales (descritas en el apartado 2.3.3 de esta tesis) donde se indicó que el Estado puede imponer mandatos jurídicos destinados a reducir el contenido o eliminar alguna modalidad de algún derecho humano, o simplemente, prohíba ejercer algún derecho humano.

En ese sentido para poder identificar cuál es el contenido esencial o núcleo duro de los derechos humanos, se estima que necesariamente se debe acudir hacia su fundamentación filosófica. Ahora, conforme al planteamiento de la presente investigación, cuya línea argumentativa es el iusnaturalismo, se encontró que dicho modelo de fundamentación esencialmente radica en la naturaleza humana juntamente con la razón humana, donde emergieron cuestiones como la justicia, la dignidad, la libertad, la igualdad, la autonomía, entre otras.

Respecto a lo anterior, con base en la fundamentación de los derechos humanos tendría que configurarse su contenido esencial o núcleo duro, así como identificarse la manera en que se tendría que construir una regulación jurídica apropiada para asegurar la existencia del núcleo duro o contenido esencial de los derechos humanos. Entonces, se hace hincapié en que el estudio de los fundamentos de los derechos humanos debería tener mayor relevancia para el Estado.

Por lo que hace al segundo problema encaminado a señalar la protección débil, o en su caso, ausencia de protección de los derechos humanos, se insiste que cuando Estado no atiende a la fundamentación de los derechos humanos corre el riesgo de implementar prácticas jurídicas en las cuales la protección de lo derechos humanos sea ineficiente o se abandone. Adicionalmente, pudieren llevar a cabo prácticas que en una primera impresión parecieran defender los derechos humanos, pero en el fondo encubrirían alguna restricción a los derechos humanos, es decir que si bien es cierto se ha elaborado una serie de mecanismos para la tutela de los

derechos, resulta en que el diseño con lleva la existencia de problemas que los hacen que sean vulnerados.

Respecto al tercer problema en el cual se denuncia la viabilidad jurídica de prohibir los derechos humanos, se señala que una de la consecuencias jurídicas de haber implementado las restricciones constitucionales a los derechos humanos fue que en la actualidad el poder constituyente o poder reformador de la Constitución ya no tiene obstáculo alguno para prohibir derechos humanos, esto quiere decir que se encuentra exento de todo tipo de responsabilidades para que en supuesto de que por voluntad propia decida suprimir, prohibir o restringir algún derecho humano, solo requiere expedir una reforma o adición al texto Constitucional la cual se dispongan dichas cuestiones.

Lo anterior significa que el problema jurídico consiste en que actualmente se han generado condiciones óptimas para que sea posible establecer restricciones constitucionales a derechos humanos destinadas hacia su prohibición, sin que haya lugar a demandar al Estado a través de los medios ordinarios de defensa o medios de control constitucional y convencional. Por ende, ello causa que reconocimiento y protección de los derechos humanos se encuentre en riesgo.

Por lo anterior, es que se estima que las restricciones constitucionales son un ejemplo de que el Estado mexicano no ha tomado en consideración la fundamentación filosófica de los derechos humanos, destinada a fungir como razones o argumentos últimos que tengan por justificados los derechos humanos.¹⁴⁹ Del modo que, es a partir de los fundamentos que los operadores jurídicos del Estado tienen acceso a identificar los conceptos, contenidos, características y propósitos de los derechos humanos.

Sin embargo, como se especificó en la sección 3.1 del presente capítulo en la actualidad existen varios precedentes judiciales en los cuales la SCJN aplicó restricciones constitucionales al ejercicio de la libertad personal, la integridad física, el acceso a la justicia y el derecho a un recurso

¹⁴⁹ Véase apartado 1.3.1 del capítulo primero de la tesis.

efectivo. Por lo que se señala que la SCJN, parcialmente, ha dejado de lado el reconocimiento y protección de los derechos humanos y se ha enfocado en determinar restricciones o prohibiciones en la materia. Consecuentemente, ello implicaría afirmar que el Estado mexicano está desprovisto de responsabilidades en caso se ocasionar transgresiones a derechos humanos.

Ya que brevemente fueron descritos algunos de los problemas jurídicos por la no observancia de los fundamentos de los derechos humanos a través de las restricciones constitucionales, se considera oportuno ofrecer una reflexión final.

Con relación a la no observancia de los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos, se hace hincapié en que el discernimiento de los fundamentos de los derechos humanos es un tema que se encuentra abandonado por parte de los operadores jurídicos del Estado mexicano, ya que se han advertido malas practicas en torno a los derechos humanos. Si bien es cierto que en la académica se ha reflexionado sobre estos tópicos, existe una deficiencia en la formación de los operadores jurídicos en materia de derechos humanos, con motivo del desinterés en este tema.

Se ha referido que la práctica de los derechos humanos desligada de su fundamentación provoca que sea incumplida una de sus misiones principales: preservar la dignidad de la persona ante las decisiones mayoritarias y los intereses del poder político.¹⁵⁰ Por lo que, se estima que existe el peligro inminente de que los derechos humanos sean desnaturalizados.

Conforme a los argumentos anteriores, se considera que existen medidas adoptadas por el Estado mexicano que no tienen en cuenta los fundamentos iusnaturalistas de los derechos humanos. Es decir, se han construido criterios constitucionales en los cuales se privilegian intereses particulares del Estado, mediante el uso de la violencia institucional, los cuales los derechos humanos fungen como un obstáculo.

¹⁵⁰ Santiago, Alfonso (h), *Op. Cit.* p. 218.

En ese sentido, se identificó que el arraigo se trata de una amenaza pública y en caso de su concesión por parte de las autoridades competentes, se vuelve un mandato forzoso de hacer que le permite al Estado entablar prácticas que desplazan los propósitos de los derechos humanos, es decir, los derechos pasan a un segundo plano. Adicionalmente, el arraigo contraviene el reconocimiento de los derechos humanos dentro de la Constitución, siendo que toda medida jurídica que desposea a la persona de sus derechos humanos atenta contra los fundamentos de los derechos humanos.

Las restricciones a las leyes injustas no deben ser válidas por el derecho natural, sino que debe subsistir la dignidad, la libertad, la igualdad y la autonomía de cada persona, lo cual debe ser protegido y garantizado por el Estado. Así que el arraigo no es una medida que sea congruente con los derechos humanos, sino que se trata de una medida que priva del ejercicio de los derechos humanos sin que medie pruebas plenas sobre la culpabilidad de la persona investigada. El arraigo sería entonces una decisión mayoritaria del poder constituyente, que fue legitimada por la SCJN al avalar su validez constitucional que no tiene compatibilidad alguna con los derechos humanos.

Conclusiones

Una vez que se analizó el marco conceptual y teórico del problema de investigación planteado en la presente tesis, se estima haber llegado a las conclusiones siguientes:

Primera. Los derechos humanos principalmente son objeto de estudio del pensamiento europeo-occidental, posteriormente serían analizados en otras regiones del mundo.

Segunda. Desde el punto de vista conceptual, los derechos humanos son una categoría que tiene problemas de ambigüedad. Sin embargo, en términos generales, hacen referencia a facultades e instituciones que contienen reclamos en torno a la dignidad, la libertad y la igualdad de la persona humana.

Tercera. Los derechos humanos encuentran su fundamentación filosófica preponderantemente en el iusnaturalismo, a partir del cual se han generado los contenidos que le otorgaron su configuración actual.

Cuarta. Básicamente el iusnaturalismo hace hincapié en que los derechos humanos se fundamentan filosóficamente en la idea de la naturaleza humana, la cual ha transitado hacia una cuestión racional.

Quinta. El Estado mexicano tiene una vocación por los derechos humanos, ya que a lo largo de su historia constitucional se identificó que ha reconocido y protegido los derechos humanos, por ende, su realización se trata de un propósito institucional del Estado.

Sexta. El Estado mexicano se ha dedicado a la suscripción y ratificación de múltiples tratados internacionales en materia de derechos humanos, lo cuales están incorporados al orden jurídico nacional con el afán de reiterar el reconocimiento de los derechos humanos como elementos indispensables de la condición humana de la persona.

Séptima. El Estado mexicano adoptó la doctrina del derecho natural como fundamentación filosófica de los derechos humanos, conforme a los debates del poder constituyente permanente dentro del procedimiento legislativo que culminó en la publicación del decreto por el cual se reformó la Constitución en materia de derechos humanos de dos mil once.

Octava. Las restricciones constitucionales a los derechos humanos son una medida implementada por el poder constituyente permanente y fue reforzada por la SCJN para permitir plenamente el establecimiento de prohibiciones de acceso, realización, ejercicio o uso de los derechos humanos en la práctica jurídica.

Novena. La SCJN ha fomentado el desarrollo y consolidación de las restricciones constitucionales a los derechos humanos mediante la emisión de nuevas jurisprudencias vinculantes, lo cual genera nuevos problemas jurídicos que afectan los derechos humanos.

Décima. La declaración de constitucionalidad del arraigo constituyó una auténtica restricción constitucional a los derechos humanos, ya que se trata de una amenaza latente para la sociedad en general.

Decimoprimera. El arraigo es un instrumento que atenta contra diversos derechos humanos, como la libertad personal, integridad personal, libertad de tránsito, presunción de inocencia, entre otros. Por lo que el hecho de que el Estado la considere una medida idónea para sus investigaciones en materia penal, consecuentemente se puede estimar que ha disminuido la relevancia de los derechos humanos para el Estado.

Decimosegunda. Los fundamentos de los derechos humanos no son observados cuando el Estado asume obligaciones en materia de derechos humanos, y al mismo tiempo, adopta medidas para: eliminar sus posibilidades de realización, prohibirlos y obligar a prescindir de su observancia.

Bibliografía

- Abbagnano, Nicola, “discurso, ética del”, *Diccionario de filosofía*, Trad. José Esteban Calderón, *et. al.*, 4^{ta} ed., Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- Abregú, Martín y Cristian Courtis (comps.), *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 165.
- Agudelo Ramírez, Martín, *Problemas de la fundamentación de los derechos humanos: bases ontológicas*, Temis, Bogotá, 2011.
- Albanse, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- Albanse, Susana, “La internacionalización del derecho constitucional y la constitucionalización del derecho internacional” en Albanse, Susana (coord.), *El control de convencionalidad*, Ediar, Buenos Aires, 2008.
- Alegre Gori, Antonio, “Estudio introductorio” en Platón, *Diálogos*, Gredos, Madrid, 2010.
- Aquino, Santo Tomás de, *Suma teológica*, Trad. Ismael Quiles, Tomo VIII, Club de lectores, Buenos Aires, 1948
- Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, IJ-UNAM, México, 2012.
- Arteaga Nava, Elisur, *Derecho constitucional. Parte especial: poderes federales y locales*, Oxford, México, 2017.
- Ayala Corao, Carlos M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*, Fundap, Santiago de Querétaro, 2003.
- Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Barak, Aharon, *Proporcionalidad: los derechos fundamentales y sus restricciones*, Trad. Gonzalo Villa Rosas, Palestra, Lima, 2017.
- Barragán Salvatierra, Carlos, *Derecho procesal penal*, 2da ed., McGraw-Hill, México, 2004.
- Bernal Pulido, Carlos, “Derechos fundamentales”, en Fabra Zamora, Jorge Luis y Verónica Rodríguez Blanco (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. II, IJ-UNAM, México, 2015.
- Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 4^{ta} ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2014.
- Bernal, María José e Isaac de Paz González (coords.), *Fundamentos axiológicos de los derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Toluca, 2016.

- Beuchot Mauricio, *Derechos humanos. Historia y Filosofía*, Fontamara, México, 2008.
- Beuchot, Mauricio, *Filosofía política*, Torres, México, 2006.
- Bix, Brian H., *Diccionario de teoría jurídica*, trad. Enrique Rodríguez Trujano, et. al., IJ-UNAM, México, 2012.
- Cantú Martínez, Silvano, et. al., *La figura del arraigo penal en México: el uso del arraigo y su impacto en los derechos humanos*, Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, México, 2012.
- Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, IJ-UNAM, México, 2011.
- Copleston, Frederick, *Historia de la filosofía*, Vol. I. De la Grecia antigua al mundo Cristiano, Tomo I. Grecia y Roma, Trad. Juan Manuel García de la Mora, Ariel, Barcelona, 2011.
- Corradetti, Claudio (ed.), *Philosophical dimensions of human rights: some contemporary views*, Springer, Nueva York.
- Cossío Díaz, José Ramón, et. al., *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos: estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*, Porrúa, México, 2015.
- Cruz Parceró, Juan Antonio, *Hacia una teoría constitucional de los derechos humanos*, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México 2017.
- De Cabo, Antonio y Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 3^{ra} ed., Trotta, Madrid, 2007.
- De Lucas, Javier, "Algunos equívocos sobre el concepto y fundamento de los derechos humanos" en Jesús Ballesteros (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- De Vergottini, Giuseppe, *Derecho constitucional comparado*, trad. Claudia Herrera, Universidad, Buenos Aires, 2005.
- Dulitzky, Ariel, "Alcance de las obligaciones internacionales de los derechos humanos", en Martín, Claudia, et. al., (coords.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Fontamara, México, 2004.
- Escobar Roca, Guillermo, *Introducción a la teoría jurídica de los derechos humanos*, Trama editorial, Madrid, 2005.
- Fabra Zamora, Jorge Luis y Verónica Rodríguez Blanco (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. II, IJ-UNAM, México, 2015.
- Fernández Segado, Francisco, *La justicia constitucional ante el siglo XXI: la progresiva convergencia de los sistemas americano y europeo-kelseniano*, IJ-UNAM, México, 2004.
- Fernández, Eusebio, "El iusnaturalismo", en Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996.
- Ferrajoli, Luigi, "Derechos fundamentales" en De Cabo, Antonio y Gerardo Pisarello (eds.), *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Trad. Perfecto Andrés Ibáñez, 3^{ra} ed., Trotta, Madrid, 2007.

- Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo. "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano" en Carbonell, Miguel y Pedro Salazar (coords.) *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, IIJ-UNAM, México, 2011.
- Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-UNAM, México, 2006.
- Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor, "El derecho de amparo en México" en Fix-Zamudio, Héctor y Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coords.), *El derecho de amparo en el mundo*, Porrúa-UNAM, México, 2006.
- Fix-Zamudio, Héctor y Salvador Valencia Carmona, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 5ta ed., Porrúa, México, 2007.
- Forst, Rainer, "The justification of human rights and the basic right to justification. A reflexive approach", en Corradetti, Claudio (ed.), *Philosophical dimensions of human rights: some contemporary views*, Springer, Nueva York.
- García Añón, José, "Los derechos humanos como derechos morales: aproximación a unas teorías con problemas de concepto, fundamento y validez" en Ballesteros, Jesús (ed.), *Derechos humanos*, Tecnos, Madrid, 1992.
- Garzón Valdés, Ernesto y Francisco J. Laporta (eds.), *El derecho y la justicia*, Trotta, Madrid, 1996.
- González Chevez, Héctor, *Las medidas cautelares en el proceso penal*, Ediciones Coyoacán, Universidad Autónoma del Estado de México, México, 2009.
- González Pérez, Luis Raúl e Ismael Eslava Pérez, *Garantías constitucionales*, Vol. 1, Porrúa, UNAM, México, 2018.
- Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y derechos fundamentales*, Trad. Raúl Sanz Burgos y José Luis Muñoz de Baena Simón, Trotta, Madrid, 2006.
- Guerrero, Ana Luisa, *Filosofía política y derechos humanos*, 2^{da} ed., UNAM, México, 2014.
- Hayden, Patrick (ed.), *The philosophy of human rights*, Paragon House, St. Paul, 2001.
- Hervada, Javier, *Introducción crítica al derecho natural*, Pamplona, Eunsa, 1981.
- Hierro, Liborio L., *Los derechos humanos: una concepción de justicia*, Marcial Pons, Madrid, 2016.
- Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, tomo D-H, 14^a ed., Porrúa-UNAM, México, 2000.
- Jellinek, Georg, *Teoría general del Estado*, trad. Fernando de los Ríos, Fondo de Cultura Económica, México, 2004.
- Kant, Immanuel, *Teoría y práctica*, trad. M. Francisco Pérez López y Roberto Rodríguez Aramayo, Tecnos, Madrid, 1986.
- Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. Roberto J. Vernengo, 12^a ed., Porrúa, México, 2002.

- Lara Ponte, Rodolfo, *Los derechos humanos en el constitucionalismo mexicano*, 4^{ta} ed., Porrúa, México, 2007
- Martín, Claudia, *et. al.*, (coords.), *Derecho internacional de los derechos humanos*, Fontamara, México, 2004.
- Martínez Bulle, Goyri, “derecho natural” en Instituto de Investigaciones Jurídicas, *Diccionario jurídico mexicano*, tomo D-H, 14^a ed., Porrúa-UNAM, México, 2000.
- Mazzarese, Tecla, *Lógica, derecho, derechos*, Fontamara, México, 2012.
- Medina Mora F., Alejandra, *et. al.*, *Derechos humanos y restricciones: los dilemas de la justicia*, Porrúa, UNAM, México, 2015.
- Mosterín, Jesús, *Aristóteles, Historia del pensamiento*, Alianza, Madrid, 2006.
- Nieto Castillo, Santiago, *La Constitución en la jurisprudencia*, SCJN, INHREM, México, 2016.
- Nino, Carlos Santiago, *Ética y derechos humanos: un ensayo de fundamentación*, 2^{da} ed., Astrea, 1989.
- Nogueira Alcalá, Humberto, *Teoría y dogmática de los derechos fundamentales*, IIJ-UNAM, México, 2003.
- Olmeda García, Marina del Pilar, *Universalización de los derechos humanos*, Bosch, Universidad Autónoma de Baja California, Barcelona, 2014.
- Otero, Milagros y Francisco Puy, “¿Qué significa fundamentar los derechos en valores?” en Bernal, María José e Isaac de Paz González (coords.), *Fundamentos axiológicos de los derechos humanos*, Comisión de Derechos Humanos del Estado de México, Toluca, 2016.
- Papacchini, Ángel. *Filosofía y derechos humanos*, 3^{ra} ed., Universidad de Valle, Cali, 2003.
- Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Lecciones de derechos fundamentales*, Dykinson, Madrid, 2004.
- Peña Freire, Antonio Manuel, *La garantía en el estado constitucional de derecho*, Trotta, Madrid, 1997, p. 108.
- Pérez Luño, Enrique, *Derechos humanos, estado de derecho y constitución*, 11^{va} ed., Tecnos, Madrid, 2017.
- Pinto, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para regulación de los derechos humanos” en Abregú, Martín y Cristian Courtis (comps.), *La aplicación del Derecho Internacional de los Derechos Humanos por los tribunales locales*, Editores del Puerto, Buenos Aires, 1997, p. 165.
- Platón, *Diálogos*, Gredos, Madrid, 2010.
- Prieto Sanchís, Luis, *Apuntes de teoría del derecho*, 6^{ta} ed., Trotta, Madrid, 2011.
- Ramírez García, Hugo Saúl y Pedro Pallares Yabur, *Derechos humanos*, Oxford, México, 2011.
- Ravinovich-Berkman, Ricardo D., *¿Cómo se hicieron los derechos humanos?*, Tomo I, Didot, Buenos Aires, 2013.
- Rey Cantor, Ernesto, *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, Porrúa, IMDPC, México, 2008.

- Santiago, Alfonso (h), *En las fronteras entre el derecho constitucional y la filosofía del derecho. Consideraciones iusfilosóficas acerca de algunos temas constitucionales*, Marcial Pons Argentina, Buenos Aires, 2010.
- Schmitt, Carl, *Teoría de la constitución*, Trad. Francisco Ayala, Alianza Editorial, Madrid, 2009.
- Spector, Horacio, "Derechos humanos", en Fabra Zamora, Jorge Luis y Verónica Rodríguez Blanco (eds.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, Vol. II, IJ-UNAM, México, 2015.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La jurisprudencia: su integración*, SCJN, México, 2004.
- Tusseau, Guillaume. *Para acabar con los "modelos" de jurisdicción constitucional: un ensayo de crítica*. Trad. Teresa García-Berrio H., Porrúa, México, 2011.
- VV. AA, *Los fundamentos filosóficos de los derechos humanos*, Serbial-Unesco, Barcelona, 1985.
- VV.AA. *Manual del juicio de amparo*, 2^{da} ed., SCJN-Themis, México, 1994.

Hemerografía

- Blanch, Daniel, "El federalista, de Alexander Hamilton, James Madison y John Jay", *Foro Interno*, Universidad Complutense de Madrid, Madrid, 2009.
- De Castro Cid, Benito. "La fundamentación de los derechos humanos (reflexiones incidentales)", *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, No. 23, Valparaíso, 2003.
- Fernández Eusebio, "El problema del fundamento de los derechos humanos", *Anuario de Derechos Humanos*, núm. 1, Universidad Complutense de Madrid, Madrid.
- Laporta, Francisco, "Sobre el concepto de derechos humanos", *Doxa. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 4, Alicante, 1987.
- Moreno Luce, Martha Silvia. "El fundamento de los derechos humanos" en *Revista Letras Jurídicas*, N° 15, Centro de Estudios sobre Derecho, Globalización y Seguridad, Xalapa, 2007.
- Torrado, Jesús Lima. "Fundamento de los derechos humanos", *Revista Argumenta*, Universidad Estatal del Norte de Paraná, Jacarezinho, 2012.
- Silva García, Fernando, "El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencional", *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, núm. 33, enero-junio, México, 2012.

Legislación

- Acuerdo 5/2003 del Tribunal Pleno de la SCJN, artículo 3 del Título Cuarto.
- Acuerdo del 21 de julio de 1999 del Pleno de la SCJN, que establece las bases generales para la procedencia y tramitación de los recursos de revisión en amparo directo.

Ley de Amparo de 1936, abrogada el dos de abril de dos mil trece
 Ley de Amparo, vigente
 Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales
 Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos
 Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
 Código Federal de Procedimientos Penales
 Ley Federal contra la Delincuencia Organizada

Documentos públicos

Gaceta del Senado de la República, núm. 113 de siete de abril de dos mil diez.
 Gaceta Parlamentaria de la Cámara de Diputados de veintitrés de abril de dos mil nueve.

Jurisprudencia nacional

- [J] 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXXIV, Septiembre de 2011; Pág. 754. Rubro: JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. SU APLICACIÓN REPRESENTA UNA CUESTIÓN DE MERA LEGALIDAD, AUN CUANDO SE REFIERA A LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES O A LA INTERPRETACIÓN DIRECTA DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES.
- [J] 9a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XVI, Octubre de 2002; Pág. 293. Rubro: JURISPRUDENCIA. LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO SÓLO PUEDEN ANALIZAR SI UN CRITERIO JURÍDICO TIENE O NO TAL CARÁCTER, SI NO ESTÁ REDACTADO COMO TESIS CON RUBRO, TEXTO Y DATOS DE IDENTIFICACIÓN.
- [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 5, Abril de 2014; Tomo I; Pág. 94. P./J. 22/2014 (10a.). CUESTIÓN CONSTITUCIONAL. PARA EFECTOS DE LA PROCEDENCIA DEL RECURSO DE REVISIÓN EN AMPARO DIRECTO, SE SURTE CUANDO SU MATERIA VERSA SOBRE LA COLISIÓN ENTRE UNA LEY SECUNDARIA Y UN TRATADO INTERNACIONAL, O LA INTERPRETACIÓN DE UNA NORMA DE FUENTE CONVENCIONAL, Y SE ADVIERTA PRIMA FACIE QUE EXISTE UN DERECHO HUMANO EN JUEGO.
- [J] 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Diciembre de 2000; Pág. 16. Rubro: JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.
- [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXIII, Febrero de 2006; Pág. 1170. P. XXII/2006. ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.

- [TA]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 22, Septiembre de 2015; Tomo I; Pág. 242. P. XIII/2015 (10a.). CONSEJO DE LA JUDICATURA FEDERAL, FUNCIONANDO EN PLENO O COMISIONES. EL ARTÍCULO 61, FRACCIÓN III, DE LA LEY DE AMPARO ES CONFORME CON EL NUMERAL 100, PÁRRAFO NOVENO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS [ABANDONO DE LA JURISPRUDENCIA P./J. 12/2013 (10a.)].
- [J]; 10a. Época; Pleno; Gaceta S.J.F.; Libro 13, Diciembre de 2014; Tomo I; Pág. 8. P./J. 64/2014 (10a.). JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA.

Jurisprudencia internacional

- Caso Almonacid Arellano y otros vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C, núm. 154.
- Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de noviembre de 2006. Serie C. núm. 158.
- Corte IDH. La expresión "Leyes" en el artículo 30 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986. Serie A N°. 6.
- U.S. Supreme Court, *Marbury v. Madison*, 5 U.S. 137 (1803).