



**UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO**

**PROGRAMA DE POSGRADO EN DERECHO**

**MAESTRÍA EN DERECHO**

**MÉTODO PARA UNA RELATIVIZACIÓN VÁLIDA DE DERECHOS  
FUNDAMENTALES EN EL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO 2011-2022**

**TESIS**

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

**PRESENTA:**

**LIC. BRANDON ARTURO  
LEMUS RAMOS**

**TUTOR:**

**MTRO. DAVID ALEJANDRO PARADA SÁNCHEZ  
FACULTAD DE ESTUDIOS SUPERIORES ACATLÁN**

**SANTA CRUZ ACATLÁN, ESTADO DE MÉXICO, FEBRERO 2023**



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.

*“Todo lo que no existe con mi conocimiento, existe sin mi consentimiento”*

Corcmac McCarthy. Meridiano de Sangre

## INDICE

### **Método para una relativización válida de Derechos Fundamentales, en el sistema jurídico mexicano: 2011-2021**

<b>Introducción .....</b>	<b>1</b>
<b>Capítulo I. Los derechos humanos y fundamentales y la relativización jurídica desde la técnica legislativa.....</b>	<b>8</b>
1.1. Derechos humanos y fundamentales.....	8
1.1.2. Los Derechos humanos .....	11
1.1.3. Los Derechos fundamentales.....	15
1.1.3.1. Derechos fundamentales como normas.....	17
1.1.3.2. Derechos fundamentales como principios.....	19
1.1.4. Derechos fundamentales en México a raíz de la reforma del año 2011 .....	21
1.2. Dilemas conceptuales de derechos humanos y fundamentales en la doctrina mexicana .....	23
1.2.1. Dilema desde la regulación.....	25
1.2.2. Dilema desde la emancipación.....	26
1.2.3. Arbitrariedad motivada por dilemas.....	27
1.3. La relativización jurídica de derechos humanos y fundamentales.....	28
1.3.1. La relativización como concepto científico .....	29
1.3.1.1. La relativización jurídica.....	30
1.3.1.2. Formas de relativización jurídica de los derechos humanos y fundamentales .....	31
1.3.1.3. La decisión Judicial y Derechos Fundamentales .....	33
1.3.1.4. La autonomía judicial .....	33
1.3.2. Técnica y ciencia jurídica.....	34

1.3.3. Derecho como técnica y argumentación Jurídica .....	42
1.3.4. La técnica jurídica aplicada en la colisión de normas.....	47
1.3.4.1. Colisión de normas.....	48
1.3.5. Teoría de la Argumentación jurídica aplicada a principios y normas	50
1.3.5.1. Colisión de normas de derechos fundamentales: Ponderación .	55
1.3.5.2. Fórmula del peso.....	57
<b>Capítulo II. Marco legal de resolución de conflictos de normas de derechos fundamentales en México .....</b>	<b>60</b>
2.1. Marco Internacional de resolución aplicable .....	60
2.1.1. Ponderación en Alemania.....	61
2.1.2. Ponderación en España.....	63
2.1.3. La ponderación y los Estados Unidos de América .....	65
2.2. Marco convencional de resolución aplicable .....	67
2.3. Marco constitucional de resolución aplicable.....	72
2.4. Normas nivel nacional y federal .....	75
2.5. Jurisprudencia y protocolos.....	78
2.5.1. Compilación de Jurisprudencia.....	78
2.5.2. Protocolos de actuación para quienes imparten justicia.....	83
2.5.2.1. Protocolo para juzgar con perspectiva de género.....	83
2.6. Antinomias y desarmonización entre marcos jurídicos de resolución .....	84
<b>Capítulo III. Violación a derechos fundamentales por arbitrariedad de la decisión judicial .....</b>	<b>90</b>
3.1. Falta del Método válido para relativizar en datos .....	90
3.1.1. Bajo impacto del Protocolo para Juzgar con perspectiva de género	91
3.2. Ponderación a modo en la jurisprudencia.....	93
3.2.1. Arbitrariedad caso de prisión vitalicia .....	94

3.2.2. Arbitrariedad de caso de consumó lúdico de la Marihuana.....	99
3.2.3. No arbitrariedad de caso de género.....	106
3.3. Consecuencias de la falta del Método valido para relativizar derechos fundamentales.....	112
<b>Capítulo IV. Método valido de relativización de derechos fundamentales y humanos en México.....</b>	<b>113</b>
4.1. Conclusiones.....	113
4.2. Comprobación de hipótesis.....	119
4.3. Método valido de ponderación.....	124
4.3.1. Primera etapa: proporcionalidad.....	125
4.3.2. Segunda etapa: relativización.....	127
4.3.3. Aplicación.....	130
4.3.3.1. Caso derecho a la privacidad y libertad de prensa.....	131
4.3.3.2. Caso derecho a la no discriminación.....	134
4.3.3.3. Caso libertad de culto.....	140
4.3.4. Necesidad de reforma constitucional y orgánica para el Poder Judicial de la Federación y Congreso General.....	145
4.3.5. Mejor equilibrio de poderes y desarrollo democrático mediante ponderación.....	148
4.3.6. Posible apertura teórica del derecho mediante la ponderación.....	150
<b>Bibliografía.....</b>	<b>152</b>
<b>Cuerpos normativos consultados.....</b>	<b>157</b>
<b>Jurisprudencia consultada.....</b>	<b>158</b>
<b>Documentos digitales y sitios web consultados.....</b>	<b>160</b>
<b>Índice de siglas.....</b>	<b>163</b>
<b>Índice de figuras y esquemas.....</b>	<b>163</b>



## **Introducción**

Actualmente dentro del sistema jurídico mexicano a raíz de la reforma del 10 de junio del año 2011, se reconocen Derechos Humanos como ejes rectores de la nueva política jurídica y judicial, sin embargo, aún existen conflictos normativos de derechos fundamentales que se resuelven de manera arcaica, bajo un esquema anacrónico de una jerarquía constitucional y convencional, aunado a lo anterior, se toma el principio *pro homine* y la interpretación conforme.

El problema está situado en un contexto, donde los derechos fundamentales se desarrollan en un contexto político de globalización frente a la soberanía nacional, es decir intereses públicos chocan contra intereses particulares. Ante esta situación como deben resolver los jueces o cómo debe diseñarse las normas de derechos fundamentales para evitar su colisión, para evitar una ponderación ad hoc o bien construir un método válido para su ponderación, restricción, relativización y posible resolución. Para poder dar solución a los conflictos entre derechos fundamentales, es necesario encontrar un método válido para relativizarlos y evitar su restricción, se pretende abordar dicho método unificando la teoría de la ponderación jurídica y dotarla de un orden obligatorio para las autoridades mexicanas.

Esto debido a que los conflictos entre principios se resuelven como conflictos entre reglas, sin tomar en cuenta la esencia de los derechos fundamentales, la cual es un principio no una regla.

El problema que se plantea a la violación de derechos fundamentales vía decisión judicial sobre todo la certeza jurídica, entre otros dependiendo del caso concreto. El menoscabo de la certeza y seguridad jurídica, la democracia y el Estado de derecho, en las decisiones judiciales por presión de factores políticos y económicos, lo cual se refleja en la violación de derechos fundamentales. Las violaciones son consecuencia por la falta de un método obligatorio, general y válido para ponderar derechos fundamentales, pues existen decisiones judiciales arbitrarias, que restringen o violentan. El tema se centrará sobre el sistema



normativo mexicano, a raíz de la reforma en derechos humanos del 10 de junio de 2011.

Para delimitar el problema del presente trabajo, la principal cuestión es la siguiente: ¿Qué implicaciones tiene la falta de control en la decisión judicial por la falta de un método válido de relativización de derechos humanos, basado en la ponderación, cuando suceden colisiones de normas de derechos fundamentales?

La posible respuesta a la anterior pregunta de investigación que conforma nuestra hipótesis es la siguiente: Debido a que no existe un método racional, probado y válido que brinde dicha certeza a los ciudadanos que acudan a exigir la protección de los órganos judiciales; En México se violan derechos humanos, entre una de las formas de violación es por medio de la vía decisión judicial.

Es decir, cuando un juez decide proteger un derecho fundamental en perjuicio de otro en un caso donde colisionan dos derechos fundamentales es inconstitucional y careciendo de certeza y seguridad jurídica. Debido a que no existe es necesario un método racional (es decir, a través de la lógica jurídica y argumentación) y válido que brinde dicha certeza a los ciudadanos que acudan a exigir la protección de los órganos judiciales del sistema normativo mexicano.

En este tenor de ideas, si se establece un método claro y obligatorio argumentativo sobre la optimización e interpretación de los principios dentro de los derechos fundamentales a cargo de jueces, se evitará las violaciones sistemáticas a derechos fundamentales cuando estos colisionan al momento de resolver la constitucionalidad de normas; para ello, se debe crear un método para una relativización válida y obligatoria de derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano.

La relativización se refiere a la aplicación conforme a los derechos esto implica, que las disciplinas jurídicas tomaran el discurso o comunicación que consideren necesario para un fin, ya sea este afín a la justicia y derechos humanos o por su parte a intereses privados, pero siempre reduciendo la incertidumbre

general de los derechos humanos y principios a casos concretos, es decir, relativizados.

Lo anterior, a través de la creación de normas emitidas desde el Poder Legislativo, que protocolice e instruya las decisiones judiciales, ordene y sistematice la técnica de ponderación para resolver dichas colisiones de derechos fundamentales y evitar las decisiones arbitrarias.

En este orden de ideas, este trabajo estudiará la figura de la ponderación como método de resolución de conflictos entre normas de derechos fundamentales, sus carencias, fortalezas y su posible adecuación en el ordenamiento jurídico mexicano desde la creación de una norma que establezca parámetros mínimos de un método válido para relativizar derechos fundamentales, dando solución al conflicto entre derechos fundamentales. El trabajo señala como objetivos los siguientes:

- **Objetivo general** Establecer un método válido obligatorio racional a través del modelo de la argumentación jurídica de Robert Alexy (ponderación y formula del peso) para relativizar las normas de derechos fundamentales y dando resolución a sus colisiones normativas y a sus problemas o dilemas teóricos, adecuado al ordenamiento jurídico mexicano para garantizar la protección eficaz de los derechos humanos y fundamentales.
- **Objetivos específicos:**
- Analizar los conceptos de la relativización de Derechos Humanos y Fundamentales y sus conflictos y dilemas normativos;
- Indagar las técnicas de relativización de Derechos Humanos y Fundamentales en el ordenamiento jurídico mexicano y su eficacia para resolverlos válidamente;
- Examinar los conflictos normativos derivados de colisión entre Derechos Fundamentales, relativo a las decisiones judiciales arbitrarias en el caso mexicano y la forma que se resuelven en México, y

- Proponer un método de relativización válido de Derechos Fundamentales basado en la ponderación válida y obligatoria para el ordenamiento jurídico mexicano.

Por otro lado, el tema a observar, investigar, estudiar, analizar, y desarrollar es el conflicto de normas de derechos fundamentales. Los conflictos de normas de derechos fundamentales influyen en la garantía, promoción, difusión y protección de los derechos fundamentales y las formas de resolución de dichos conflictos en el sistema jurídico mexicano.

El subtema es la creación de una norma vinculatoria dirigida al juzgador en el sentido que abarque un protocolo para realizar un método válido de relativización de derechos fundamentales para la resolución de conflictos normativos de derechos fundamentales.

Este tema resulta de amplia relevancia, ya que pretende establecer un mecanismo que disminuya la subjetividad argumentativa de las sentencias en los casos donde colisionen derechos fundamentales derivados de la observación de la legislación y jurisprudencia de conflictos de derechos fundamentales, así como de algunos casos de ingobernabilidad y violación a derechos fundamentales derivados de los choques sistémicos del interés público y privado.

Los anteriores choques se observan a nivel institucional, entre los poderes públicos, locales y federales; a nivel social, por los distintos fenómenos colectivos y movimientos sociales actuales como lo es el feminismo, indianismo y conservadurismo; político por las decisiones tomadas por influencias e intereses que transforman los valores legales en discursos de justificación; y académico, como las luchas de saberes sobre conceptos científicos y doctrinarios sobre el derecho.

Las posibles aportaciones que justifican el tema son las siguientes: actualmente en el ordenamiento jurídico mexicano, no existe una forma homogénea y aceptada válidamente en norma para relativizar derechos fundamentales y humanos. Lo anterior, se traduce en una protección y aplicación ineficaz de los

mismos, lo cual genera incertidumbre jurídica, facilita la corrupción, y violaciones sistemáticas desde la norma de los derechos fundamentales. Como ejemplo de ello, las formas tradicionales de tratar las normas de derechos fundamentales han sido la subsunción de las normas, regularmente a través de las jurisprudencias 293/2011 y 912/2010, y aunque las autoridades deben velar por la garantía y observación de los derechos humanos, pocas veces han utilizado herramientas jurídicas bastante útiles como la ponderación. Siendo la ponderación una alternativa idónea para tratar normas con principios y elementos axiológicos como los Derechos Humanos y Fundamentales.

Establecer un método válido y obligatorio, para resolver objetivamente y argumentativamente los choques de las normas de derechos fundamentales para posteriormente ponderarse en un caso práctico judicial,

Lo anterior, frenaría el fenómeno de las normas positivas inflexibles, autoritarias e ineficaces y a fenómenos como “Derecho penal del enemigo”, con normas estratégicamente definidas, pero con un respaldo formal de cómo relativizarlas dependiendo el caso concreto, traería un refuerzo a la doctrina de los derechos humanos y sería una visión más democrática de entender la décima época judicial de nuestro país.

El presente trabajo para su elaboración aplicará un método analítico para conceptualizar los elementos de la teoría de la argumentación jurídica y los derechos humanos y fundamentales; hermenéutico para analizar los textos legales que contengan métodos de relativización de derechos fundamentales; semántico para encontrar similitudes y diferencias de los discursos de derechos humanos y fundamentales, e inductivo porque del análisis de problemáticas particulares se creará un método general de relativización de derechos fundamentales, el sistemático para unir todas las partes de la investigación y darle una unificación lógica; y el método lógico para establecer el método válido de relativización de derechos fundamentales, Las fuentes serán de primera mano documentales-formales; así como se utilizarán las técnicas de la investigación de gabinete y de problema.

Haciendo uso de los métodos antes mencionados se procederá de la siguiente manera: se aplicará un método analítico para conceptualizar los elementos de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy y los derechos humanos y fundamentales; se utilizará el método hermenéutico para analizar los textos legales que contengan métodos de relativización de derechos fundamentales como pueden ser manuales, jurisprudencia y doctrina; se aplicará el método semántico para encontrar similitudes y diferencias de los discursos de derechos humanos y fundamentales en los diferentes conceptos de la doctrina; el inductivo porque del análisis de problemáticas particulares presentadas como ejemplos de problema se creará un método general de relativización de derechos fundamentales; el sistemático para unir todas las partes de la investigación y darle una unificación lógica; y por último el método lógico para establecer la propuesta consistente en un método válido de relativización de derechos fundamentales. Las fuentes serán documentales-formales.

Se aplicará una metodología de gabinete y problema, esto debido a que la naturaleza del problema es meramente formal, lógica y doctrinaria filosófica, con incidencia en el derecho constitucional.

La corriente doctrinaria que utilizaré es el neopositivismo precisamente de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, el cual afirma que el derecho debe partir de un análisis científico-positivo y del lenguaje a través de una verificación donde no tenga cabida ideología, sino solo funciones al sistema social y analizando factores económicos, políticos y sociales.

Derecho constitucional: teoría de la argumentación jurídica y de los derechos fundamentales.

En cuanto al apartado teórico, el tema de investigación se abordará desde las siguientes corrientes teóricas:

- Teoría Crítica de la Escuela de Frankfurt: para criticar el carácter ineficaz del ordenamiento jurídico de derechos fundamentales en México. Así

como criticar los factores reales del poder ajenos al derecho inmiscuidos en el fenómeno de conflictos de normas de derechos humanos;

- Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy: para construir un método válido de relativización y aplicación de derechos fundamentales basado en la ponderación que propone el autor, adecuándolo al caso mexicano, y
- Teoría Funcionalista (Teoría de Sistemas) de G. Jakobs: para darle sustento a la relativización de derechos fundamentales conforme la realidad social, conflictos, sobre todo en el tema de la seguridad interna de México.

El trabajo contendrá autores que han trabajado el problema de investigación tales como: Robert Alexy, Carla Huerta Ochoa, Gonzalo Leví Obregón Salinas entre otros. Respecto a la delimitación el presente trabajo abarcará al sistema jurídico mexicano a raíz de la reforma del año 2011 hasta el año 2021 cuando se concluya la investigación, marcando la jurisprudencia y normas más esenciales al desarrollo de los derechos fundamentales y la resolución de sus conflictos normativos a nivel constitucional, esto implica el bloque de constitucionalidad.

Por último, los recursos que utilizarán para la elaboración del presente trabajo es mi computadora, Internet, libros sobre el tema, hojas, revistas, periódicos, congresos, opiniones de algunos expertos, trasladarme a bibliotecas de Universidades, Centros de investigación, Instituto de Investigaciones Jurídicas en la UNAM y otras de esta ciudad.

## Capítulo I. Los derechos humanos y fundamentales y la relativización jurídica desde la técnica legislativa.

### 1.1. Derechos humanos y fundamentales

Afirmamos que una de las cuestiones más importantes actualmente en el debate político y sobre todo jurídico es el alcance de la democracia en la vida cotidiana, es decir, el alcance de nuestra participación y reconocimiento de nuestra dignidad dentro de los roles sociales; como bien lo señala el Dr. Robert Alexy:

Las cuestiones acerca de cuáles derechos tiene el individuo como persona y como ciudadano de una comunidad, de a que principios está sujeta la legislación estatal y qué es lo que exige la realización de la dignidad humana...constituyen grandes temas de la filosofía práctica y puntos polémicos centrales de las luchas políticas pasadas y presentes<sup>1</sup>

En este sentido, es menester que el ciudadano en esta actualidad moderna y acelerada cuente con una protección adecuada frente al riesgo de la modernidad, la economía y los extremismos políticos.<sup>2</sup> Actualmente dentro del sistema jurídico mexicano a raíz de la reforma del 10 de junio del año 2011, se reconocen Derechos Humanos como ejes rectores de la nueva política jurídica y judicial, consagrados en el artículo 1o constitucional, que a su letra menciona: 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...<sup>3</sup> estas son las garantías que remplazan a las antiguas garantías individuales y dotan a la persona de mayor protección y acción frente abusos del estado.

Sin embargo, esto no ha dado mayor certeza sobre la protección de sus derechos, llegando a justificarse la violación aduciendo razones de protección de

---

<sup>1</sup> Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993, p. 21.

<sup>2</sup> Cfr. Bauman, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, trad. Mirta Rosenberg, 1 a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2003, capítulo 1. Emancipación, pp. 21-54.

<sup>3</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 1 de febrero de 1917, disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_110321.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_110321.pdf)

derechos humanos<sup>4</sup>, o violentar un derecho humano en la decisión judicial para proteger otro de manera arbitraria,<sup>5</sup> es decir, aún existen conflictos normativos de derechos humanos que se resuelven de manera arcaica, bajo un esquema anacrónico de una jerarquía constitucional y convencional, aunado a lo anterior, se toma el principio *pro homine* y la interpretación conforme.

Lo anterior, es posible gracias a que en el sistema jurídico mexicano los derechos humanos están positivizados en las normas escritas, están en una connotación positiva y sus efectos legales deben ser regulados en las normas<sup>6</sup>, pero al estar en una dimensión de derecho positivo, en tenor de tener mayor claridad en los términos y dotarlos de las características lógicas de la norma para someterlos al análisis de la argumentación, decidimos encuadrar a los derechos humanos positivizados dentro del concepto de “Derechos Fundamentales”; los cuales son los derechos contenidos principalmente en la Constitución, en las leyes y la jurisprudencia de un sistema normativo.<sup>7</sup>

Pero los derechos fundamentales si bien son normas escritas bajo las reglas y doctrina de cualquier derecho escrito, tienen sus características especiales, esto por su origen e historia, la cual fue del derecho naturalista; es decir, los derechos fundamentales tienen una relación especial con los derechos humanos, teniendo ambos características y funcionamiento diferentes.

En virtud de lo anterior, tendremos que ocuparnos de precisar, para fines de la presente investigación las definiciones de los conceptos y características principales de ambos conceptos (derechos humanos y derechos fundamentales) dentro de la teoría neopositivista del neoconstitucionalismo para darles desde una visión jurídico-funcionalista una serie de métodos para relativizarlos válidamente,

---

<sup>4</sup> Cfr. Correas, Oscar, *Acerca de los derechos humanos Apuntes para un ensayo*, 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2015, p. 11.

<sup>5</sup> Cfr. Obregón Salinas, Gonzalo Levi y Padilla Sanabria, Xóchitl Lizbeth, *Los Derechos Humanos del Derecho Penal del Enemigo*, 1a. ed., México, Thomson Reuters, 2020, p. 36.

<sup>66</sup> Cfr. Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *Lo teórico y lo práctico de los derechos humanos*, México, Thomson Reuters, 2018, p.2.

<sup>7</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, op. cit., p. 23.



con miras a proponer algunos criterios para solucionar los posibles conflictos que conlleva su protección.

Esta distinción es importante, ya que dentro de la teoría neopositivista neoconstitucionalista, existe una primacía operativa de los derechos fundamentales al ser, la norma escrita, una garantía de la protección de los derechos humanos.<sup>8</sup> por esta razón los derechos fundamentales será el término doctrinal exacto para referirnos a las normas de derechos humanos, y está aclaración cobra importancia pues como ya lo enunciamos anteriormente, en el derecho mexicano se usa el término Derechos Humanos y Fundamentales de forma indistinta desde el texto constitucional, normas y jurisprudencia aunque en la práctica tienen las características y funcionamiento de derechos fundamentales.

El neoconstitucionalismo implica entender el derecho dentro de un modelo constitucional, donde, valga la redundancia el concepto central es el texto constitucional con fuertes contenidos sustantivos y axiológicos,<sup>9</sup> en este tenor de ideas, se necesita una protección que garantice dichos contenidos axiológicos, recurrentemente el órgano protector es el Poder Judicial; a este sistema se le denominan modelo constitucional de control fuerte y sustantivo,<sup>10</sup> por otro lado un sistema donde la constitucionalidad no dependa de la decisión judicial se le denomina de control débil, no es el objeto de esta investigación ahondar en este aspecto, solo resaltamos el modelo de control fuerte, es decir, donde la decisión judicial decide sobre la protección y garantía de los derechos humanos y fundamentales.

Para lo anterior, esquematizamos al neoconstitucionalismo en un contexto neopositivista, es decir, abordamos la cuestión de los derechos humanos desde la validez de algún órgano estatal o normativo; haciendo la puntualización que la corriente doctrinaria del neoconstitucionalismo es heterogénea, diversa y tiene

---

<sup>8</sup> Cfr. Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías*, 4 a. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2004, p. 62.

<sup>9</sup> . Carbonell, Miguel, "El laberinto del Neoconstitucionalismo" en Carbonell, Miguel (coord.) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, p. 10.

<sup>10</sup> , Cfr. Gama, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2019 p. 47.

distintas fuentes, pero en ellas convergen una visión sustantiva de los derechos, y del control constitucional, en este aspecto esquematizamos lo anterior en el siguiente cuadro:



Cuadro 1 Neoconstitucionalismo. Elaboración propia

Se toma la corriente neoconstitucional, ya que nuestro estudio versa sobre la decisión judicial y sus métodos de interpretación con relación a la falta de un método válido para resolver en dicha decisión la colisión de normas de derechos humanos y fundamentales, es especial referencia en la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy y viendo a los derechos como un todo validado por la comunidad o el Estado, entendiendo al Estado como comunión social ética.<sup>11</sup>

### 1.1.2. Los Derechos humanos

El concepto y naturaleza de los derechos humanos debe entenderse en el contexto de sus antecedentes y su origen; como tal es importante señalar el consenso doctrinal menciona el origen de los derechos humanos por un lado, en el contexto

<sup>11</sup> Cfr. Larenz, Karl, *La filosofía contemporánea del derecho y del estado*, Argentina, ediciones Olejnik, 2007, pp. 164-165.

del liberalismo,<sup>12</sup> y por el otro en el rescate de la dignidad al final de la segunda guerra mundial.<sup>13</sup> En este, sentido se tienen dos documentos fundacionales de la filosofía y política de los derechos humanos:

- La Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, y
- La Declaración Universal de los Derechos Humanos

Estos documentos tenían por fin extender un nuevo orden democrático ante los excesos del poder estatal, en el caso de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano era frenar el poder del rey y del orden antiguo de la nobleza;<sup>14</sup> y la Declaración Universal de los Derechos Humanos tenía por objeto rescatar la dignidad humana universal después de las guerras mundiales y los excesos del Estado ahora con los fenómenos totalitarios del siglo XX, es decir, y como menciona Dieter Grimm: la intención reguladora de los derechos fundamentales. De eso se trataba precisamente. De reorganizar dichos poderes (estatales) de tal manera que cumplieran con eficacia su función de garantía, pero sin que pudieran desplegar ninguna ambición propia de gobierno.<sup>15</sup>

No obstante, los derechos humanos son vistos como sinónimos de derechos fundamentales, esto en lenguaje común e incluso jurídico, dependiendo del sistema jurídico evocado, siendo que los sistemas jurídicos romano germánico y europeos los toman como símil (como en México) en los sistemas anglosajones del *common law* los distinguen.<sup>16</sup> Sin embargo, la doctrina los separa independientemente del sistema empleado.

Los derechos humanos tienen su mayor fundamentación en el naturalismo jurídico, en este sentido son derechos subjetivos morales que ejercen su derecho

---

<sup>12</sup> Cfr. García Solís, Bertha, "Evolución de los Derechos Humanos" en *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, pp. 77-93, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>

<sup>13</sup> Cfr. Islas Colín, Alfredo, "Derecho a la Dignidad" en De los Santos Argáez, Jesús Manuel (coord.), *Derechos Humanos Un escenario comparativo entre los Sistemas Universal Regional y Nacional*, México, Flores Editor, 2016, pp. 87-176.

<sup>14</sup> Cfr. Chevallier, Jean-Jacques, *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo a nuestros días*, trad. Antonio Rodríguez Huescar, Madrid, Aguilar, 1962, p. 199.

<sup>15</sup> Grimm, Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006, p. 29.

<sup>16</sup> Cfr. Hierro L., Liborio, *Los Derechos Humanos Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016, pp. 59-108.

central que es la dignidad frente a la relación soberana de ciudadano y Estado,<sup>17</sup> esto es que defienden la integridad humana frente al poder organizado del Estado, sociedad, política y actos de autoridad, como tales son prerrogativas de carácter político-liberal, ya que no se les puede descontextualizar de su entorno político liberal de un “Estado” formado por individuos con derechos que deben ser respetados y promovidos para mantener la estabilidad, desarrollo y calidad de vida.<sup>18</sup>

Entonces, los derechos humanos tienen una vertiente occidental-liberal y se fundamentan en el concepto central de la dignidad.<sup>19</sup> La dignidad es un rango, una categoría que no tienen los seres irracionales, dicha presencia o superioridad del ser humano sobre los que carecen de razón es un concepto muy naturalista y absoluto de la dignidad humana, pero es el considerado básico y de raíz dentro del racionalismo ilustrado donde tuvieron origen los derechos humanos; recordando el carácter idealista platónico y escolástico cristiano sobre esta definición, pues como menciona Jesús González: la discriminación humana no admite discriminación alguna por ninguna razón pues la superioridad del hombre es por ser el centro y la raíz de la creación teológico de dios.<sup>20</sup>

El concepto evolucionó a categorías más amplias y menos iluministas. Uno de los puntos de vista más aceptados es el del filósofo Immanuel Kant el cual contribuye afirmando: en este mundo todas las cosas tienen un precio, excepto el hombre, que no tiene precio porque tiene dignidad. El hombre para Kant, constituye un fin en sí mismo puesto que es el vehículo para un valor absoluto ideal (sin recurrir a dios) que es el valor moral; por ende el ser humano es un fin en sí mismo y no un instrumento.<sup>21</sup>

---

<sup>17</sup> Cfr. Hierro L., Liborio, p. 116.

<sup>18</sup> Cfr. *Idem*.

<sup>19</sup> Cfr. Islas Colín, Alfredo, *op. cit.*, p. 88.

<sup>20</sup> Cfr. González Pérez, Jesús, *La dignidad de la persona humana*, Madrid, Editorial Civitas, 1986, p. 225.

<sup>21</sup> Cfr. Valle Labrada, Rubio, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: fundamento*, Madrid, Editorial Civitas, 1998, pp. 133-137.

Retomando el final de la segunda guerra mundial, una de las etapas más importante del desarrollo de la noción de dignidad, ya que la humanidad no debe desapegarse del ser humano como aconteció en los regímenes totalitarios que buscaron un hombre abstracto u hombre-máquina; esto a su vez transgrede la esencia humana, la dignidad devine así en un concepto jurídico que busca lo humano en el hombre.<sup>22</sup>

Aún con todo lo anterior, la dignidad es un concepto difícil de definir universalmente pues su contexto la persigue,<sup>23</sup> y al ser la base de los derechos humanos está suerte de ambigüedad también están presentes en ellos. La dignidad humana es un uso retórico de respeto a las personas humanas y a su vez por lo mismo tiene un tinte ideológico, moral y naturalista en los derechos humanos, de ahí su difícil adecuación y universalización, pues aún son muy abstractos y son vistos como motivos, prerrogativas y categorías políticas tendientes a respetarse, garantizarse y promocionarse, pero puede que sean o no reconocidos, dependiendo de la visión del mundo, tiempo y lugar.<sup>24</sup>

Para concretizar y adecuar nuestra definición de dignidad, individuo y su valor axiológico, la debemos situar dentro de la colectividad y del reconocimiento social; en palabras de Karl Larenz apoyándose en Hegel:

Para Hegel, integración significa la superación de la especialidad en la generalidad concreta en que desde un principio está enterrada, es decir, el hacerse real del espíritu en el individuo, el desenvolvimiento de la sustancia...

Es decir, la dignidad es el punto de reconocimiento del individuo en lo colectivo, reconociendo su valor individual, y solo puede protegerse como un valor más allá de toda opinión, es pues, un consenso ético mínimo para la convivencia,

---

<sup>22</sup> Cfr. Islas Colín, Alfredo, *op. cit.*, p. 90.

<sup>23</sup> Al ser rango y categoría, derechos de tener derechos, el principio de humanidad, lo humano en el hombre, es inherente al ser humano, entre otras definiciones no escapa del término moralista de cada visión del mundo siendo difícil su universalización y sobre todo ahistoricidad.

<sup>24</sup> Al respecto véase, Morales Lizárraga, Miguel Eduardo, *Ética posmoderna y derechos humanos*, México, CNDH, 2019, pp. 88-90.

concepto que se ajusta a los derechos humanos. En otras palabras, los derechos humanos son reconocidos, pero para su ejercicio eficaz debe garantizarse este reconocimiento social o consenso ético, para ello se enmarcan bajo un orden jurídico, tradicionalmente de carácter constitucional, son estas diferencias son nombrados derechos fundamentales.<sup>25</sup>

### 1.1.3. Los Derechos fundamentales

Todo ordenamiento jurídico moderno y de la organización de Estado de derecho está fundado bajo una constitución formal, dicho documento entre sus contenidos normativos existen principios competenciales estructurales del Estado, normas programáticas, garantías institucionales y de actuación pública, y derechos fundamentales.<sup>26</sup> Es decir, los derechos humanos son parte de la constitución y en esta medida son parte del Estado, pues como se afirmaba en el subtítulo anterior, el consenso de derechos humanos como ética formal se garantiza con su positivización válida a través del ordenamiento jurídico estatal, estas meta-garantías de los primeros no son otros que los derechos fundamentales.<sup>27</sup>

Los derechos fundamentales pueden tener contenido que se traducen como normas constitucionales de *strictu sensu* de aplicación directa; lo cual observa a la constitución como una norma jurídica viva; al respecto Gustavo de Silva afirma: Al ser la norma orientadora (la constitución) en su conjunto, de los derechos fundamentales también podrán desprenderse principios y valores jurídicos que irradiaran el ordenamiento en su totalidad.<sup>28</sup>

En este orden de ideas, los derechos fundamentales son normas jurídicas positivamente válidas, esto es principalmente lo que distingue a estos derechos (como normas) de los derechos humanos (como principios éticos, políticos, filosóficos e históricos)<sup>29</sup>

---

<sup>25</sup> Cfr. Silva, Gutiérrez, Gustavo *Derechos fundamentales y derechos humanos*, México, Tirant lo blanch, 2021 pp. 265-266

<sup>26</sup> Cfr. Meza Silva, Juan N., y García Silva, Fernando, *Derechos fundamentales bases para una reconstrucción de la jurisprudencia mexicana*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009, p. XXX.

<sup>27</sup> Cfr. Silva, Gutiérrez, Gustavo *op. cit.*, p. 91.

<sup>28</sup> Silva, Gutiérrez, Gustavo *op. cit.*, p. 92.

<sup>29</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales...*, *op. cit.*, p. 28.

Sin embargo, existen sistemas jurídicos que se nutren de doctrinas que admiten (aparte de la dimensión formal reconocida en las constituciones) una dimensión material inherente a la dignidad de la persona humana, como es el caso de México<sup>30</sup> La idea anterior se clasifica en dos criterios:<sup>31</sup>

Criterio funcional: atiende a la función de los derechos fundamentales, estos se dividen en cuatro grupos: *derechos civiles*, tienden a garantizar la libertad de actuación personal, y actuación de grupos, donde el Estado está injustificado en intervenir; *derechos políticos*, tienden a garantizar la actuación democrática de las personas; *derechos sociales*, buscan nivelar las desigualdades económicas y calidad de vida de las personas, el Estado debe actuar en este rubro; *derechos colectivos*, tienden a garantizar bienes y actos supraindividuales como el medio ambiente y la libre determinación de los pueblos.

Criterio estructural: se clasifican aquí por su estructura, los derechos están en tres grandes grupos: *derechos de defensa*, exigen los grupos e individuos una defensa ante la intromisión del poder del Estado; *derechos de participación*, facultan a los ciudadanos a realizar actos de relevancia pública, *derechos de prestación*, facultan a los poseedores a reclamar al estado algún servicio o prestación.

A su vez existen otras clasificaciones como la generacional, aunque no tomaremos dicho esquema, ya que se presta a confusiones por la jerarquización, pero es ilustrativa para ejemplificar la aparición o nivel de positivización de los derechos fundamentales.

Por otro lado, existen diferencias y similitudes entre los derechos fundamentales y humanos. Las diferencias se dan entre su génesis y naturaleza jurídica, los derechos fundamentales son normas contenidas en la constitución, por lo que son parte del Estado, mientras que los derechos humanos pueden

---

<sup>30</sup> Cfr. Peces-Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales I, Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991, p. 230.

<sup>31</sup> Cfr. Meza Silva, Juan N., y García Silva, Fernando, *op cit.*, pp. 3-4.

encontrarse en el derecho estatal o positivo, pero como prerrogativas éticas y en potencia más no con sus garantías y su reconocimiento textual.<sup>32</sup>

En cambio, los derechos fundamentales y humanos son símiles en cuanto a su contenido ético y axiológico tendiente a lo universal, progresivo, interdependiente, pero no absolutos; por ejemplo, en el sistema jurídico mexicano el sinónimo de derechos fundamentales y humanos es evidente, puesto, aunque en la práctica contengan características de derechos fundamentales tienen la locución de “derechos humanos”<sup>33</sup>, pero en la realidad son derechos fundamentales, los cuales tienen sus propias características, incluso siendo normas positivizadas.

#### **1.1.3.1. Derechos fundamentales como normas**

Como bien lo menciona Gonzalo Levi Obregón, la diferencia entre Derechos Humanos (y fundamentales) son los que se encuentran regulados o positivizados en las normas jurídicas nacionales e internacionales-en el caso de los Estados Unidos Mexicanos-. Estos derechos necesitan garantías tanto primarias como secundarias para asegurar el cumplimiento por parte del Estado o frente a particulares con mayor capacidad económica.<sup>34</sup>

Sin embargo, esta positivización es una deformación de la necesidad de garantizar la protección de las personas, puesto que los derechos fundamentales son universales, pero necesitan de dichas garantías para su eficacia. El positivizar derechos previamente reconocidos se encuentra al arbitrio del legislador, y conforme la ideología o contexto del momento; es por ello que la norma de derechos fundamentales nunca está absolutamente acabada, sino que es progresiva aumentando su protección.<sup>35</sup>

Antes de señalar las características de sus garantías y de los principios, debemos clasificar la normatividad de los derechos fundamentales; como normas estos, se constituyen gracias al constituyente pero se extienden gracias a la

---

<sup>32</sup> Cfr. Silva, Gutiérrez, *op cit.*, p. 408.

<sup>33</sup> *Ibidem*, p. 402.

<sup>34</sup> Cfr. Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *op. cit.*, p. 55.

<sup>35</sup> *Ibidem*, p. 56.



protección judicial o interpretación constitucional; las normas pueden contener derechos políticos, sociales, programáticos, económicos, civiles, culturales y colectivos; los cuales se justifican tomando la forma de normas subjetivas oponibles al poder estatal para que haga o deje de hacer acciones y frente a particulares con equiparación de autoridad.<sup>36</sup>

Como se puede observar, los derechos fundamentales no son solo límites a la ley, sino que necesitan a la ley y la forma normativa.<sup>37</sup> Lo anterior con todo lo que implica una norma, con sus características y apego al sistema normativo. Se debe está dependencia para su eficacia, y lo más importante son las garantías, las cuales pueden ser primarias y secundarias.

Las garantías contienen expectativas de cumplimiento tanto positivas como negativas, dependiendo de la acción buscada, esto es, que las garantías de expectativa positiva busca que el Estado, haga y realice una acción y las de expectativa negativa, que el Estado no haga, deje de hacer y se mantenga al margen; las garantías primarias se refieren a la existencia positivizada del derecho humano y de la expectativa del derecho fundamental en sí mismo; y las garantías secundarias es la existencia de formas procesales para defender la violación misma como lo son los tribunales judiciales.<sup>38</sup>

Que las normas de derechos fundamentales adolezcan de dichas garantías, los vuelven ineficaces de forma absoluta, entonces se hablaría solo de un principio sin norma hipotética o bien de un derecho humano envuelto en expectativa política en espera a garantizarse.<sup>39</sup> Pero su cumplimiento en casos complejos (e incluso simples, dependiendo del caso en concreto) se realiza en medida de lo posible, ya que la dignidad si es absoluta, pero no frente a otra dignidad, es entonces que las normas de derechos fundamentales no devienen en reglas sino principios.

---

<sup>36</sup> Cfr. Silva, Gutiérrez, *op cit.*, pp. 103-107

<sup>37</sup> Cfr. Meza Silva, Juan N., y García Silva, Fernando, *op cit.*, p. 331.

<sup>38</sup> Cfr. Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *op. cit.*, p. 66.

<sup>39</sup> *Ibidem*, p. 67.

### 1.1.3.2. Derechos fundamentales como principios

Cuando existe una positivización y constitucionalización de derechos humanos a fundamentales, estos segundos entran en la sistematicidad del ordenamiento jurídico, la cual presupone su convivencia y distinción con las reglas comunes. Las reglas comunes se componen por reglas. Las reglas son predisposiciones normativas mutables, diseñadas por una hipótesis y consecuencia, son diferentes y tienden a ser dinámicas y cambian, se derogan, evolucionan y se olvidan.<sup>40</sup> Como menciona Zagrebelsky:

Si el derecho actual está compuesto de reglas y principios, cabe observar que las normas legislativas son prevalentemente reglas, mientras que las normas constitucionales sobre derechos y sobre justicia son prevalentemente los principios. Por ello, distinguir los principios de las reglas significa, a grandes rasgos distinguir la constitución de la ley.<sup>41</sup>

Esta distinción no es arbitraria, obedece al fin que cumplen las reglas (mutable y fáctico) y el que cumplen los derechos (inmutable y ético) esto porque los principios son meta-reglas, principios que sustentan la armonía completa de todo el derecho como ciencia en sí, como fin en sí, y como valor en sí.<sup>42</sup>

La gran mayoría de reglas se pueden clasificar dentro de enunciados deónticos, estos son enunciados de deberes, que obligan, permiten y facultan, y cualquiera de los sinónimos que estos tengan, esté es el núcleo de conducta de la norma, el verbo que ordena.

Por su parte, los principios pertenecen a todas las ciencias como el principio de causalidad, así como el principio de la lógica de no contradicción, que son considerados como principios excluyentes, propios de las ciencias en particular y no de la general.<sup>43</sup> Existen principios universales de la ciencia y luego otros de cada una en particular.

---

<sup>40</sup> Cfr. Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *op. cit.*, p. 89.

<sup>41</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil, derechos, justicia*, 10a ed., Madrid, Trotta, 2011, p.110.

<sup>42</sup> Cfr. Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *op. cit.*, p. 91.

<sup>43</sup> *Ibidem*, p. 94.

Los principios para poder serlo deben cumplir las siguientes características: ser primarios y comunes; objetivos y reales; no subjetivos ni teóricos; apodícticos y por ello se encuentran en el orden del ser y en el orden del conocer; fundan la existencia y no solo la ciencia.<sup>44</sup>

Por ejemplo, al ser primarios y comunes, tenemos que todo individuo se es persona y es universal; al ser objetivo y real, que la persona es un fin en si mismo y no necesita llegar a serlo, sino con el hecho de existir; sea demostrable, como la ciencia ha conquistado la verdad de ser persona no se necesita probarlo; de ser verdadero sin depender de la teoría ni de la ciencia es el concepto de dignidad el cual funda la ontología del ser humano que es ser humano en toda época y en todo sitio.

Las características de los principios indican que los principios del derecho no provienen de la regulación por normas jurídicas, por tanto, no es la ley la que otorga la calidad de principio, ya que al no ser creados por el sistema jurídico solo son reconocidos. El derecho utiliza los principios para crear sus propios principios particulares científicos.<sup>45</sup>

En este orden de ideas, los principios se relacionan con los derechos humanos y por ende las normas de derechos fundamentales se ciernen por principios y para los principios. Podemos entender como derechos positivizados:

...concebidos como el perfeccionamiento del ordenamiento jurídico, los principios desempeñan una función en la práctica del derecho. Sin embargo, esta concepción no solo es parcial, como se dirá de inmediato, sino que encierra, además, la intrínseca contradicción de asignar a las normas de mayor densidad contenido-los principios-una función puramente accesoria de la que desempeñan las normas cuya densidad es menor-las reglas-.<sup>46</sup>

---

<sup>44</sup> Cfr. Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *op. cit.*, pp. 95-96.

<sup>45</sup> *Ibidem*, p. 98.

<sup>46</sup> <sup>46</sup> Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, p. 114.

Con lo anterior, podemos afirmar que la positivización de principios de derechos humanos como dignidad, igualdad, justicia y persona deben realizarse en la norma jurídica la cual hemos acordado es la de derechos fundamentales, en caso de contradicción entre reglas y principios estos últimos son inderrotables,<sup>47</sup> aunque en su forma imperfecta de normas lleguen a existir principios que colisionen o al menos en su forma de derecho fundamental-constitucional.

#### **1.1.4. Derechos fundamentales en México a raíz de la reforma del año 2011**

El contexto y el origen de la sinomia<sup>48</sup> entre derechos humanos y fundamentales se remonta a finales de la segunda guerra mundial, cuando las potencias vencedoras junto con organismos internacionales de pacificación como lo son la Organización de Naciones Unidas (ONU) acordaron conforme al derecho internacional buscar prerrogativas esenciales éticas tendientes a positivizarse o hacerse eficaces (para evitar los crímenes cometidos durante la segunda guerra mundial) Dichas prerrogativas se contenían en tratados internacionales y diversos documentos como la Declaración Universal de los Derechos Humanos.<sup>49</sup>

En los Estados Unidos Mexicanos, los derechos fundamentales positivos tienen la sinomia con el vocablo de Derechos humanos, esto debido al giro liberal que ha tenido la Constitución de 1917, en su origen positivista.<sup>50</sup> está ha devenido con un fuerte contenido naturalista sobre todo a raíz de la reforma del año 2011 en materia de derechos humanos, la cual es consecuencia de su adhesión al sistema internacional de los Derechos Humanos y de la paradigmática sentencia del caso Rosendo Radilla dictada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

---

<sup>47</sup> Cfr. Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *op. cit.*, p. 101.

<sup>48</sup> Entiéndase por sinomia cuando dos términos llegan a utilizarse de forma indistinta como si fueran sinónimos sin llegar a serlo.

<sup>49</sup> Cfr. Silva, Gutiérrez, Gustavo, *op. cit.*, p. 400.

<sup>50</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 63-69.

El cambio de paradigma sobre derechos humanos se consolida en tres momentos: la reforma constitucional del 10 de junio de 2011; la posterior resolución del expediente varios 912/2010; y la emisión de la Ley de Amparo de 2013.<sup>51</sup>

Lo esencialmente importante de la reforma del 2011 en materia de derechos humanos es el reconocimiento de los principios de derechos fundamentales, principios tales como los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Estos anteriores principios son los que vuelven particulares a las normas de derechos fundamentales.<sup>52</sup>

El principio de universalidad, incluye que deben ser reconocidos independientemente de la nacionalidad, ciudadanía, raza, credo religioso, situación política o económica, son algo intrínseco de las personas, no así de las ficciones del derecho, guardan relación con la generalidad.<sup>53</sup>

El principio de interdependencia, está relacionado con los derechos humanos (en México fundamentales de igual forma) con su regulación y aplicación de manera igual. En este sentido Levi Obregón menciona:<sup>54</sup>

La interdependencia se refiere a la aplicación en conjunto de los mismos derechos, es decir, no es posible dividir los derechos de acuerdo con una clasificación de las normas jurídicas, en razón de grado o materia; en cuanto al primero, qué es el grado relacionado con la aplicación, no puede realizarse por ninguna división y en materia no existe ninguna clasificación del Derecho Público y Privado.

La indivisibilidad como principios de derechos humanos y fundamentales que obedece al reconocimiento de la sistematización de los derechos humanos y fundamentales en su regulación, aplicación y resolución.<sup>55</sup>

---

<sup>51</sup> Vega Morales, Luisa Gabriela, y Serrano Campos, Carolina, *Derechos humanos y la interpretación de la Corte en México*, México, Thomson Reuters, 2018, p. 2.

<sup>52</sup> *Ídem*.

<sup>53</sup> *Cfr.* Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *op. cit.*, p. 9.

<sup>54</sup> Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *op. cit.*, p. 15.

<sup>55</sup> *Ibidem*, p. 19.

Por su parte, la característica de la progresividad puede ser entendida desde dos perspectivas; la gradual y la dinámica.<sup>56</sup> La perspectiva gradual significa que el cumplimiento de los derechos humanos y fundamentales debe ser diferida, por grados o de forma posibilitada dependiendo de las necesidades y del contexto en concreto. Por otro lado, la perspectiva dinámica, se refiere a la dependencia que tienen los derechos humanos y fundamentales de las necesidades sociales, reconocimientos científicos, cambios en los fenómenos y las conquistas sociales como sus propios dilemas y carácter perfectible.<sup>57</sup>

En este orden de ideas, acierta Gonzalo Levi al mencionar:<sup>58</sup>

Consideramos que los derechos humanos tienen intrínseco en su concepto lo insaciable. Derivado del apartado científico, en cuanto a su desarrollo, siempre buscan la aportación científica que regule de una manera más clara y oportuna-por parte del legislador, o bien, del juez- los derechos de las personas, ya que las necesidades de estas no pueden esperar.

Cabe mencionar, que en ningún momento se habla de un absoluto como principio, toda vez que los demás principios niegan rotundamente esta característica, que muchas veces se encuentra dentro de los dilemas teóricos y de resoluciones judiciales de derechos humanos y fundamentales, esto debido a su profunda complejidad e importancia científica y ontológica.

## **1.2. Dilemas conceptuales de derechos humanos y fundamentales en la doctrina mexicana**

Los derechos humanos y fundamentales son conceptos teóricos que gracias a su particular naturaleza dinámica y compleja tienden a cimbrar la tradición, los valores establecidos y sobre todo a exigir mayores conquistas de emancipación, libertad, igualdad, exigencias éticas y a última instancia justicia.

---

<sup>56</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 20.

<sup>57</sup> Obregón Salinas, Gonzalo Levi, *op. cit.* p. 20.

<sup>58</sup> *Ibidem*, p. 21.

Está tensión, está fundada no solo en la diversidad de puntos de vista y discursos, sino de intereses, privilegios, evolución científica y de interpretación histórica. La tensión entre la conservación, regulación y opresión.<sup>59</sup>

Lo que motiva la tensión entre diferentes doctrinas propiamente dicho es el fenómeno de la modernidad y su agotamiento actual. La modernidad es una etapa histórica donde se renovaron varias ideas políticas, sociales, económicas y tecnológicas;<sup>60</sup> por su parte la modernidad dio surgimiento a fenómenos complejos como el capitalismo, lo cual llevo a la propia superación de la modernidad y de sus características principales.<sup>61</sup> Lo importante, es que en este agotamiento moderno surgen tensiones entre dos grandes fuerzas opuestas y esquematizadas por ejemplo por Santos Boaventura en dos grandes bloques: la regulación y la emancipación.<sup>62</sup>

La regulación conlleva tres pilares, que corresponden al aumento del poder estatal arbitrario, el aumento del poder del mercado y su lógica sobre la sociedad, y el aumento de la comunidad frente al desarrollo individual autónomo.

Por su parte, las emancipaciones se inscriben en tres pilares racionales; la racionalidad estético-expresiva, que aglutina el arte y las formas de expresión; la racionalidad cognitiva-científica, que implica el desarrollo tecnológico y abandono de dogmas supersticiosos y religiosos; y la racionalidad moral-jurídica-práctica, que incluye exigencias éticas de convivencia humana con miras a volverse norma positiva.

Para sintetizar se presenta el siguiente cuadro comparativo y esquemático

Regulación	contenido	Emancipación	contenido
------------	-----------	--------------	-----------

<sup>59</sup> Cfr. Santos, Boaventura de Sousa, "Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho" en *Colección en clave de Sur*, Bogotá, 2009, pp. 35-224.

<sup>60</sup> Se ha observado el inicio de la modernidad en los siglos XVI-XVIII, así como el surgimiento del capitalismo en el siglo XVIII con la Revolución Industrial. Todas las luchas sociales actuales no se pueden entender sin este fenómeno.

<sup>61</sup> Muchos autores han tratado de definir este agotamiento como "modernidad líquida, posmodernidad, hipermodernidad" y demás términos.

<sup>62</sup> Cfr. Santos, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, p. 38.

Pilar Estado	Aumento del control político de enemigos y represión	Razón estética	Desarrollo creativo de la persona
Pilar Mercado	Desarrollo del autointerés y mercantilización de la vida	Razón científica	Aumento de conocimiento y destrucción de valores supersticiosos y arcaicos, así como la aplicación tecnológica
Pilar Comunidad	Fortalecimiento de la colectividad y opresión de las diferencias entre individuos	Razón Jurídica	Juridificación de exigencias éticas y desarrollo de los derechos humanos

Cuadro 2. Dilemas doctrinales. Elaboración propia.

En suma, la regulación oprime y la emancipación libera, el apoyo a la regulación no siempre es arbitrario, pero se pueden analizar varios puntos de poder e influencia con el esquema de Santos Boaventura. La regulación y emancipación siempre están en lucha y conllevan muchos matices, grados y diferentes ideologías dentro de estos dos, también convergencias y similitudes. Estando en constante tensión estas dos visiones también tienen su visión e influencia en el campo jurídico de los derechos fundamentales.

### 1.2.1. Dilema desde la regulación

La regulación tiene como fin aumentar la autoridad de Estado de forma arbitraria e unilateral, así como transformarlo en un absoluto. En este punto, se precisa que toda doctrina de regulación tiene más o menos relación con el antiguo régimen antes de la modernidad o de las revoluciones liberales, en este sentido, niegan o tienden a negar, menospreciar, desdeñar o reducir los derechos humanos y por ende los fundamentales, a través de varias corrientes e ideologías jurídicas diferentes como el funcionalismo jurídico.

Para el funcionalismo jurídico uno se es persona siempre cuando cumpla las exigencias y roles impuestos socialmente,<sup>63</sup> en esta visión los derechos

<sup>63</sup> Cfr. Obregón Salinas, Gonzalo Levi y Padilla Sanabria, Xóchitl Lizbeth, op. cit., p. 65.



fundamentales son positivos y no cuentan con mayor valor axiológico que el constructor social asignado. Tal como lo menciona Günther Jakobs.<sup>64</sup>

La vigorosa sentencia según la cual al menos hoy todos deben ser tratados como personas en Derecho, por lo tanto, como ya sabe suponer en este punto, necesita de una adición; siempre que aquellos “todos” cumplan a su vez con sus deberes, o, en el caso contrario siempre que se los tenga controlados, es decir, que no puedan ser peligrosos.

Es entonces, que para el funcionalismo se es persona y no persona dependiendo de la obediencia a las normas positivas. A pesar de esta afirmación, el funcionalismo con su figura teoría más importante “El Derecho Penal del Enemigo” no niega los derechos humanos y fundamentales, es más, observa como requisito indispensable para su funcionamiento, para la defensa del Estado de Derecho y de los derechos fundamentales de la mayoría deben reducirse las garantías de los mismos en algunos casos, y en este caso, en materia penal<sup>65</sup>

La doctrina del funcionalismo jurídico es una clara ampliación al poder estatal. Los derechos humanos y fundamentales son criticados por tener un exceso de libertad y se niegan o reducen de forma general desde la norma penal, no desde un método de interpretación o caso concreto, sino persiguiendo una finalidad estatal.

### **1.2.2. Dilema desde la emancipación**

Los derechos humanos y fundamentales son progresivos, como dicha característica implica una protección y evolución teórica cada vez más amplia, existen visiones que critican su parte positivista o posiciones radicales que los han observado como un discurso eurocéntrico, falsamente universalista y absolutista<sup>66</sup>

---

<sup>64</sup> Jakob, Günther *et. al.*, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores editor, 2013, p. 7.

<sup>65</sup> *Cfr.* Polaino-Orts, Miguel, *El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho*, México, Flores editor, 2013, pp. 430-431.

<sup>66</sup> *Cfr.* Santos, Boaventura de Sousa y Sena Martins, Bruno (eds.) *El pluriverso de los derechos humanos la diversidad de las luchas por la dignidad*, México, Akal, 2019, p. 13.

En este orden de ideas, existen diversos discursos de derechos humanos y también cambia su trato con los derechos fundamentales, la mayoría pugnan porque el único derecho fundamental esencial es que se reconozcan todos los derechos humanos necesarios para la justicia social, así lo menciona un autor representante de estas visiones como Óscar Correas: el principal derecho de todos-todos-los humanos del planeta, es el derecho a la vida buena...la humanidad ha llegado a un grado de desarrollo que permitiría la vida buena para todos. Pero el desarrollo social, esto es, las relaciones sociales, impiden el goce de la vida buena para todos. De allí que el segundo derecho humano es el derecho al cambio social.<sup>67</sup>

En este sentido, existen diferentes puntos de vista sobre los derechos humanos dependiendo de su grado de “emancipación” o “progresividad” teniendo al feminismo que aboga por los derechos de la mujer, al indigenismo que aboga por el pluralismo jurídico y garantías de no intervención estatal, el ecologismo que aboga por la evolución de la protección al medio ambiente, y el transhumanismo que aboga por derechos humanos tecnológicos, digitales e incluso de seres no humanos.

Se puede entonces afirmar, que a diferencia de la regulación la emancipación observa que los derechos humanos y fundamentales no son suficientes y les falta progreso, es por ello que se observa desde la emancipación que el estancamiento en dichas demandas éticas es a causa del capitalismo, globalización y conservadurismo.<sup>68</sup>

### **1.2.3. Arbitrariedad motivada por dilemas**

La tensión entre las diferentes visiones de derechos humanos y fundamentales, es decir, la regulación y emancipación implica la visibilización de conflictos entre las doctrinas de derechos humanos, conflictos que sin injerencia jurídica, sino política influyen en la decisión judicial la cual a su vez tiene una gama de derechos fundamentales constitucionales que debe proteger, pero sucede, que muchas veces dichas normas colisionan como se detallara más adelante.

---

<sup>67</sup>Correas, Óscar, *op. cit.*, p. 9.

<sup>68</sup> Cfr. *Ibidem*, pp. 150-156.

La discrepancia entre la regulación y emancipación trae un balance social y se irán superando sus diferencias de forma dialéctica, sin embargo, el desequilibrio trae opresión o violencia, ingobernabilidad, entre otras cosas.<sup>69</sup> Si solo se toma una perspectiva ignorando la otra (entre regulación y emancipación) se tiene riesgo de entrar a un absolutismo doctrinal y lo que implique en ámbitos políticos, económicos y sociales.<sup>70</sup> Este riesgo puede traer un autoritarismo y desprotección sistemática de derechos fundamentales, el derecho debe regular la forma en resolver estos dilemas desde la norma y su aplicación para evitar estos excesos que conlleva un solo discurso de derechos humanos y fundamentales hegemónico.

### **1.3. La relativización jurídica de derechos humanos y fundamentales**

Una de las formas de aplicación del derecho desde la perspectiva pragmática y de servidumbre a intereses parciales es la suspensión y relativización. La suspensión de derechos es general y se asemeja a un Estado de excepción, donde se deja de aplicar algunos preceptos jurídicos e incluso garantías, es una derogación temporal de la norma<sup>71</sup>

La relativización como fenómeno jurídico atiende a una forma de suavizar, reducir, o limitar los efectos o eficacia de alguna norma por alguna necesidad técnica. La necesidad técnica para aplicar la relativización puede atender una resolución judicial, una ponderación, una reforma legislativa o la solución a un problema dogmático.

Los derechos fundamentales, gracias a sus especiales características, la relativización o reducción de los mismos es un tema polémico, difícil, complejo. Toda vez que los derechos humanos y fundamentales son interdependientes, progresivos, universales e indivisibles; y una reducción y/o limitación implica una violación de los mismos, y en efecto, los derechos humanos por sus características universales no se pueden reducir ni limitar. Sin embargo, los derechos humanos y

---

<sup>69</sup> Cfr. Santos, Boaventura de Sousa, *op. cit.*, pp. 35-224

<sup>70</sup> Cfr. Meza Silva, Juan N., y García Silva, Fernando, *op. cit.*, pp. 460-486.

<sup>71</sup> Cfr. Moller Pelayo, Carlos María, "La suspensión de garantías en la constitución de 1917 ayer y hoy: lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato" en Esquivel, Gerardo (coord.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo 2: Estudios jurídicas, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. 331.

fundamentales no son absolutos, y esto por dos razones: una por su aplicación gradual y por otro lado porque tienen como límites otros derechos fundamentales.

En este orden de ideas, es donde cobra la importancia de relativización como forma legítima de concretar los derechos fundamentales y resolver la pugna entre ellos.

### **1.3.1. La relativización como concepto científico**

Como lo hemos mencionado anteriormente, la ciencia jurídica se auxilia de principios científicos y estos cobran importancia en conceptos como los derechos fundamentales, pues estos explican realidades sociales.<sup>72</sup> La física cuántica por su parte, nos dice que no importa la completitud de las observaciones del tiempo y de los objetos, en su presente, en su pasado y en su futuro, los fenómenos nunca son hechos absolutos y solo son en posibilidades y alternativas.<sup>73</sup>

La idea anterior, presupone la incertidumbre de las infinitas posibilidades, la teoría de la incertidumbre de Heisenberg cobra importancia en este sentido, el científico alemán afirma que es imposible determinar con exactitud la posición de una partícula y su impulso, la indeterminación es una característica objetiva de la realidad.<sup>74</sup>

En este tenor, la relatividad es la forma de reducir la incertidumbre real, situando y concretando una realidad específica, adecuándola al tiempo y espacio en concreto, es decir, dotándole de otras características que suplanten la infinitud de características en la incertidumbre, y haciéndolas fáciles de observar.

La relativización se define como el proceso de reducción de la complejidad de la incertidumbre, en este tenor Albert Einstein menciona La aplicación y validez de toda norma es relativa, todo depende del observador.<sup>75</sup> En este sentido, la relativización es concretar una situación limitándola, conceptualizándola,

---

<sup>72</sup> El relativismo punitivo del enemigo para el combate a la corrupción, Lizbeth Xöchitl Padilla Sanabria, disponible en:

<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15450/16461>

<sup>73</sup> *Ídem.*

<sup>74</sup> Relación de Incertidumbre en Heisenberg, disponible en: <https://www.filosofia.org/enc/ros/re22.htm>

<sup>75</sup> El relativismo punitivo del enemigo para el combate a la corrupción, *op. cit.*

definiéndola, otorgándole un punto de vista específico con el fin de reducir la infinitud de posibilidades e incertidumbre así como su carácter absoluto.

#### **1.3.1.1. La relativización jurídica**

El relativismo jurídico se refiere a la aplicación de una relativización conforme a los derechos esto implica, que las disciplinas jurídicas tomaran el discurso o comunicación que consideren necesario para un fin,<sup>76</sup> ya sea este afin a la justicia y derechos humanos o por su parte a intereses privados. Por ejemplo, la doctrinaria Lizbeth Padilla Sanabria nos menciona como ejemplo de relativismo aplicado al derecho penal sancionador que:

La operatividad del relativismo punitivo en el sentido de que la aplicación de las diversas disciplinas jurídicas se convierte en una incertidumbre, pues sería inexacto determinar que en todos los casos en concreto se debiera sancionar en un solo sentido y mediante una única disciplina jurídica. Por tanto, la incertidumbre en la aplicación de las múltiples disciplinas que conforman al relativismo punitivo depende de la persona hacia quien se dirige, las personas que imparten justicia y el momento histórico de que se trate.<sup>77</sup>

En este sentido, nos menciona que el relativismo al tener el poder de reducir la incertidumbre, en el caso del derecho penal y punitivo elige la que convenga al juzgador y depende hacia que personas va dirigido, esto nos muestra como el relativismo no persigue una causa justa sin una regulación, sino que justifica cualquier sanción o aplicación del derecho, interpretación y pragmatismo, es decir, todo es relativo si no se regula de forma adecuada.

En el ejemplo antes citado, el relativismo está en función de la persona perseguida y los intereses del juzgador, pero puede ser que obedezca intereses privados, de mercado, de Estado y de comunidad sin presuponer que persiga

---

<sup>76</sup> Cfr. El relativismo punitivo del enemigo para el combate a la corrupción, *op. cit.*

<sup>77</sup> Ídem.

finde de progreso de la dignidad. Esto se observa en la relativización que se lleva a cabo actualmente en el ordenamiento jurídico de forma arbitraria.

### **1.3.1.2. Formas de relativización jurídica de los derechos humanos y fundamentales**

En suma, existen tres formas de relativizar derechos humanos y fundamentales, vía decisión judicial como ahora esa conformada sin ningún límite, por vía legislación omitiendo el reconocimiento de algún derecho humano o reconociéndolo son alcances limitados y por suspensión de garantías contempladas en la doctrina<sup>78</sup> y en la Constitución.<sup>79</sup>

La relativización de los derechos fundamentales que se da a través de la decisión judicial o como se le conoce en la doctrina la *judicial review*,<sup>80</sup> está facultad

---

<sup>78</sup> Al respecto, véase Excepción, derecho y decisión en Carl Schmitt, disponible en: [/http://www.scielo.org.mx/pdf/argu/v19n52/v19n52a7.pdf](http://www.scielo.org.mx/pdf/argu/v19n52/v19n52a7.pdf)

<sup>79</sup> En el sistema jurídico mexicano la suspensión de garantías se da en función del artículo 29 constitucional el cual menciona: Artículo 29. 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. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos. La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación. Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión. Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez.

<sup>80</sup> En español "revisión judicial" se refiere a la capacidad del Poder Judicial de revisar la constitucionalidad y por ende aplicación de un precepto legal sin necesidad de tomar en cuenta a otros poderes del Estado.

o acción del juzgador para producir una norma individual denominada sentencia tiene muchas críticas alrededor, pues se considera que el juzgador no tiene las capacidades humanas, científicas ni éticas suficientes para decidir la justicia en la medida de lo posible, al contrario como afirmaba Ronald Dworkin con el concepto del Juez Hercules que tiene toda la capacidad para decidir sobre lo justo e injusto.

81

En efecto, el juzgador tiene mucho margen de error y de discreción para delimitar derechos humanos y fundamentales, sin necesidad de justificar su decisión más que por argumentación que como se señalara en el capítulo tercero de la presente tesis, deja mucho que desear en cuestiones de objetividad o ética,<sup>82</sup> sin embargo, lo cierto es que toda decisión judicial presupone la relativización de los derechos fundamentales, pues estos no pueden aplicarse de forma absoluta pues esto generaría una infinitud de incertidumbres que colapsarían el concepto mismo de derechos humanos, la seguridad jurídica y la operatividad misma de la justicia estatal.

En este orden de ideas, la restricción debido a una mala técnica legislativa, es decir sin observar las obligaciones que impone el artículo 1ro constitucional junto con el 133 constitucional se consideraría una relativización de forma arbitraria y antidemocrática, no solo por no ceñirse a los procedimientos y artículos sustantivos constitucionales, <sup>83</sup>sino por presuponer estos intereses particulares sobre la soberanía nacional.

La restricción dada mediante la propia constitución se consideraría válida, dejando el derecho de impugnar violaciones de cualquier ciudadano, donde de forma cíclica se regresa a la decisión judicial como herramienta central de la protección de los derechos humanos y fundamentales. Por ello la decisión judicial es un concepto central de la relativización de derechos humanos y fundamentales, (así como el instrumento idóneo para relativizarlos) es inevitable su relativización,

---

<sup>81</sup> Cfr. Gama, Leopoldo, *op. cit.*, pp. 24-25.

<sup>82</sup> Cfr. Gama, Leopoldo, *op. cit.* pp. 114-115.

<sup>83</sup> *Ibidem*, p. 153.

pero es perfectible volviéndola válida mediante un procedimiento instaurado desde la ley, decidió por el constituyente.

En suma, toda relativización jurídica de derechos humanos y fundamentales consiste en la reducción de su carácter absoluto y universal situándose en un caso concreto y específico delimitando sus efectos en torno al contexto que rodea al asunto de los materiales legales, el tiempo y la técnica del juzgador. En este sentido, el papel de la técnica del juzgador busca reducir el nivel de arbitrariedad contenido en dicha relativización, esto es elevar el nivel de objetividad del punto de vista de la decisión judicial, es decir, validar la relativización.

### **1.3.1.3. La decisión Judicial y Derechos Fundamentales**

Para poder hablar de relativización de forma concreta debemos determinar el concepto de decisión judicial, ya que es la forma de relativizar los derechos abstractos en concretos por excelencia, lo anterior conlleva un alto grado de indeterminación y a su vez de subordinación puesto que el juez siempre se apega los límites constitucionales.<sup>84</sup> Lo anterior nos da entender la importancia central de la decisión judicial. La decisión judicial es la forma de ultima ratio y decisión política más tradicional en el sentido habermasiano, es decir, alguien que determinara el sentido de una norma al final, como en el Estado mexicano, y en la mayoría de Estados es el poder judicial.

### **1.3.1.4. La autonomía judicial**

Las decisiones sensibles o insensibles a las preferencias democráticas y de impacto en el sustantivismo son vitales para establecer una autonomía judicial o discrecionalidad dentro de la decisión judicial, lo anterior, para determinar bien los límites tanto del poder judicial como de las mayorías. En palabras de Dworkin las decisiones insensibles a las preferencias no se miden cualitativamente, en suma, no importa cuántas personas determinen su simpatía por A o B, lo esencial en estas

---

<sup>84</sup> Gascón Abellan, Marina et. al., *Argumentación Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014, p. 286.



decisiones es salvaguardar la esencia constitucional.<sup>85</sup> Estas son las decisiones que deben investirse dentro de la autonomía judicial.

Cuestiones insensibles a las preferencias como las determinadas por la dignidad humana y sus valores son las que deben salvaguardarse por el juez. No obstante lo anterior no garantiza la plena efectividad de protección ni de abusos por parte de la politización de los jueces, es por ende que se necesitan reglas conjuntas de interpretación entre los tres poderes.

### 1.3.2. Técnica y ciencia jurídica

Las discusiones jurídicas sobre la naturaleza del derecho son basta, nos interesan las conceptualizaciones y definiciones del derecho y técnica, ya que una vez definidas las entrelazaremos. Las primeras definiciones del derecho van relacionadas con el iusnaturalismo y los derechos naturales y de una cosmovisión religiosa, es decir explicaban el funcionamiento de la conducta por mandato divino e innato,<sup>86</sup> como por ejemplo la clásica definición de Ulpiano “*la justicia es la constante y perpetua voluntad de dar a cada uno su propio derecho*”<sup>87</sup>, teniendo en cuenta que para Ulpiano el vocablo “derecho” es *directus*, es decir, recto, igual sin torcerse,<sup>88</sup> esto de una manera filosófica espiritual de la virtud de cada quien.<sup>89</sup> En este punto no existía la relación de la técnica y el derecho, pues todo el conocimiento, incluyendo el social estuvo contenido y concentrado con las elites pastorales, religiosas y no seculares.<sup>90</sup>

El cambio de esta concepción del derecho y del conocimiento en general, fue un giro hacia el humanismo, históricamente, celebre y entrado el siglo XVIII, nos referimos al movimiento de la ilustración y las consecuencias del antropocentrismo,

---

<sup>85</sup> *Ibidem*, p. 288.

<sup>86</sup> Al respecto, véase Cariola, Agatino “El Derecho Natural y la Historia. La afirmación de la libertad de conciencia en el Estado Democrático”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), México, núm. 116, abril-junio, 2002, pp. 107-143.

<sup>87</sup> Cfr. Shiovone, Aldo, *Ius la invención del Derecho en Occidente*, trad. Germán Prósperi, Buenos Aires, Ed. Ariana Hidalgo, 2009, p. 477.

<sup>88</sup> Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualización 2018, disponible en: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=hIh6tqjTwDXX2HZmVhhU>.

<sup>89</sup> Cfr. Rodríguez Ruiz, Virgilio, “Santo Tomás de Aquino en la Filosofía del Derecho”, en *En-Claves del Pensamiento*, México, año X, núm. 19, enero-junio, 2016, pp. 13-40.

<sup>90</sup> Cfr. Cariola, Agatino, *op. cit.*, p.122.

lo anterior trajo consigo que apareciera una sistematización de todo el conocimiento humano.<sup>91</sup> Esta forma de ver el conocimiento se puede definir como conjunto de saber científico que supone un sistema de saberes, ciertos y probables, respecto de un determinado sector de objetos de la realidad universal, a los que es posible acceder a través de una adecuada fundamentación metodológica<sup>92</sup>. En otras palabras, el saber científico, no es otra cosa que un sistema de decisiones metodológicas, en el que se insertan datos en la realidad.<sup>93</sup>

Esta concepción del derecho se extendió a través de escuelas académicas y con la secularización de las instituciones, así como la separación de la iglesia y el estado. El paso del derecho natural al derecho científico tiene relación con la aparición del positivismo, una doctrina científica y sociológica que sostiene que el método científico de observación, experimentación y comprobación es el único capaz de ser verdadero, y que, a fin de superar toda forma de especulación, toda realidad humana debe ser comprendida y comprobada científicamente.<sup>94</sup>

A raíz del nuevo paradigma ilustrado positivista, el derecho unificó su concepto y es visto como un sistema científico social, separado de por la separación estricta del derecho de la ética, moral y religión, y en la independencia de toda consideración valorativa, limita al derecho a un análisis de las interrelaciones lógicas de las normas jurídicas, reduciéndose así a las normas jurídicas.<sup>95</sup>

Uno de los mayores exponentes de esta corriente de iuspositivismo, es el jurista alemán Hans Kelsen que define al derecho como un sistema social (científico) que tiene por objeto de estudio a la norma jurídica.<sup>96</sup> Aquí es donde ya podemos

---

<sup>91</sup> Cfr. *Ibidem*, p.112.

<sup>92</sup> Álvarez Gardiol, Ariel, *Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico*, Buenos Aires, Textos Jurídicos, 1975, p.3.

<sup>93</sup> Cfr. Guinbourg, Ricardo, "El sexo de los ángeles, el constructivismo en las ciencias sociales", en *Abeledo Perrot, Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 67, 2003, p. 97.

<sup>94</sup> Cfr. González, Alberto Matías y Hernández Alegria, "Positivismo Dialéctica materialista y fenomenología: tres enfoques filosóficos del método científico y la investigación educativa" en *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, vol. 14, núm. 3, septiembre-diciembre, 2014, pp. 1-20.

<sup>95</sup> Cfr. Mabel García, Silvana, "El Derecho como ciencia", en *Invenio*, Argentina, vol. 14, núm. 26, junio, 2011, pp. 12-38.

<sup>96</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2a. ed., 1982, p. 95.

observar que el positivismo jurídico observa a la norma como un dispositivo tecnológico social, es decir, la norma se produce con un grado de técnica, siendo un instrumento y de forma general una técnica social de control de la conducta humana.<sup>97</sup>

Un teórico del derecho que comparte esta visión moderna del sistema jurídico es García Máynez, el cual menciona que: el derecho es un conjunto de normas, preceptos imperativo-atributivos, es decir, de reglas, que, además de imponer deberes, le conceden facultades <sup>98</sup>, desde esta visión, el Derecho no es más que el aglomerado de normas jurídicas, lo cual pone en manifiesto el carácter técnico del derecho contemporáneo, al ser la norma un dispositivo formado por la técnica.

La palabra técnica deviene del latín *technicus*, y este, a su vez, del griego *technikos*, del término *techne* cuyo significado es “arte”.<sup>99</sup> Es decir, es lo perteneciente a las aplicaciones de las ciencias y las artes. En este sentido, y tomando en cuenta que el derecho es una ciencia social<sup>100</sup> que necesita de la técnica, es válido desprender que la norma se compone por enunciados y es una forma de expresión del lenguaje, de ahí su carácter técnico.

Una concepción semántica de las normas es la que son el contenido de enunciados que expresan lo que es obligatorio, prohibido o permitido, es decir que en su descripción tienen un hecho o presupuesto, una hipótesis, y una consecuencia respecto de esta hipótesis o conducta.<sup>101</sup> La norma se compone principalmente de un enunciado en un lenguaje determinado.

La enunciación no es más que la referencia a un objeto fabricado, esto es cuando el sujeto hablante se inserta en un objeto abstracto de manera permanente

---

<sup>97</sup> Cfr. Bunge, Mario, “El Derecho como técnica social de control y reforma” en *Isonomía*, Perú, núm. 13, octubre, 2000, pp. 121-137.

<sup>98</sup> García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*, México, 23a. ed., Porrúa, 1974, p. 37.

<sup>99</sup> Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualización 2018, consultado el 06-08-19 en línea: <https://dle.rae.es/?id=ZlkyMDs>.

<sup>100</sup> Cfr. Witker, Jorge, “Las Ciencias Sociales y el derecho” en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, México, vol. 48, núm. 142, ene-abr, 2015, pp. 340-358.

<sup>101</sup> Cfr. Sieckmann, Jan, “La Norma Jurídica” en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (coord.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. II, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013, p. 896.

y al mismo tiempo inserta al otro por medio de un proceso discursivo, es decir un proceso de comunicación.<sup>102</sup> La comunicación es una técnica para expresar las necesidades, deseos, intenciones y objetos abstractos a la realidad, es decir un acercamiento de posturas perceptivas.<sup>103</sup>

No obstante, tendremos que aclarar de manera profunda y precisa la ubicación de la técnica legislativa y el derecho para comprender el enfoque formal y empírico de esta obra dentro de una rama específica del derecho como lo es el derecho parlamentario, al estudiar y determinar la organización y funcionamiento del parlamento,<sup>104</sup> es necesario que se aplique cierta técnica correcta y eficiente, en todas las funciones parlamentarias: legislar, debatir, redacción de leyes y, por supuesto, la intercomunicación y negociación política y democrática.

Así, que en el siguiente apartado ahondaremos en el carácter del derecho como ciencia social y como técnica.

Tendremos que distinguir que incluso dentro de la tradición positivista de las normas, existe un carácter empírico de estudiar los fenómenos, relaciones, conductas que impactan en el mundo del hecho y del acontecimiento.<sup>105</sup> Esta interrelación va encaminada sobre la teoría de los mundos del ser y deber ser:

- a. El mundo del ser. Es todo aquello que acontece en la realidad sensitiva y palpable a través de una objetivación física., ósea los fenómenos que se concretizan en la naturalidad y realidad, como tal, solo es perceptible a través de una interpretación intelectual de dichos fenómenos, si a través de un método se puede estudiar y lograr un patrón entre los hechos y supuestos, se puede formular una ley natural o científica que determine la secuencia, causas y efectos de estos hechos; y

---

<sup>102</sup> Cfr. Yáñez, Adolfo, "El enunciado y el contexto enunciativo: hacia la pragmática", en *Comunicación*, Costa Rica, año 11, núm. 002, enero-junio, 2000, pp. 1-18.

<sup>103</sup> Cfr. Brønstrup, Celsi y Godoi, Elena, "Comunicación, lenguaje y comunicación organizacional", en *Signo y Pensamiento*, Colombia, vol. XXVI, núm. 51, julio-diciembre, 2007, pp. 26-37.

<sup>104</sup> Cfr. Cervantes Gómez, Juan Carlos, *Derecho Parlamentario*, 1a. ed., México, Serie Roja, 2012, p.11.

<sup>105</sup> Cfr. Mabel García, Silvana, *op. cit.*, p. 17.

b. El mundo del deber ser. Es todo aquello creado por el hombre en su abstracción mental para conceptualizar, nombrar, explicar o crear distinciones en su campo de actuación, las reglas y normas que aquí se crean y ejecutan son de carácter artificial y fácticas, están en constante cambio y solo rigen el comportamiento voluntario del ser.<sup>106</sup>

Bajo estas dos concepciones, tradicionalmente se afirma que el derecho pertenece puramente al mundo del deber ser,<sup>107</sup> el derecho puede actuar en una u otra bajo los supuestos de hecho jurídico y acto jurídico. El hecho jurídico es un acontecimiento en el mundo del ser, que trae consigo consecuencias formales jurídicas, como puede ser la muerte de una persona que desencadena derechos sucesorios, y un ejemplo del acto jurídico es la celebración de un contrato donde se quieren las consecuencias jurídicas y se contraen de forma voluntaria.<sup>108</sup>

En este orden de ideas, la ciencia del derecho tiene parte de ciencias causales basadas en la experiencia, de otro lado la lógica y la matemática como doctrina de las formas puras de los cuerpos y de los números.<sup>109</sup>

Según la concepción positivista, lo único que es accesible al conocimiento científico, prescindiendo de la lógica y la matemática, son los hechos perceptibles junto con la "legalidad", corroborable experimentalmente, que en ellos se manifiesta. En este planteamiento aparece decisivo el modelo de las ciencias naturales "exactas". En esto el positivismo es "naturalismo". Por tal motivo, la Ciencia del Derecho ha de ser elevada a una "ciencia verdadera" fundamentándola, lo mismo que la ciencia natural, sobre hechos indubitables.<sup>110</sup>

Pero incluso, estos hechos indubitables, pueden llegar a ser hechos originados en el mundo del deber ser, es decir, los hechos creados artificialmente pueden ser tratados como hechos naturales con rango de fuerza, y en especial en

---

<sup>106</sup> Cfr. Vidal Castillo, Abril, "Ser y Deber ser del Derecho en las concepciones del ser y del valor de la Persona Humana", España, en *Dianet*, 1967, pp. 120-148.

<sup>107</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 120.

<sup>108</sup> Cfr. Cariota, Ferrera, *El Negocio Jurídico*, Madrid, Aguilar, 1956, p. 3.

<sup>109</sup> Cfr. Mabel García, Silvana, *op. cit.*, p. 18.

<sup>110</sup> Cfr. *Ídem*.

las ciencias jurídicas, esto es importante, puesto que las normas tienden a crear realidades a través del lenguaje.<sup>111</sup>

Otro enfoque que tiene el derecho respecto a la norma es si se analiza desde el punto de vista de las normas que regulan la conducta, o las conductas a las que se aplica la norma, esto es conocido como estática y dinámica del derecho respectivamente.<sup>112</sup> La estática jurídica, estudia al conjunto de normas positivizado con sus características, su lógica interna, su técnica contenida y su validez; por otro lado; la dinámica jurídica se encarga de observar a las normas en movimiento, esto es su aplicación, producción, fines perseguidos, y su efectividad y eficacia.<sup>113</sup>

Aunque parezca que el derecho como técnica solo se circunscribe a la estática jurídica, lo cierto es que hay múltiples técnicas dentro de los procesos de producción de normas y aunque no se ven reflejadas en el producto final, lo cierto es que también suponen el manejo de técnicas, lo anterior, a causa de que el derecho regula su propia producción.<sup>114</sup>

Entonces entendemos a la ciencia del derecho, con un carácter dual, tanto formal, como empírico, donde el carácter formal y lógico tiende a explicar y crear reglas de sus normas y funcionamiento, y el carácter empírico explicar los distintos acontecimientos y consecuencias de los hechos jurídicos.

En este orden de ideas, el derecho en sus orígenes tenía una carga filosófica y ética palpable, sin establecer un sistema jerarquizado y organizado, posteriormente fue clasificado como una ciencia lógica y esto conllevó a observar cierta técnica para su producción, aplicación y observación, sin embargo al aplicarse en el campo social, tuvo un carácter dinámico, es por ello que el jurista Miguel Reale menciona la concepción del derecho como una unidad, compuesta de tres aspectos, es decir un ser ontológico tridimensional:<sup>115</sup>

---

<sup>111</sup> Cfr. Sánchez Sandoval, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, p. 45.

<sup>112</sup> Cfr. Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 83.

<sup>113</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 84.

<sup>114</sup> Cfr. *Ídem*.

<sup>115</sup> Cfr. Reale, Miguel, *op. cit.*, p. 89.

- 1) Elemento del valor o axiológico: es la característica que une al derecho y la moral, todos los valores éticos, con raíces naturalistas, que actúan bajo el derecho como una filosofía de vida, una búsqueda de la virtud y mejoramiento de la ética personal de cada hombre, relacionada con la idea de justicia.<sup>116</sup>
- 2) Elemento del hecho o sociológico: es la visión del derecho como hecho de impacto social, este elemento requiere atender la realidad social, aunque se ha identificado como *iusrealismo*, lo cierto es que es el componente dinámico del derecho, y considera que es parte fundamental que el derecho actúe de forma eficaz sobre las exigencias de la sociedad actual.<sup>117</sup>
- 3) Elemento de la forma o lógico: son todos los elementos derivados del positivismo, es decir, los componentes del derecho como una ciencia social, con su metodología, objetiva, lógica y formal, en este elemento es donde el derecho es altamente técnico, y en las sociedades actuales es el componente esencial para producir una norma jurídica.<sup>118</sup>

El esquema de la anterior visión del derecho puede tener tres intersecciones entre los distintos elementos, toda vez, que los elementos lógicos, sociológicos y axiológicos pueden interactuar sin constituir un derecho ontológico, inclusive sin estar positivizado, las intersecciones secundarias son las siguientes:

- 1) Elemento lógico-axiológico: aquí subyacen las normas con carácter ético y moral, las cuales se justifican no por la instauración o aceptación social, sino por el valor de su validez tras un examen de lógica, en este sentido, es la ética en su forma de disciplina;
- 2) Elemento lógico-sociológico: se refiere a las normas que constituyen “normas de juego”, es decir, reglas instructivas que fundamentan una relación social bajo un régimen de lógica, como, por ejemplo, normas de etiqueta, normas de lenguaje, normas de gramática y redacción, es decir

---

<sup>116</sup> Cfr. Reale, Miguel, *op. cit.*, p. 64.

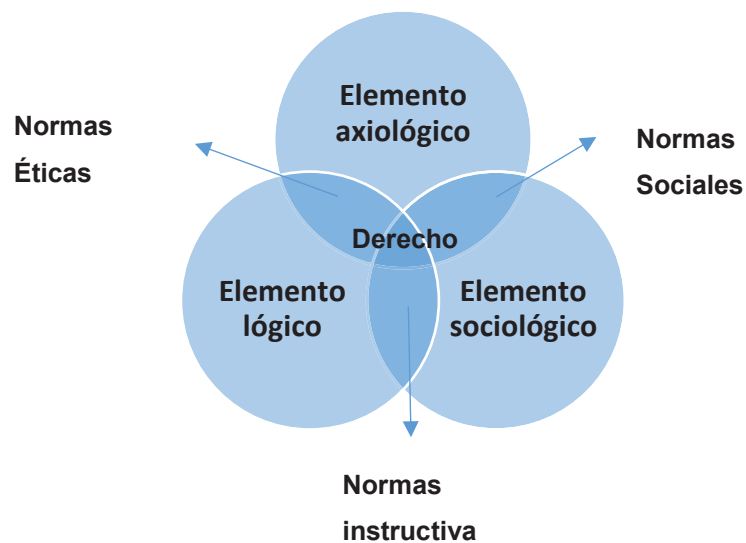
<sup>117</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 25.

<sup>118</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 32.

las que utiliza la sociedad sin un carácter axiológico ni jurídico, pero si cargadas de técnica.

- 3) Elemento axiológico-sociológico: son las normas que regulan el comportamiento en sociedad, las normas sociales, que carecen de coacción. Pero que fundan su validez en convencionalismos sociales.

Se tiene así una visión integral de lo que es el derecho, para esquematizarlo se observara el siguiente esquema, donde se ubica el derecho con sus componentes o aristas.



Cuadro 3. Tríada del derecho. Elaboración propia.

Es importante señalar, que estas tres aristas forman al derecho de forma completa e integral, y que aunque haya existido conflicto entre los positivistas y naturalistas del derecho, también de nada importa imponer una visión universal de cualquiera de las dos opciones si no se atienden las necesidades sociales por medio de la norma, como también lo es enarbolar solo los textos jurídicos desapegándose de la realidad o erosionando los valores sociales de cualquier comunidad, por ello esta visión otorga los componentes necesarios para identificar al derecho como una



disciplina pluriformativa y que tiene varios orígenes y visiones a través de la historia.<sup>119</sup>

Para ejemplificar lo anterior, mencionaremos que el derecho *iuspositivista* tuvo un gran auge en el siglo XX, a contrario del naturalismo que predominaba en la escolástica medieval, y que a raíz de los procesos de globalización de la última mitad del siglo XX y que se acentuaron en mayor medida en el siglo XXI, se produjeron nuevas formas de mirar el derecho que trae consigo elementos tanto positivistas como naturalistas, como por ejemplo la visión de los derechos humanos y fundamentales, que recoge elementos naturalistas pero siempre bajo el orden normativo positivo, o la visibilización del pluralismo jurídico, que supone un relajamiento a la norma escrita frente las costumbres de los pueblos y que es palpable en la situación de los derechos de los pueblos originarios o en el derecho de gentes en el derecho internacional.<sup>120</sup>

Aunque en la creación de normas y la aplicación de la técnica jurídica, cobra mayor importancia la lógica del sistema normativo y el carácter positivo, también es cierto que una norma que deja observar el plano axiológico y sociológico es poco eficaz y obsoleta, como también que para la creación de una norma existen etapas para atender dichas aristas. La ciencia del derecho también puede verse como técnica en general aun tratándose de asuntos ajenos al positivismo jurídico, metodología del derecho, filosofía del derecho o incluso hasta en la sociología del derecho, donde se plantea al derecho como una ciencia eminentemente social.<sup>121</sup>

### **1.3.3. Derecho como técnica y argumentación Jurídica**

El derecho y cualquier ciencia a partir de la visión humanista contemporánea, puede ser tratada como una técnica, ya sea para “mejora del mundo” o *Weltverbesserun* o bien, para la “mejora de uno mismo” *Selbstverbesserung* estas formas, operan como técnicas políticas y técnicas de cuidado de sí, pero ambas tienen el mismo

---

<sup>119</sup> Cfr. Reale, Miguel, *op. cit.*, p. 28.

<sup>120</sup> Al respecto, véase Méndez Díeguez, Yurisander, “El Derecho y su correlación con los cambios de la sociedad” en *Derecho y Cambio social*, Perú, año 8, núm. 23, 2011, pp. 1-28.

<sup>121</sup> Cfr. Giuliani, Alessandro, “¿Ciencia o Técnica del Derecho?” en *Dialnet*, Italia, 1955, pp. 245-280.

fin: explicar cómo los hombres se gobiernan unos a otros y a sí mismos.<sup>122</sup> Un trabajo sociológico, filosófico y científico que comenzó con Friedrich Nietzsche<sup>123</sup>, continuo con Michel Foucault<sup>124</sup>, pero se concretó en el siglo XX con Arnold Gehlen<sup>125</sup>, tradición que ha sido recogida contemporáneamente por Peter Sloterdijk<sup>126</sup>, que es quien vincula el sentido de técnica como un amplio margen de todo actuar social.

Para explicar esta generalidad de la técnica en las ciencias sociales, expondremos el origen de esta, desde la visión de la antropología filosófica de Arnold Gehlen, el autor alemán parte de la idea que el hombre es un “ser deficitario” *Mängelwesen*<sup>127</sup>, orgánicamente desválido, no estando por naturaleza de órganos especializados para adaptarse de forma eficiente al medio ambiente, no tiene órganos de ataque, órganos de defensa ni de huida, por ejemplo, el pelaje para la intemperie, garras, alas para volar, entre otros.<sup>128</sup>

A consecuencia de estas faltas, el hombre se auxilia de la única característica diferenciadora el *logos*<sup>129</sup>, es decir de la razón, sus procesos cognoscitivos, deviniendo en un ser cultural, creando su medio ambiente artificial, el cual le permite sobrevivir con cierta independencia del mundo orgánico con el que compensa su deficiente equipamiento orgánico.<sup>130</sup>

Justamente, la técnica aparece para poder construir este ambiente artificial, como ya se mencionó, la técnica es destreza, la competencia, el entrenamiento y la habilidad alcanzada por los hombres y que constituye su segunda naturaleza.<sup>131</sup> La

---

<sup>122</sup> Cfr. Gómez Castro, Santiago, “Sobre el concepto de antropotécnica en Peter Sloterdijk” en *Revista de Estudios Sociales*, España, núm. 43, agosto 2012, pp. 63-73.

<sup>123</sup> Al respecto, véase Nietzsche, Friedrich, *Genealogía de la Moral*, México, Alianza Editorial, 2011.

<sup>124</sup> Al respecto, véase Foucault, Michel, *La verdad y las formas jurídicas*, Brasil, Gedisa, 2001.

<sup>125</sup> Al respecto, véase Gehlen, Arnold, *El hombre, su naturaleza y su lugar en el mundo*, 2a. ed., Salamanca, Ediciones Sígueme, 1987.

<sup>126</sup> Al respecto, véase Sloterdijk, Peter, *Has de cambiar tu vida: sobre antropotécnica*, trad. Pedro Madrigal, España, Pre-textos, 2013.

<sup>127</sup> Cfr. Gehlen, Arnold, *op. cit.*, pp. 10-15.

<sup>128</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 17.

<sup>129</sup> Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualización 2018, en línea, <https://dle.rae.es/logos>

<sup>130</sup> Cfr. Gómez Castro, Santiago, *op. cit.*, p. 65.

<sup>131</sup> Cfr. *Ídem*.

técnica, en este caso, no son herramientas fabricadas por el hombre, sino el conjunto de acciones, coordinadas, estratégicas, reglamentadas y orientadas al logro de una finalidad precisa. La técnica es un producto directo de la inteligencia del hombre que le sirve para disponer del entorno y someterlo a sus necesidades vitales. No es, entonces, que el hombre haga uso de la técnica, sino que es el hombre un animal técnico, la técnica es algo constitutivo del ser humano, llegando a desarrollarla y evolucionar al homo sapiens.<sup>132</sup>

Asimismo, los ambientes artificiales son lo que Peter Sloterdijk denomina esferas, es decir entornos artificialmente producidos,<sup>133</sup> estos entornos incluyen toda mejora sobre uno mismo y sobre el espacio que ocupa, incluye la cultura como una forma de distanciamiento de la naturaleza. Toda sociedad es un proyecto antropotécnico, en el sentido que de extraer de sí misma la protección por la cual ella misma se hace posible. Los hombres habitan en ese espacio que ellos mismos crean, en este sentido, todas las sociedades son proyectos tecnológicos.

Ahora bien, si toda esta genealogía del comportamiento humano deriva de la técnica, podemos comenzar a ubicar tecnologías en específico, tales como las técnicas individuales y las sociales. Antes, nos hemos referido a la mejora de uno mismo, esto en un plano interior, no social, inaccesible para el derecho, es más adecuado referirse a estas técnicas como la religión, esoterismo, espiritualidad e incluso la psicología en algún punto, como lo es el psicoanálisis<sup>134</sup>, pero por no tratarse de interés del presente estudio, ahondaremos en las técnicas para mejorar a otros, es decir las comprendidas en el aspecto social, todo este conjunto de técnicas a nivel social, se les denominara *antropotécnicas*.<sup>135</sup> Estas técnicas las identifico Foucault como el ejercicio hacia las poblaciones por parte del gobierno denominándolo *biopolítica*,<sup>136</sup> por otro lado también se les ha denominado

---

<sup>132</sup> Cfr. Gehlen, Arnold, *op. cit.*, p. 183.

<sup>133</sup> Cfr. Gómez Castro, Santiago, *op. cit.*, p. 66.

<sup>134</sup> Cfr. Gómez Castro, Santiago, *op. cit.*, p. 67.

<sup>135</sup> Cfr. Sloterdijk, Peter, *op. cit.*, p. 19.

<sup>136</sup> Al respecto, véase, Foucault, Michel, *El nacimiento de la biopolítica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004, p. 17

*psicopolítica*<sup>137</sup>, en cualquier caso son técnicas sociales para producir ciertas conductas.

En un principio, la horda como dispositivo social organizado, reproducía estas antropotécnicas a través de enseñanzas y mitos, primordialmente religiosos y místicos, a través de leyendas y narrativas de cosmovisión<sup>138</sup>, enseñaban algunas virtudes necesarias, principalmente, para sobrevivir y lograr reproducirse.

Con el advenimiento del sedentarismo, se encontraron nuevas formas de convivencia, la propiedad privada, inicio de las familias monogámicas, entre otras cosas; las comunidades humanas inician el proceso de construcción de su cultura, teniendo como efecto un mecanismo de selección<sup>139</sup>, comparando los hábitos y conductas de los integrantes sociales, independientemente que esto sea originado por jerarquías de poder, económicas, raciales, étnicas, de lenguaje, género u otras, lo cierto es que se seleccionan algunas conductas consideradas peligrosas y se desinhiben, y las conductas benéficas se estimulaban, estas conductas formaban a un ser capaz de vivir civilizadamente, estos filtros antropotécnicos son las normas que constituyen el derecho.<sup>140</sup>

En palabras de Sloterdijk, las normas son técnicas que, a través de la repetición y automatización, capacitan a los hombres a amansar sus pasiones animales<sup>141</sup>, los encargados de distribuir estas conductas entre los hombres es el estado, la autoridad, los encargados de aplicar las leyes.

En un principio, las normas como técnicas se aplicaban conforme a la estructura de poder jerarquizada, elitista, siendo las castas superiores <<monarcas, nobleza, clero, militares>> quien legislaba de forma autocrática al estado, estos son

---

<sup>137</sup> Al respecto, véase, Byung Chul, Han, *Psicopolítica*, Alemania, Herder, 2014, p. 25

<sup>138</sup> Cfr. Gómez Castro, Santiago, *op. cit.*, p. 66.

<sup>139</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 68.

<sup>140</sup> Cfr. Sloterdijk, Peter, *Esferas II*, Madrid, Siruelas, 2004, p. 277.

<sup>141</sup> Sloterdijk, Peter, *Sin salvación: tras las huellas de Heidegger*, Madrid, Ediciones Akal, 2011, p. 53.

los fundamentos del absolutismo.<sup>142</sup> En este tema conforme a la antropotécnica, Sloterdijk menciona:

El gobernante platónico sólo encuentra la razón de ser de su gobierno en un saber propio de reyes en materia de crianza, es decir, en un saber experto de lo más inusual y de lo más juicioso. Aquí surge el fantasma de una monarquía de los expertos cuyo fundamento jurídico sea el conocimiento acerca de cómo se puede organizar y agrupar a los hombres de la mejor manera. La antropotécnica real requiere que el político sepa entretejer del modo más efectivo las propiedades de los hombres voluntariamente gobernables que resulten más favorables a los intereses públicos<sup>143</sup>

El autor hace mención acertadamente, que el derecho en su origen era elitista, decidido por mandato divino hacia el más capaz, ya sea un individuo, como en el caso de la monarquía, como a un grupo, como la aristocracia, pasaran muchos cambios sociales para que el conocimiento y la técnica sea democratizada, y con esto el derecho mismo. Que las conductas seleccionadas sean por el interés político de una elite o no, no es tema de discusión, sin embargo, se afirma que las conductas son decididas colectivamente, ya sea mediante autocracia o democracia, puesto que la colectividad o el Estado es el que decide que conductas se han de seguir, o en los casos de los estados autoritarios o de máxima punibilidad, solo castigaran las malas conductas y no se referirán a las buenas conductas, Sloterdijk señala en esta cuestión qué: El hombre de Estado tiene que desenmarañar y excluir a las naturalezas inadecuadas antes de comenzar a tejer el estado con las adecuadas. Solo con las naturalezas restantes, nobles por origen y voluntarias, se podrá crear el buen Estado.<sup>144</sup>

---

<sup>142</sup> Al respecto, véase Hobbes, Thomas, *El Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008, p. 233., y Platón, Aristocles, *Diálogos IV: La República*, trad. Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1988, p. 48.

<sup>143</sup> Sloterdijk, Peter, *Normas para el parque humano*, trad. Teresa Rocha Barco, 4a. ed., Madrid, Siruela, 2006, p. 80-81.

<sup>144</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 82

En este orden de ideas, la técnica del derecho como actualmente se conoce, evoluciono junto con la democratización y el advenimiento de la edad moderna, el derecho sufrió cambios fundamentales su técnica de igual manera, esto a partir de la construcción y consolidación del Estado Nación durante los siglos XVI Y XVII.<sup>145</sup>

La caída del absolutismo y la imposición del proyecto político del humanismo trajo consigo las nuevas técnicas del derecho, hicieron de la producción de normas algo masivo, pues mientras en la edad antigua las normas eran elitistas y dirigidas solo a un grupo de personas, en la edad moderna están dirigidas a las masas, este proceso democrático tuvo a un nuevo actor como órgano encargado de producir las normas: el Parlamento, el cual encarna la representación del pueblo

Con el proyecto del humanismo *“los sujetos virtuosos son producidos a partir de prácticas racionales”*<sup>146</sup>, estas prácticas son el diseño de las normas, en este proceso el derecho adquiere un carácter especial, puesto que, al contener ya todos los enfoques mencionados <<sociológicos, filosóficos, y positivos>>, solo falta englobarlos todos desde un punto de vista técnico, es decir, el “cómo”, justamente con una serie de reglas formales para la construcción de normas, así el derecho es visto de manera general como una técnica social y formal.

#### **1.3.4. La técnica jurídica aplicada en la colisión de normas**

La técnica jurídica aplicada para resolver la colisión de normas, se distingue por su carácter lógico, resuelve desde la lógica deóntica las contradicciones de los operadores deónticos, existen diferentes criterios de conflictos normativos o colisión de normas, los intrasistemicos y los extrasistemicos.<sup>147</sup>

Los conflictos extrasistemicos se dan entre normas de dos o más sistemas normativos diferentes, por ejemplo, de un Estado a otro Estado; y el intrasistemico se da dentro de un ordenamiento jurídico, esté último es el tratado en la colisión de normas.

---

<sup>145</sup> Cfr. Gómez Castro, Santiago, *op. cit.*, p. 69.

<sup>146</sup> Cfr. Sloterdijk, Peter, *Has de cambiar tu vida, op. cit.*, p. 463.

<sup>147</sup> Cfr. Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos, op. cit.*, p. 65.

Existen diferentes formas de resolver técnicamente la colisión de normas, por criterios de jerarquía, de pertenencia y de validez. El criterio de jerarquía resuelve la contradicción con la prevalencia de una norma superior en cuanto a su constitucionalidad, el criterio de pertenencia resuelve conforme a la pertenencia de la norma al ordenamiento jurídico vigente y el criterio de validez prefiere la norma por criterios de forma y materia, dependiendo de si atiende a las relaciones de validez derivadas de procesos de creación de norma o procedente a la adecuación de la lógica y fundamentación jurídica.<sup>148</sup>

#### **1.3.4.1. Colisión de normas**

Según Von Wright,<sup>149</sup> un conjunto de normas obligatorias es consistente cuando la conjunción de sus contenidos es realizable, de otra manera es inconsistente. Esto es así porque las contradicciones normativas se producen entre contenidos normativos, es decir, conductas reguladas, y, de ser el caso, las normas no pueden ser satisfechas. En “Norma y acción”, Von Wright identifica la consistencia con la racionalidad,<sup>150</sup> de tal forma que solamente si el legislador se conduce racionalmente pueden evitarse las contradicciones; de lo contrario, en consecuencia, los conflictos normativos son indicativos de que las normas del orden jurídico no han sido expedidas o interpretadas de una manera completamente racional.

Por lo tanto, para que un orden jurídico pueda ser contemplado como un sistema eficiente y completo, debe ser coherente, debe existir una relación sistémica entre sus normas, y para poder ser considerado coherente debería ser, además, consistente; es decir, libre de contradicciones, lo que debe entenderse como si fuese un requisito de la coherencia.

Las propiedades de completitud, coherencia y consistencia deben ser consideradas como pretensiones o principios regulativos del sistema jurídico que

---

<sup>148</sup> *Ibidem*, p. 66.

<sup>149</sup> *Cfr.* Von Wright, Henrik, *Sein und Sollen Normen Werte und Handlungen*, Frankfurt, Sunkamp, 1994, p.66.

<sup>150</sup> *Cfr.* Von Wright, Henrik, *Norma y Acción: Una Investigación lógica*, trad. de Carlos García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979, p.162.

tienen por objeto hacerlo eficaz, estas características son necesarias para poder calificar a un sistema normativo como jurídico. La principal función de estos principios es posibilitar a la reconstrucción lógica del sistema y de las normas para su aplicación.<sup>151</sup>

Los principios del sistema jurídico positivo son los siguientes:

**Completitud:** la completitud es la pretensión de que, para cada caso fáctico, exista una solución en el sistema jurídico.<sup>152</sup> Es decir, que se deben contemplar todos los supuestos indispensables para su funcionamiento. Lo anterior, para que no existan lagunas, vacíos y contradicciones en el sistema jurídico, y, por el contrario, si se encuentran las soluciones a todo hecho fáctico, significaría un verdadero Estado de derecho.

**Coherencia:** Un sistema jurídico coherente no debería tener contradicciones y debería tener, a su vez, consistencia; según la perspectiva de MacCormick, para que el sistema jurídico sea razonable y coherente, todas las normas deben cumplir con un mismo principio general o deben derivar de él.<sup>153</sup> La coherencia de las normas es una cuestión de tener sentido, de ser congruentes, por estar relacionadas racionalmente como un conjunto, ya sea en función de la realización de valores comunes o para la satisfacción de uno o varios principios comunes. La coherencia, desde este punto de vista, es una cuestión de racionalidad que expresa una propiedad ideal de un sistema jurídico, este ideal puede concretarse en la forma de la Constitución.

**Consistencia:** La consistencia se predica de las normas y califica de acuerdo con criterios lógicos los modos en que estas se relacionan entre sí, se define como una cualidad negativa, es decir, como la ausencia de contradicciones, las cuales aparecen por la imposibilidad del sistema normativo de aplicar todas y cada una de las normas en el mismo lugar y tiempo.

---

<sup>151</sup> Cfr. Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, op. cit., p.135.

<sup>152</sup> Cfr. *Ibidem*, p.134.

<sup>153</sup> Cfr. MacCormick, Neil, "Coherence in Legal Justification", en Krawwietz, W, et. al., *Theorie der Normen, Fetsgabe für O. Weinberger, zum 65 Geburtstag*, Berlín, Duncker und Humbolt, 1984, pp. 41, 42 y 53.



En caso de presentarse una antinomia debe auxiliarse para resolver estas antinomias con reglas de clausura. La consistencia, entendida como ausencia de contradicciones,<sup>154</sup> constituye una condición de la coherencia del sistema normativo, y que esta última significa la relación sistémica de sus normas.<sup>155</sup>

Por otro lado, como se menciona, se deben resolver las incongruencias entre estos principios racionales del ordenamiento jurídico, esto con base a normas de clausura, es decir, métodos de resolución de conflictos normativos, los cuales aparecen cuando estos principios no se respetan o fallan.

En este tenor de ideas, las normas de clausura existen cuando una norma obliga y en su contrario, la otra prohíbe dirigiéndose al mismo acto y al mismo sujeto, es decir cuando existen contradicciones normativas. Esta resolución se da en primer término por reglas de clausura; tales como; la norma posterior deroga a la anterior, la jerarquía normativa (conforme al sistema jurídico), la norma especial prevalece sobre la particular, y en segundo término vía la decisión judicial que resuelve fundando y motivando la elección de la norma que ha de prevalecer en el caso de una contradicción normativa.

Todas las anteriores técnicas son propias de la subsunción y son parte de las normas comunes, es decir no de las normas con principios o normas de derechos fundamentales.

### **1.3.5. Teoría de la Argumentación jurídica aplicada a principios y normas**

Según Robert Alexy:<sup>156</sup>

Hay tipos totalmente distintos de discusiones jurídicas. Se pueden distinguir así las discusiones de la ciencia jurídica (de la dogmática), de las deliberaciones de los jueces, los debates ante los tribunales, el tratamiento de cuestiones jurídicas en los órganos legislativos, en comisiones y en comités, la discusión de cuestiones jurídicas (por

---

<sup>154</sup> Cfr. Alchourron, Carlos y Bulygin Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991, p.292.

<sup>155</sup> Cfr. Huerta Ochoa, Carla, *Conflictos Normativos*, op. cit., p.124.

<sup>156</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza, 2a. ed. México, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 205.

ejemplo, entre estudiantes, entre abogados y entre juristas de la administración o de empresas), así como la discusión sobre problemas jurídicos en los medios de comunicación en qué aparezcan argumentos jurídicos.

Es decir, las discusiones jurídicas se dan en diversos ámbitos y con diferentes implicaciones, así una discusión en medios de comunicación y de dogmática pueden existir argumentaciones de índole jurídico y de forma no jurídica (lo que se denomina discurso práctico racional)<sup>157</sup> sin embargo, la propuesta de Alexy es la Teoría de la Argumentación Jurídica (en adelante TAJ) para problemas de índole judicial, sobre todo cuando no se tiene una respuesta sencilla, es decir, en los casos de colisiones de normas de derechos fundamentales.

De igual forma, la TAJ presupone una forma de corrección de argumentos jurídicos para la justificación lógica y material de premisas jurídicas. Con esto no se pretende que la TAJ implique el acuerdo de todos en una discusión sin limitaciones, pero si implica orientar el comportamiento argumentativo según el ordenamiento jurídico vigente, es decir, que se argumente de forma válida.<sup>158</sup>

La TAJ se compone de un núcleo o punto central y de rasgos fundamentales. El punto central es la tesis del caso especial, Alexy la define de la siguiente forma:<sup>159</sup>

El discurso jurídico es un caso especial del discurso práctico general. Esto se fundamenta: (1) en que las discusiones jurídicas se refieren a cuestiones prácticas, es decir, a cuestiones sobre lo que hay que hacer u omitir, o sobre lo que puede ser hecho u omitido, y (2) estas cuestiones son discutidas desde el punto de vista de la pretensión de corrección. Se

---

<sup>157</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica... op. cit.*, p. 49-105.

<sup>158</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 211.

<sup>159</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 207.

trata de un caso especial, porque la discusión jurídica (3) tiene lugar bajo condiciones de limitación del tipo mencionado.

El núcleo de la tesis del caso especial consiste entonces en que la pretensión de corrección de argumentos también debe plantearse en el discurso jurídico no basta una subsunción simple a diferencia del discurso general o común. No se refiere con esto, que las proposiciones normativas sean más racionales sino que tengan la posibilidad de ser racionalmente fundadas.<sup>160</sup>

Por otro lado, los rasgos fundamentales de la TAJ, son los siguientes:

1) Formas de justificación

2) Formas de argumentos

Las formas de justificación son dos, la justificación interna y la justificación externa. Nos menciona Alexy: La justificación interna trata de ver si la decisión se sigue lógicamente de las premisas como se aducen su fundamentación.<sup>161</sup> En efecto, la justificación interna es la justificación de la corrección lógica lo que hasta ahora se ha llamado silogismo jurídico. Como por ejemplo tenemos el siguiente:

I) El soldado debe de decir la verdad en asuntos del servicio (ley)

II) El señor X es un soldado

III) El señor X debe decir la verdad en asuntos de servicio

En fórmula lógica quedaría de la siguiente forma esquematizada

I)  $(x) (x \text{---} \rightarrow ORX)$

II)  $Ta$

III)  $ORa$ <sup>162</sup>

---

<sup>160</sup> Cfr. Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica... op. cit.*, p. 213.

<sup>161</sup> Cfr. *Ibidem*, p. 214.

<sup>162</sup> *Idem*.

$X$  es una variable de un individuo, es el sujeto de la norma;  $a$  es un individuo identificado en un caso concreto, es un nombre;  $T$  es un predicado tan simple o complejo como lo requiera el supuesto normativo; y  $R$  un predicado, igualmente, tan simple o complejo como lo que tenga que hacer el destinatario de la norma.

Para la justificación sea válida debe atender el principio de universalidad, la cual implica qué: para la fundamentación de una decisión jurídica debe aducirse por lo menos una norma universal (entiéndase norma general discursiva) y la decisión jurídica debe seguirse lógicamente al menos de una norma universal, junto con otras proposiciones.<sup>163</sup> Y por otro lado, debe atender de igual manera el principio de justicia formal el cual establece tratar de la misma manera a todos los seres de una misma categoría.

En los casos complejos, es decir donde hay más de una regla aplicable, no existe una regla aplicable o existe mucho margen de interpretación de la regla aplicable, deben justificarse todas las premisas, creándose niveles de argumentación.

Por su parte, la justificación externa es la fundamentación de las premisas usadas en la justificación interna. Dichas premisas pueden ser de tipos bastante distintos.<sup>164</sup> Se pueden distinguir: reglas de derecho positivo, enunciados empíricos y premisas que no son ni enunciados empíricos ni reglas de Derecho positivo. La fundamentación de una regla en tanto regla de derecho conforme al ordenamiento jurídico, aquí se realiza una subsunción. La fundamentación de premisas empíricas puede recurrirse en una escala de ciencias que prueben un hecho empírico, como por ejemplo el método científico. Por último, para la fundamentación de las premisas que no son ni reglas ni hechos empíricos se utilizara la argumentación jurídica en concreto.<sup>165</sup>

---

<sup>163</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica... op. cit.*, p. 214.

<sup>164</sup> Cfr. *Ibidem.* p. 222.

<sup>165</sup> *Idem.*

La TAJ se nutre de seis grupos de interpretación que de igual forma constituyen las formas de argumentos, los cuales son los siguientes: los semánticos, genéticos, históricos, comparativos, sistemáticos y teleológicos.<sup>166</sup>

- I) Argumento semántico: un argumento es semántico cuando se justifica o se critica o se afirma como posible, con referencia al uso del lenguaje, ya sea este técnico o común;
- II) Argumento genético: cuando el argumento justifica una interpretación por la misma se corresponde con la voluntad del legislador;
- III) Argumento histórico: se habla de un argumento histórico cuando se aducen hechos que se refieren a la historia del problema jurídico discutido, en cuanto a razones a favor o en contra de una interpretación; siguen la lógica siguiente: una vez que ya se practicó una determinada solución del problema discutido A, se compara con la situación del pasado B; está condujo a la consecuencia X; X es indeseable, como las situaciones A y B no son tan distintas como para que X no ocurra hoy y por lo tanto la solución no es aceptable;
- IV) Argumento sistemático: se comprende tanto a la referencia a la situación de una norma conforme al texto legal; como la referencia de una norma con la relación lógica a otras normas, fines y principios, y
- V) Argumento teleológico: presupone un análisis con detalle de los conceptos de fin de medio, así como de los conceptos relacionados a estos de voluntad, intención, necesidad, práctica y fin. Los argumentos teleológicos-objetivos tienen la característica de no solo referirse a personas reales y existentes sino a fines racionales o prescritos objetivamente en el contexto del ordenamiento jurídico vigente.<sup>167</sup>

Las reglas, conceptos y definiciones antes expuestos son las bases y pilares de la TAJ; no obstante debe preverse que este método no garantiza la

---

<sup>166</sup> *Ibidem*, p. 226.

<sup>167</sup> *Cfr. Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica... op. cit.*, pp. 226-232.

“seguridad del resultado” pues como bien menciona Alexy: No es la producción de seguridad lo que constituye el carácter racional de Jurisprudencia, sino el cumplimiento de una serie de condiciones, criterios o reglas.<sup>168</sup> En efecto, no se debe equiparar seguridad con racionalidad, la primera de forma absoluta es imposible de garantizar, pero la segunda nos brinda bases mínimas para reforzar la argumentación común por medio de la argumentación especial jurídica.

Por consiguiente, se coincide con la conclusión de Alexy sobre la TAJ: La explicación del concepto de argumentación jurídica racional tiene lugar en esta investigación<sup>169</sup> mediante la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que debe adoptar la argumentación para satisfacer la pretensión que en ella se plantea.<sup>170</sup>

#### **1.3.5.1. Colisión de normas de derechos fundamentales: Ponderación**

Todas las normas con forma de reglas se resuelven mediante la subsunción, esto es un proceso lógico racional argumentativo donde la hipótesis coincide con la conducta en el mundo fáctico, esto implica que ordenen algo de forma definitiva y categórica.<sup>171</sup> Por otro lado, los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida de lo posible, en la medida de las posibilidades reales, fácticas y sobre todo técnicas-jurídicas.<sup>172</sup>

La estructura formal de la subsunción es un proceso deductivo, denominado fórmula de la subsunción, su forma se da gracias a la estructura de las normas donde para cada regla existe un resultado único, respuesta única y depende en función de la sanción de la norma.<sup>173</sup>

---

<sup>168</sup> *Ibidem*, p. 278.

<sup>169</sup> Se refiere a su libro e investigación, antes citada en la presente tesis: “Teoría de la Argumentación Jurídica”

<sup>170</sup> *Cfr. Alexy, Robert, Teoría de la argumentación jurídica... op. cit., p. 279.*

<sup>171</sup> *Cfr. Ibidem.*, p. 350.

<sup>172</sup> *Idem.*

<sup>173</sup> *Cfr. Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. Robert Alexy, disponible en: /http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18513/18753/0*

Por su contenido de principios, los derechos fundamentales y sus conflictos deben resolverse por la vía de la ponderación, ya que el núcleo de la norma de derecho fundamental es el principio la colisión se da con otro principio. Y dado el carácter inderrotable de los principios estos se deben relativizar. La ponderación es una técnica jurídica argumentativa de relativización.<sup>174</sup>

Uno de los principales representantes y defensores de la técnica de la ponderación es Robert Alexy, quien ha definido el principio de proporcionalidad aplicado a las normas que contienen principios como lo son los derechos fundamentales. Alexy afirma :El núcleo de la ponderación consiste en una relación que se denomina “ley de la ponderación” y que se puede formular de la siguiente manera: Cuando mayor sea el grado de no satisfacción o restricción<sup>175</sup> de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.<sup>176</sup>

El principio de proporcionalidad, conlleva tres subprincipios a su vez; el subprincipio de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. En efecto, estos principios exigen la máxima realización posible, relativa como tanto a las posibilidades fácticas como a las jurídicas, los subprincipios de idoneidad y necesidad se refieren al campo fáctico y el de proporcionalidad al jurídico, es aquí donde sucede la proporcionalidad.

En suma, está técnica argumentativa tiene como fin enfatizar el mayor “peso” de un principio sobre otro, de ahí que se denomine ponderación. Lo anterior se realiza con una fórmula de “pesaje” denominada formula del peso.

Cabe señalar, que existen dos tipos de colisiones de normas de derechos humanos y fundamentales; las colisiones meramente normativas, entre dos normas que protejan dos principios diferentes; y las colisiones intereses, la cual ocurre cuando un principio idéntico colisiona en el caso concreto pero los intereses se reclaman entre dos partes.

---

<sup>174</sup> Cfr *Ídem*.

<sup>175</sup> Restricción o no satisfacción, que en esta tesis se denomina relativización.

<sup>176</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica... op. cit.*, p. 351.

### 1.3.5.2. Fórmula del peso

En primer lugar, la ponderación acepta cualquier decisión o resultado, no obstante, la ponderación sin ningún método o protocolo, orden y pasos establecidos quedan dentro de la arbitrariedad no válida o no justificada. En este orden de ideas, Alexy propone una fórmula del peso.

La fórmula del peso comienza con una escala tríadica de tres grados, aunque pueden ser mínimo dos o más de tres, Alexy propone el uso de tres: leve, medio y grave, para simplificar dicha distinción se usaran las letras “l”, “m” y “g”.<sup>177</sup>

Según la ley de la ponderación, el grado de no satisfacción de un principio y la importancia de satisfacción de otro son representados con la valoración “l”, “m” y “g”. Por ejemplo, la combinación entre a la no satisfacción y la afectación conforman un doble concepto, dicho concepto expresa la dicotomía entre los derechos de defensa y de protección. Cuando se trata de un derecho fundamental como derecho de defensa, entonces la medida invasiva o *sub judice* representa una intervención. Las intervenciones son restricciones, por ende, se puede hablar de un grado de intensidad de la restricción o de la intervención.<sup>178</sup>

Existen grados de intervención concretos y grados de peso abstracto los cuales se determinan con relación de un principio con otros independientemente de las circunstancias concretas. Los pesos abstractos deben calcularse en la ponderación siempre y cuando haya pesos abstractos más fuertes que otros en la constitución, por ejemplo, el peso del derecho a la vida es mayor que el de libertad comercial, sin embargo, lo anterior se subsana con argumentación, si se determina que tienen el mismo peso, se elimina la variable de peso abstracto de la ponderación y solo se toma el de las intensidades de las intervenciones. Entonces tomamos un

---

<sup>177</sup> Cfr. <sup>177</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica... op. cit.*, p. 357.

<sup>178</sup> *Ibidem.*, p. 357. Las diferencias entre intervención y no satisfacción operan con relación al tipo de derecho fundamental, así un derecho de protección necesita de un actuar positivo por parte del Estado se habla de una intervención o restricción, en cuanto a un derecho de defensa qué necesita un actuar negativo del Estado, se habla de una no satisfacción, puede ocurrir qué suceda una intervención por medio de una no satisfacción en caso de qué un derecho de protección no tenga una garantía, esto es no tenga una forma de defenderse.



principio y lo formulamos como P1, que incluirá el principio, su grado de intervención y el caso concreto.<sup>179</sup>

Un segundo elemento del peso del principio es la importancia de la satisfacción la cual se simbolizara de igual forma como leve, medio o grave, esto es, “l”, “m” y “g”. Esto puede tener relevancia si se quiere diferenciar el peso abstracto, de lo contrario no se le otorga este valor. La relación entre dos principios en colisión, ella solo puede depender de los efectos que la omisión o la no ejecución de la medida de intervención en P1 tenga en la satisfacción del principio contrario, es decir, P2, de igual forma, al contrario.

De esta forma, una vez establecido los valores, el tercer paso de la fórmula del peso y de la ponderación es sobreponerlas y contrastarlas con los casos y formas que a continuación se presentan:

En el primer caso, la intervención de P1 es más intensa que la intervención en P2:

- I) P1=g, P2=l
- II) P1=g, P2=m
- III) P1=m, P2=l

En los anteriores casos, P1 tiene precedencia frente a P2, debe satisfacerse P1. En los siguientes casos P1 son correlativos tres casos de primacía de P2:

- IV) P1=l, P2=g
- V) P1=m, P2=g
- VI) P1=l, P2=m

Aquí el P2 adquiere mayor importancia y debe satisfacerse, en los siguientes tres casos se presenta un empate:

- I) P1=l, P2=l
- II) P1=m, P2=m

---

<sup>179</sup> *Ibidem*, p. 358.

**III)  $P1=g, P2=g$**

En los casos de empate la ponderación es insuficiente, está al margen y no produce ningún resultado de decisión. En opinión de Alexy, en estos casos debe recurrirse a cuestiones estructurales entre el Tribunal Constitucional y por otro lado el Poder Constituyente (refiriéndose al Poder Legislativo) son casos raros y de una muy alta complejidad.<sup>180</sup>

Los anteriores casos presentan la forma de la fórmula, pero falta el elemento aritmético, esto para representar el grado de afectación con números, la serie más utilizada y recomendada según Alexy es la de 1,2,3, a esto se le conoce como fórmula diferencial. Es necesario mencionar las nueve formas anteriores bajo la asignación de valores numéricos, en el primer caso presenta los siguientes valores:<sup>181</sup>

**I)  $P1=g, P2=l=3-1=2$**

**II)  $P1=g, P2=m=3-2=1$**

**III)  $P1=m, P2=l=2-1=1$**

En el segundo caso, de primacía de P2 sobre P1, se formula de la siguiente manera:

**VII)  $P1=l, P2=g=1-3=-2$**

**VIII)  $P1=m, P2=g=2-3=-1$**

**IX)  $P1=l, P2=m=1-2=-1$**

En todos los casos de empate, el resultado será de cero:

- $P1=l, P2=l=1-1=0$
- $P1=m, P2=m=2-2=0$
- $P1=g, P2=g=3-3=0$

En este orden de ideas, debe tomarse la forma geométrica en vez de aritmética para aplicarla como fórmula del peso directa sobre los principios. En

---

<sup>180</sup> Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica... op. cit.*, p. 363.

<sup>181</sup> *Ibidem*, 365.

efecto, el modelo geométrico da más valor al principio, cabe señalar que la serie geométrica será de la siguiente forma  $2^0, 2^1, 2^2$ , es decir, 1, 2, y 4. Geométricamente tomaría en la siguiente forma, siendo X un caso de colisión concreto:

X=P1

P2

Por último, Alexy como antes había sido señalado, pueden existir meta niveles de argumentación y de igual forma de ponderación, incluirse valores dobles como levemente leve o gravemente grave y manipularse la estructura de la ponderación, pero no la base, es una construcción racional de decisión judicial.<sup>182</sup>

## **Capítulo II. Marco legal de resolución de conflictos de normas de derechos fundamentales en México**

### **2.1. Marco Internacional de resolución aplicable**

En este apartado nos ocuparemos de realizar una descripción y una prospectiva de acuerdo al marco internacional. Es parte del marco internacional todas las normas o derecho ajeno al sistema jurídico doméstico, es decir ordenamientos jurídicos extranjeros que no tienen vigencia en el Estado mexicano, no obstante, forman parte de la doctrina y son tanto orientativos como prospectivos para adoptar en el sistema jurídico mexicano.

En este orden de ideas, los sistemas elegidos para realizar la prospectiva internacional son los correspondientes con Alemania, España y Estados Unidos; lo anterior por las siguientes razones:

1. Alemania: por su relevancia en materia de ponderación y su sistema romano-germánico afín al mexicano; pues tiene una estructura constitucional en forma de código y a su vez utiliza la ponderación como técnica de protección y regulación de los derechos humanos, empero el teórico más importante sobre derechos fundamentales Robert Alexy se formó en la tradición del derecho alemán;

---

<sup>182</sup> Cfr. Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica... op. cit.*, p. 367.

2. España: por su íntima relación histórica, política y cultural con nuestro país y sistema jurídico, pues el Reino de España fue quien nos mantuvo en una subyugación política durante la colonia; en este tiempo se consumó un crisol de culturas y México posteriormente se independizó, sin embargo, tomando como identidad el mestizaje heredado de la mezcla entre España y el mundo prehispánico; es decir, que la nación mexicana tiene una gran influencia española y por ende es pertinente analizar dichas normas referentes a la ponderación;
3. Estados Unidos de América: En adelante EUA, este sistema se eligió por la afinidad geopolítica que nuestro país tiene con relación a sus políticas económicas y jurídicas; lo cual es causa del desarrollo histórico a raíz del final de la guerra fría y del liderazgo político global que ha desempeñado EUA en el último siglo, a su vez también es el único sistema con grandes diferencias estructurales respecto al mexicano, puesto que el sistema judicial americano y su derecho están íntimamente basados en el realismo jurídico, la decisión judicial y el *común law*.

### **2.1.1. Ponderación en Alemania**

La constitución en Alemania es denominada Ley Fundamental, en este sentido Alemania aboga por un Estado de derecho y social sobre una forma de Estado federado y democrático parlamentario. Los derechos fundamentales están bajo el resguardo del poder judicial alemán en específico por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, (TCA) el cual tiene la adjudicación constitucional<sup>183</sup>, si bien es cierto que ha sido utilizado Alexy y su modelo de ponderación en el TCA se utiliza más la adjudicación constitucional directa.

En Alemania no se asume de forma dogmática los supuestos fundamentales de Alexy y su teoría de la ponderación ya que se utiliza un impulso optimizador que no gobierna todo el proceso ponderativo, al punto que el test de proporcionalidad difiere notoriamente en su aplicación dependiendo del derecho fundamentales en

---

<sup>183</sup> Covarrubias Cuevas, Ignacio, "El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy" en *Ius et Praxis*, núm. 24, Chile, 2018.

juego, en algunos casos la subsunción complementa la ponderación y en otros el TC resuelve sin ni siquiera aplicar el test de proporcionalidad.<sup>184</sup> Lo que sugiere que no existe normatividad que obligue una forma específica de ponderación o relativización de derechos fundamentales.

En Alemania no se acepta la tesis específica de separación de reglas y principios, no obstante se adhieren de forma jurisprudencial al subprincipio de proporcionalidad, es decir el test de proporcionalidad, el aspecto alemán lo observa de la siguiente forma: la proporcionalidad como un conjunto de exigencias que justifican la intervención judicial con el objeto de proteger los derechos.<sup>185</sup> En el anterior sentido, el sistema Alemán no es más garantista que principalista y le da el poder de legislador “fantasma” al TC.<sup>186</sup>

En este orden de ideas, que los derechos no sean vistos como principios optimizadores en Alemania corresponde a causas políticas-históricas, puesto que el TC y la Ley Fundamental los observa como derechos fundamentales objetivos, es decir, principios rectores y programáticos del Estado y la Nación, como lo menciona en el caso Luth de 1958 los derechos fundamentales son un orden de valores objetivos, dotados de un orden material que construyen el ordenamiento estatal, por ende no pueden ser optimizados<sup>187</sup> La ponderación aplicada en Alemania revista otros fines.

El sistema germano despliega la proporcionalidad en sentido estricto de acuerdo no por rasgos propios de principios optimizadores debido a la visión objetiva de los derechos fundamentales estos se vuelven inviolables, lo que realiza el TC es la limitación de la subsunción de los derechos fundamentales, es decir, aplican el Test de proporcionalidad sin optimización. Para realizar esto el TC lleva a cabo una argumentación equilibrada entre la subsunción y la proporcionalidad pero no sigue ninguna fórmula tal como se expresa en el propio caso Luth; donde

---

<sup>184</sup> *Ídem.*

<sup>185</sup> *Ídem.*

<sup>186</sup> Según muchos doctrinarios y jurisprudenciales alemanes, está es la esencia del principalismo y de la misma forma de Alexy: la optimización de principios.

<sup>187</sup> Covarrubias Cuevas, Ignacio, *op. cit.*

la libertad de opinión prevaleció sobre las buenas costumbres en el caso de un boicot contra una cinta de cine alemán; también en el caso de la Ley sobre Farmacias donde quedo claro que la ponderación se debe a exigencias del bien común y un derecho fundamental (el caso de libertad de ejercer una profesión) deben restringirse siempre y cuando exista un interés público que justifique la limitación.<sup>188</sup>

Uno de los casos donde se utilizó la ponderación más cercana a la teoría de Alexy fue la referente a la extracción de fluidos de 1963, donde se examinó la ley que autorizaba a los jueces a someter a quienes fueran objeto de una investigación criminal, a la extracción de fluido espinal para determinar su imputabilidad. El TCA decidió la inconstitucionalidad pues está ley afectaba desproporcionadamente la integridad física; no obstante, no se utilizó la escala trídica ni la fórmula del peso aritmético, tan solo se argumentó la invasión excesiva y grave a la integridad física, y la poca utilidad en la eficacia dentro de un proceso penal.

Para concluir la información doctrinal sobre la ponderación en Alemania afirmamos que en Alemania se abordan los casos desde una perspectiva propia ajena a la teoría de Alexy; el TC no reconoce la distinción entre principios y reglas del modo formulado por Alexy; si bien admite el valor axiológico de los Derechos fundamentales y su posible colisión, esto no los hace obligatoriamente ponderantes sino que tampoco son susceptibles de optimización. Incluso en las veces que la ponderación puede operar con soltura, puede constatarse que su análisis es variable, desde la ausencia del test, de un método y pasos hasta la sola aplicación parcial de algunos vocablos como “grave” y “optimización” más sin embargo no se aplica ninguna fórmula de Alexy.

### **2.1.2. Ponderación en España**

Como la mayoría de constituciones europeas, la Constitución española reconoce derechos fundamentales que se enmarcan en una serie de principios que abarcan todo acto de gobierno y se fundamenta en la dignidad y libertad de todos los

---

<sup>188</sup> *ídem.*

españoles.<sup>189</sup>No existe ninguna norma explícita sobre ponderación más allá de la debida tutela judicial en su artículo 24, sin embargo la jurisprudencia de dicho país brinda un buen ejemplo de ponderación.

El encargado de velar por la tutela de los derechos fundamentales en España es el Tribunal Constitucional Español (TCE) el cual en la sentencia de amparo número 346/97<sup>190</sup> se impugnaron dos sentencias de carácter penal por el homicidio de un menor por parte de sus padres, lo anterior a causa de negarse a realizar una transfusión de sangre por parte del personal médico debido a cuestiones religiosas, en España se necesita dicha autorización por parte de los padres para los médicos realizar la transfusión.

En este punto, el TCE vislumbro en el estudio del caso el choque de dos derechos fundamentales la libertad religiosa y el interés superior del menor. Los padres alegan que la sentencia condenatoria penal viola el artículo 16 de la Constitución de España donde se consagran las libertades religiosas. España realizó el estudio de dicho derecho fundamental como un derecho subjetivo e individual, sin embargo, el mandato de optimización está sujeto a la laicidad del Estado español. Lo anterior presupone que el derecho a la libertad religiosa necesita de la omisión del Estado para intervenir en creencias personales, pero proteger a terceros de excesos de dichas creencias de forma externa.

El TCE determinó que no se violenta el derecho a la libertad religiosa toda vez que el Estado debe ponderar la igualdad de la laicidad y no discriminar al menor de edad de esa protección. El apunte que se señala del anterior caso es la utilización de una ponderación por parte del TCE que, aunque no adopta la forma del test de proporcionalidad si admite la colisión de ambos principios de derechos fundamentales y con base a un razonamiento sistemático resuelve. Lo anterior, no obstante, es insuficiente para dotar de racionalidad a la decisión, puesto que se

---

<sup>189</sup> Constitución española, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

<sup>190</sup> Solano Orozco, Eduardo, "La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales" en *Revista Judicial*, Costa Rica, núm. 109, septiembre, 2013.

resuelve con base a una forma de subsunción razonada y no a una real ponderación.

### 2.1.3. La ponderación y los Estados Unidos de América

En Norteamérica no existe la ponderación como forma de interpretación de derechos fundamentales, esto es por la razón de su derecho el cual es “caso por caso” atendiendo a la decisión judicial y sus precedentes una mayor importancia: es el núcleo del realismo jurídico americano. Los métodos de interpretación americano según diversos tratadistas constan de “el originalismo”, “el no originalismo” y “el constitucionalismo viviente”.<sup>191</sup> América siempre ha tenido una fuerte tradición constitucionalista desde sus orígenes liberales,<sup>192</sup> para ello y para salvaguardar los derechos individuales constitucionales se designó a la institución judicial como guardiana de dichos derechos.<sup>193</sup> En América pues, la libertad es el derecho fundamental preponderante.

En América irónicamente el derecho está politizado y objetivizado en torno a la figura de soberanía democrática y las formas individualistas, por ello necesita de instituciones perdurables que hagan evolucionar la doctrina, pero conservando los principios liberales. Por ende, el derecho americano permite a la interpretación jurídica modificar antiguas nociones del derecho según las demandas sociales, pues esto sería un objetivo democrático.<sup>194</sup> En este sentido, los jueces tienen mucha concentración de poder jurídico y político sobre la interpretación del derecho debido a dicho fin de evolución social.

En este orden de ideas, existieron casos emblemáticos de evolución social dirigidas a conservar tanto el espíritu democrático como maximizar la libertad individual como fueron los casos de *Marshall*, *Warren* y el juez *Scalia*, *Marbury vs*

---

<sup>191</sup> López García, Fernanda, “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico: teorías y casos de estudio” en *Ius et Praxis*, Colombia, núm. 24, 2018, pp. 393-430.

<sup>192</sup> Recordemos fue la primera constitución liberal del siglo XVIII, cuando se independizaron las 13 colonias británicas en América y se creó un pilar sobre la filosofía liberal-individualista.

<sup>193</sup> Algo que se menciona en distintas obras histórico-políticas como *Democracia en América* de Tocqueville y *El Federalista* de Alexander Hamilton, donde en ambas obras se menciona que en EUA existía la necesidad de una elite de abogados y jueces que defendieran los derechos sin pasiones sociales ni ánimos revolucionarios.

<sup>194</sup> López García, Fernanda, *op. cit.*, p. 397.



*Madison, Heller* y el caso *Brown Board vs Education*, dichos casos bajo la doctrina del originalismo. El originalismo es una combinación de interpretación política y jurídica de la historia y origen de la constitución y las enmiendas a estas, con el fin de adecuarlos al caso concreto sin perder su esencia,<sup>195</sup> dicha decisión corresponde un ejercicio colectivo de soberanía.

Por ejemplo, la sentencia *Brown vs Board* es el resultado de un largo proceso que empezó con la abolición de la esclavitud en el siglo XIX, luego de las leyes de *separate but equal* adoptadas 1896,<sup>196</sup> para concluir con la abolición de la segregación en los establecimientos educativos del Sur de los EUA, con una sentencia de 1954.

Desde que el juez Marshall escribiera en su histórica opinión para el caso *Marbury vs madison*, la histórica doctrina del control constitucional, el *judicial review* o revisión judicial se expandió no solo en la tradición americana sino en todos los constitucionalismos emergentes, con dicho caso se funda el poder del juez constitucional, y con ello las críticas y excesos en torno a la decisión judicial, como lo es el discrecionismo y legislador fantasma, como bien lo apunta Jeremy Waldron.

Cuando el juez americano integra elementos propios de la política actual y flexibiliza la constitución a una más dinámica y no tan histórica se le suele llamar interpretación no originalista, pues agrega elementos sin cambiar la constitución y es muy criticada dicha doctrina. Está doctrina también suele llamarse constitucionalismo vivo.<sup>197</sup>

El contraste con el originalismo y el constitucionalismo vivo, es que promueve la estabilidad, inmutabilidad y vocación de permanencia de la Constitución, tanto en su contenido como sus formas de interpretar constituidos por los padres fundadores; la segunda forma de constitucionalismo vivo se entiende como aquella cuyo significado, alcance e interpretación debe cambiar con el tiempo a medida que las

---

<sup>195</sup> *Ibidem*, p. 398.

<sup>196</sup> Esté proceso también es la evolución de la relativización del derecho humano fundamental de igualdad en EUA.

<sup>197</sup> López García, Fernanda, *op. cit.*, p. 405.

circunstancias lo demandan, por ejemplo, el caso de la cultura, aquí el juez se vuelve un intérprete de los cambios sociales y con ello concentra funciones políticas.<sup>198</sup> No obstante, existe todavía una tercera vía entre estas dos posturas.

Existe una tercera vía entre las posturas de originalismo y constitucionalismo viviente, es el denominado constitucionalismo de precedentes que busca conservar tanto la esencia constitucional como las añadiduras de los casos emblemáticos.<sup>199</sup> Aquí podemos observar la síntesis de las posturas y en parte la esencia de la interpretación constitucional americana la cual es la evolución y armonización de la democracia liberal.

El sistema americano no tiene una ponderación estricta en su legislación pero esto se debe a la forma de su derecho el cual es a través de precedentes, sin embargo, tampoco necesitan de una herramienta adicional para resolver conflictos puesto que su doctrina de “caso por caso” y el poder judicial discrecional le otorgan efectividad para proteger derechos fundamentales, sin embargo existe el riesgo de politización de solo una línea interpretativa y esto se agrava por la falta de límites a la interpretación judicial, la cual puede revertir ciertas esencias constitucionales a través de la interpretación misma.

## **2.2. Marco convencional de resolución aplicable**

En el plano convencional, se señalan las convenciones y tratados internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano, es decir, la normatividad de origen internacional que pasa a formar parte del derecho domestico a través del derecho internacional. En este orden de ideas, los cuerpos normativos relevantes para el fin del presente trabajo, serán la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

### **1. Declaración Universal de Derechos Humanos**

---

<sup>198</sup> *Ibidem*, p. 406.

<sup>199</sup> *Ibidem*, p. 407.

En este documento el cual es considerado el fundante de los derechos humanos posmodernos, firmado en 1948 como resultado de los excesos de la segunda guerra mundial, solo encontramos en sus artículos 29 y 30 disposiciones referentes a la limitación de derechos humanos como tal, a su letra se mencionan:

#### Artículo 29

1. Toda persona tiene deberes respecto a la comunidad, puesto que sólo en ella puede desarrollar libre y plenamente su personalidad.
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.
3. Estos derechos y libertades no podrán en ningún caso ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas.

Artículo 30 Nada en la presente Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración.<sup>200</sup>

Podemos observar en primer término, que el ejercicio de los derechos humanos está sujeto a limitaciones de derecho positivo, así como en función de las justas exigencias de la moral, orden público y bienestar general en una sociedad democrática, es decir, establece una posible ponderación entre cualquier derecho humano y los principios de orden internacional, los cuales están dentro de “la sociedad democrática”. Finalizando con la disposición del artículo 30 el cual dispone

---

<sup>200</sup> Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en: [https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf)

la prohibición expresa de interpretar y usar la Declaración para suprimir cualquier derecho humano, siendo una clara contradicción con el artículo anterior.

## **2. Convención Americana sobre Derechos Humanos**

En la Convención Americana sobre Derechos Humanos encontramos mayor abundamiento de normas sobre interpretación, restricciones, reconocimiento de otros derechos, y sobre límites con base a deberes. En cuanto a las normas de interpretación la Convención nos menciona lo siguiente:

### ARTÍCULO 29. Normas de Interpretación

Ninguna disposición de la presente Convención puede ser interpretada en el sentido de:

- a) permitir a alguno de los Estados Partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados Partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y
- d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.<sup>201</sup>

Como se puede observar no se puede suprimir ningún derecho ni limitar su goce y disfrute, así como de sus garantías, ni tampoco limitarlas. Respecto al alcance de las restricciones, la Convención menciona:

---

<sup>201</sup> Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en: [https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion\\_ADH.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf)

## ARTÍCULO 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

La anterior disposición establece la ponderación entre los derechos humanos reconocidos en la Convención y el interés público, siguiendo la misma línea argumentativa que la mayoría de restricciones de derechos humanos. No se menciona la forma específica de ponderación y de interpretación. Los derechos humanos en la Convención también pueden limitarse de forma orgánica con otros derechos, la Convención aduce:

## CAPITULO V. DEBERES DE LAS PERSONAS

### ARTÍCULO 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

De la interpretación teleológica de la anterior disposición se puede extraer la protección de la colectividad y la tradición, como lo es la familia, la comunidad y la humanidad como constructo ideológico; a su vez expresamente se menciona la limitación del alcance de un derecho humano frente a otro y frente a la ideología democrática. Lo anterior reafirma el carácter limitado y no absoluto de los derechos humanos y de igual forma la posibilidad de su confrontación y colisión.

### **3. Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales**

En este documento solo se mencionan dos disposiciones sobre la interpretación de restricción de derechos humanos, son los artículos 24 y 25 del Pacto, el cual a su letra dicen:

#### Artículo 24

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.

#### Artículo 25

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.<sup>202</sup>

Estas disposiciones guardan importancia ya que, en primer lugar, dejan fuera de la ideología democrática e interés público todo derecho económico, social y cultural, ya que el artículo 24 impide la interpretación contraria o en forma de ponderación del Pacto contra la Declaración Universal o bien algún criterio de derecho internacional: en segundo lugar, se impide en el artículo 25 la interpretación o ponderación de protección del Pacto contra la soberanía interior de los Estados.

#### **4. y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.**

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos establece solo dos disposiciones con relación a la restricción de los derechos contenidos, son los artículos 46 y 47 que a su letra dicen:

#### Artículo 46

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

---

<sup>202</sup> Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en: <https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

organismos especializados en cuanto a las materias a que se refiere el presente Pacto.

#### Artículo 47

Ninguna disposición del presente Pacto deberá interpretarse en menoscabo del derecho inherente de todos los pueblos a disfrutar y utilizar plena y libremente sus riquezas y recursos naturales.

Dichos artículos tienen el mismo contenido que el Pacto de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; en este sentido, se protegen las decisiones de orden internacional de ponderarse con el contenido del Pacto y de igual forma impiden la efectividad en el orden internacional conforme la soberanía de los Estados parte.

### **2.3. Marco constitucional de resolución aplicable**

En nuestro sistema jurídico se ha recogido la ponderación de manera muy firme pero positivamente débil, en suma, se ha aplicado en diversas sentencias, pero no se tiene un fundamento constitucional o norma marco para establecer los límites o métodos de ponderación. Constitucionalmente, sin embargo, si hay una mención de la ponderación; el fundamento, se encuentra en el artículo 107 fracción X, dicho precepto letra dice:

Los actos reclamados podrán ser objeto de suspensión en los casos y mediante las condiciones que determine la ley reglamentaria, para lo cual el órgano jurisdiccional de amparo, cuando la naturaleza del acto lo permita, deberá realizar un análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social.<sup>203</sup>

El artículo citado se refiere al Juicio de Amparo, en específico a la forma de resolver la suspensión la cual es un procedimiento accesorio que busca mantener intacta la materia y objeto del Amparo (derechos o bienes relativos a la persona) No obstante, dicta una forma específica de resolver dicha cuestión, en especial la parte

---

<sup>203</sup> Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_110321.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_110321.pdf).

enunciada como “análisis ponderado de la apariencia del buen derecho y del interés social”. Es decir, el juez debe de ponderar la suspensión del acto reclamado, dando pie al principio de ponderación, esto es, cuando mayor sea la restricción de un principio mayor debe ser la importancia del otro.

La sistematicidad del artículo antes citado nos da una conducta de obligatoriedad hacia el Juez pues menciona “deberá realizar un análisis ponderado...” si bien es cierto nos habla de un contexto dentro de la Ley reglamentaria de Amparo y sobre todo dentro de la suspensión; esta obligación de ponderación se vuelve integral, es decir es de carácter enunciativo para el sujeto obligado que es el juez; siempre y cuando exista un conflicto entre “la apariencia del buen derecho y el interés social”. ¿y que se entiende por apariencia del buen derecho e interés social?

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) a través de tesis aislada ha determinado que en caso de una decisión judicial con relación a la suspensión:

En los casos concretos, no son principios en abstracto, sino las circunstancias de hecho que justifican la aplicación de ciertos principios, ante otros, sobre la base de los singulares intereses en conflicto. En este contexto, resulta lógico considerar que la mera acreditación de la apariencia del buen derecho no asegura el otorgamiento de la suspensión, pues es necesario que ese elemento se pondere ante el mandato de que el otorgamiento de la medida no resulte contrario al interés social.<sup>204</sup>

Dando la obligatoriedad y la orientación a la ponderación; a su vez también si se hace una interpretación conforme y bajo el principio pro persona del artículo primero, ya que la protección, promoción, garantía de los derechos humanos que hace referencia el artículo primero deben hacerse en todo el ordenamiento mexicano, como menciona: la obligación todas las personas en el ámbito de sus competencias. En este sentido, los criterios de la SCJN, han determinado la

---

<sup>204</sup> Tesis IV.2o. A.71 K , *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, tomo II, julio de 2014, p.1105.



impregnación de la protección del artículo primero en otras áreas conforme a una interpretación sistemática<sup>205</sup>, como por ejemplo el interés superior del menor.

En este orden de ideas, el alcance de la ponderación dentro de la constitución con relación a los derechos fundamentales debe hacerse mediante los subprincipios de necesidad, racionalidad e idoneidad; así como el examen de constitucionalidad y escrutinio; el cual nos menciona que: El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas.<sup>206</sup> Es decir nos habla de un “deber” de la autoridad de realizar, es una norma que obliga.

En la primera etapa se debe determinar si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. De ser positiva la respuesta a la anterior cuestión el test prosigue. La segunda etapa del test debe comenzarse con la búsqueda de una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga el derecho.

En este punto cabe señalar que la SCJN menciona: Es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad.<sup>207</sup> Es decir reconoce la necesidad de utilizar esta metodología para realizar el análisis y posterior declaración o no inconstitucional, en suma, para ponderar se necesita un método específico.

La SCJN continúa exponiendo los pasos restantes, los cuales explica:

Para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente

---

<sup>205</sup> Tesis 1a. CVII/2014, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo I, marzo de 2014, p. 546.

<sup>206</sup> Tesis 1a. CCLXIII/2016, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo II, noviembre de 2016, p. 915.

<sup>207</sup> Tesis 1a. CCLXIII/2016, *op. cit.*

idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o *prima facie*. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.<sup>208</sup>

Esta es la normatividad y obligación de las autoridades en el nivel constitucional al momento de realizar una ponderación de derechos fundamentales; cabe señalar que los anteriores criterios son tesis aisladas. Independientemente del apoyo y difusión de la metodología del test de proporcionalidad, éste es impotente por su incompletitud y su impotencia ante otros criterios incluso con mayor eficacia como jurisprudencias que se expondrán más adelante.

Aunque la Constitución Federal y los criterios interpretativos de la SCJN , mantiene la deóntica de qué las autoridades deben ponderar y bajo una metodología específica, la realidad que está en un vacío normativo dicha obligación al no existir una norma específica y la interpretación al devenir en solo tesis orientativas.

#### **2.4. Normas nivel nacional y federal**

A nivel Federal y Nacional no existen normas referentes a la ponderación ni a las formas de resolver conflictos de principios de normas de derechos fundamentales, no obstante, siguiendo la línea constitucional si existen preceptos referentes al artículo 107, fracción X de nuestra carta magna. En este sentido encontramos la Ley de Amparo.<sup>209</sup>

El artículo 126 de dicha norma, establece las formas de conceder la suspensión las cuales serán de oficio y de plano cuando se trate de actos importen peligro de privación de la vida, ataques a la libertad personal fuera de procedimiento,

---

<sup>208</sup> Tesis 1a. CCLXIII/2016, *op. cit.*

<sup>209</sup> Ley de Amparo, disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp\\_070621.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_070621.pdf)

incomunicación, deportación o expulsión, proscripción o destierro, extradición, desaparición forzada de personas, reclutamiento forzoso a las fuerzas armadas, en la privación de derechos agrarios o alguno de los prohibidos por el artículo 22 de la Constitución General, es decir las penas trascendentales o tratos crueles e inhumanos. Cabe destacar la forma de subsunción y nulo juicio ante tales actos, donde se le ordena al juez resolver de plano y oficio en caso de dichos actos.

La norma de la Ley de Amparo que realiza una excepción a la anterior norma es la 128 de dicha Ley, donde establece que a excepción de los casos que se proceda de oficio, la suspensión deberá decretarse siempre y cuando concurren los siguientes requisitos: la solicitud del quejoso, y que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público. Aquí encontramos la primera norma dirigida exclusivamente a la ponderación; donde cabe resaltar, siempre se ponderara con relación al interés social y orden público, es decir las regulaciones del Estado, no reconociendo la ponderación entre principios de derechos fundamentales más que entre el derecho fundamental y el principio de Estado.

La normatividad nos señala los casos los cuales se considerara que se siguen perjuicios al interés social o se contravienen disposiciones de orden público, esto es que al concederse la suspensión: Continúe el funcionamiento de centros de vicio o de lenocinio, así como establecimiento de juegos con apuestas o sorteos; Continúe la producción o el comercio de narcóticos; Se permita la consumación o continuación de delitos o de sus efectos; Se permita el alza de precios en relación con artículos de primera necesidad o de consumo necesario; Se impida la ejecución de medidas para combatir epidemias de carácter grave o el peligro de invasión de enfermedades exóticas en el país; Se impida la ejecución de campañas contra el alcoholismo y la drogadicción; Se permita el incumplimiento de las órdenes militares que tengan como finalidad la defensa de la integridad territorial, la independencia de la República, la soberanía y seguridad nacional y el auxilio a la población civil, siempre que el cumplimiento y ejecución de aquellas órdenes estén dirigidas a quienes pertenecen al régimen castrense; Se afecten intereses de menores o incapaces o se les pueda causar trastorno emocional o psíquico; Se impida el pago

de alimentos; Se permita el ingreso en el país de mercancías cuya introducción esté prohibida se incumplan con las normas relativas a regulaciones y restricciones no arancelarias a la exportación o importación, se incumplan con las Normas Oficiales Mexicanas; se afecte la producción nacional; Se impidan o interrumpan los procedimientos relativos a la intervención, revocación, liquidación o quiebra de entidades financieras, y demás actos que sean impostergables, siempre en protección del público ahorrador para salvaguardar el sistema de pagos o su estabilidad; Se impida la continuación del procedimiento de extinción de dominio previsto en el párrafo segundo del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En caso de que el quejoso sea un tercero ajeno al procedimiento, procederá la suspensión; Se impida u obstaculice al Estado la utilización, aprovechamiento o explotación de los bienes de dominio directo referidos en el artículo 27 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

En suma, se establece una lista de algunos casos donde se ponga en peligro el interés social y orden público, no obstante, bajo esta argumentación de subsunción, cualquier situación esgrimida desde la ley positiva como de orden público o interés social puede entrar dentro del principio de Estado y con esto ser susceptible de ponderación; cabe apuntar, que en ningún momento se hace mención de contravenir algún derecho fundamental. El órgano jurisdiccional según la Ley de Amparo también tiene la facultad de otorgar la suspensión sin importar la situación siempre que a su criterio la negativa de suspensión cause un mayor perjuicio al interés social. Esta última parte es vital para la normatividad referente a la ponderación.

Los criterios señalados para considerar “perjuicio al interés social” en el último párrafo del artículo 129 de la Ley de Amparo no se mencionan, lo que nos dice literalmente la ley es una facultad discrecional del órgano jurisdiccional, solo ateniéndose al principio de legalidad y por ende a justificar su sentencia o decisión, sin embargo, al no existir un método ni señalarse la ponderación, éste queda muy abierto y con posibilidades de cualquier tipo de argumentación.

## **2.5. Jurisprudencia y protocolos**

Al ser la ponderación una forma de resolución de conflictos que no cuenta con un marco normativo robusto en el ordenamiento jurídico mexicano, se ahonda en la jurisprudencia y en otros cuerpos normativos. La jurisprudencia se extraerá de la interpretación de la SCJN y los órganos competentes; lo anterior, bajo el requisito de ser jurisprudencia firme y no tesis aisladas.

En este orden de ideas, se analiza y describen los Protocolos de actuación para quienes imparten justicia. Estos documentos son normas *ad hoc* orientativas para el Poder Judicial, y emitidas por éste mismo; los cuales se vuelven vinculantes vía jurisprudencia, tal como lo enuncia el amparo en revisión número 2655/2013.<sup>210</sup>

Los protocolos de actuación para quienes imparten justicia son relevantes ya que son normas que ordenan al juzgador a un método específico y sistemático para juzgar en casos donde se encuentres categorías sospechosas. En este sentido, se busca un método para una relativización válida de derechos fundamentales, por ende, dichos documentos son de valor empírico y para extraer los elementos relacionados con la ponderación y proporcionalidad.

Para ello, se describirán los protocolos sucintamente, con sus objetivos, temática y se abordarán las normas o mandatos que de dichos documentos emanen que ordenen una forma específica de juzgar o bien, señalen una metodología desde donde abordar la proporcionalidad y ponderación.

### **2.5.1. Compilación de Jurisprudencia**

Las tesis aisladas destacadas en materia de interpretación, proporcionalidad, ponderación y resolución de conflictos de derechos fundamentales son abundantes, no obstante, no tienen el rango de jurisprudencia son solo tesis aisladas, pero si existe un grado de observancia y efectividad se analizará en el capítulo tercero de dicho trabajo. En las tesis que señalaremos existen convergencias y diferencias que

---

<sup>210</sup> Amparo en revisión con número de expediente 2655/2013, disponible en: [http://www.pjihidalgo.gob.mx/PortalVirtual/2Consejo/Areas/Planeacion/Areas/CoordinacionGeneral/Areas/UnidadGenero/Documentos/sentencias\\_relevantes/sentencia4.pdf](http://www.pjihidalgo.gob.mx/PortalVirtual/2Consejo/Areas/Planeacion/Areas/CoordinacionGeneral/Areas/UnidadGenero/Documentos/sentencias_relevantes/sentencia4.pdf)

vislumbran el grado de incompatibilidad y falta de unificación de criterios sobre estos tópicos. Se analizarán las siguientes tesis y criterios:

### **1. Restricciones a derechos y libertades y el control convencional**

Resultando de la contradicción de tesis 293/2011 la jurisprudencia establece que las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre las normas convencionales (tratados internacionales) sin la necesidad de iniciar algún juicio de ponderación posterior, razonamiento que deriva la interpretación sobre la inoperancia de agravios en Juicio de Amparo cuando se esté en alguna restricción o prohibición. Esto se fundamenta en lo previsto en los numerales 30 y 32.2 de la Convención Americana sobre derechos humanos, según dichas disposiciones permiten al Estado mexicano poder restringir derechos humanos;

### **2. Test de proporcionalidad y proporcionalidad de las penas**

Esté criterio <sup>211</sup> establece la diferencia entre proporcionalidad y proporcionalidad de la pena; relacionando la primera con el test de proporcionalidad y en el cual si existe la posibilidad de colisión de principios de derechos humanos; y en el segundo caso la proporcionalidad de la pena es simplemente un análisis de una regla de derecho penal frente al principio de penas prohibidas contenidas en el artículo 22 constitucional negando la forma de principios y de colisión en materia de penas penales proporcionales;

### **3. Intensidad del análisis constitucional y proporcionalidad**

La jurisprudencia que versa sobre el análisis constitucional de proporcionalidad<sup>212</sup> establece que existen dos niveles de análisis de constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos donde incidan directamente derechos humanos; por otro lado el escrutinio estricto se realiza en casos donde existan las categorías sospechosas

---

<sup>211</sup> Tesis 2a. CCCIX/2014, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo I, septiembre 2015, p. 590.

<sup>212</sup> Tesis 1a. CCCXII/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo 2, septiembre 2015, p. 1052

detalladas en el artículo primero constitucional, en ambos casos se recomienda usar el test de proporcionalidad, siendo el derecho fundamental en el escrutinio estricto la igualdad.

#### **4. Proporcionalidad y los derechos económicos, sociales y culturales (DESCA)**

La proporcionalidad de los DESCAs por vía jurisprudencial <sup>213</sup> establece que los derechos consagrados por de carácter económicos, sociales y culturales no pueden desconocerse por el Estado ni dar marcha atrás con ellos, no obstante, el Estado puede justificarlo siempre y cuando la constitucionalidad de alguna norma sea regresiva a estos mismos derechos, para lo cual se ordena el uso del test de proporcionalidad;

#### **5. Test de proporcionalidad y leyes fiscales**

esté criterio reconoce al test de proporcionalidad como una forma válida de resolución de conflictos de derechos fundamentales <sup>214</sup>, pero para que opere en materia fiscal y se justifique una medida por parte del juez, éste último debe probar la existencia de los tres elementos, es decir, de finalidad, racionalidad y proporcionalidad.

#### **6. Test de proporcionalidad y su metodología**

El presente criterio es de suma importancia pues es en éste donde se establece la con mayor robustecimiento el test de proporcionalidad y de éste criterio nacen las demás formas, obligaciones y adecuaciones de la ponderación en el ordenamiento jurídico mexicano.<sup>215</sup> Establece lo siguiente: El examen de la constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas. En una primera etapa, debe determinarse si la norma impugnada incide en el alcance o contenido inicial del derecho en cuestión. Dicho, en otros términos, debe

---

<sup>213</sup> Tesis 1a. CCCVI/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo I, septiembre 2017, p. 219.

<sup>214</sup> Tesis 2a. XC/2017, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo II, junio 2017, p. 1452.

<sup>215</sup> Tesis 1a. CCLXIII/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo II, noviembre de 2016, p. 915.

establecerse si la medida legislativa impugnada efectivamente limita al derecho fundamental. De esta manera, en esta primera fase corresponde precisar cuáles son las conductas cubiertas prima facie o inicialmente por el derecho. Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada tiene algún efecto sobre dicha conducta; esto es, si incide en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis. En esta segunda fase, debe examinarse si en el caso concreto existe una justificación constitucional para que la medida legislativa reduzca o limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho. Al respecto, es necesario tener presente que los derechos y sus respectivos límites operan como principios, de tal manera que las relaciones entre el derecho y sus límites encierran una colisión que debe resolverse con ayuda de un método específico denominado test de proporcionalidad. En este orden de ideas, para que las intervenciones que se realizan a algún derecho fundamental sean constitucionales debe corroborarse lo siguiente: (i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.

## **7. Test de proporcionalidad y marihuana**



El presente criterio enarbola en sentido práctico una ponderación radical en un tema relevante como es el caso del lúdico de marihuana,<sup>216</sup> establece que para poder legitimar una sanción por el consumo lúdico de marihuana está debe pasar por el test de proporcionalidad, en el cual para pasar la etapa de idoneidad, debe probarse que el consumó lúdico de marihuana afecta la salud de toda la población en general, de lo contrario no puede ser proporcional la medida en contra del consumó.

### **8. Limitación de la proporcionalidad**

El presente criterio.<sup>217</sup> puede ser observado como una excepción total a la ponderación, la proporcionalidad e incluso al deber de proteger derechos fundamentales por parte del Poder judicial, toda vez que según está tesis esos métodos no constituyen, por sí mismos, un derecho fundamental, sino la vía para que los Jueces cumplan la obligación que tienen a su cargo, que se constriñe a decidir, en cada caso particular, si ha existido o no la violación alegada. Sobre esas bases, los Jueces no están obligados a verificar la violación a un derecho humano a la luz de un método en particular, ni siquiera porque así se lo hubieran propuesto en la demanda o en el recurso, máxime que no existe exigencia constitucional, ni siquiera jurisprudencial, para emprender el test de proporcionalidad o alguno de los otros métodos cuando se alegue violación a un derecho humano.

### **9. Inaplicación de ponderación en pensiones y jubilaciones**

Está tesis <sup>218</sup> de igual forma que la anterior, desconoce la aplicación de la ponderación, en este caso, tratándose de aumentos del monto de las pensiones conforme al aumento de salario en el Estado de Sonora; donde no se puede aplicar la ponderación para lograr el aumento por carecer de sustento jurídico, es decir, por no contar con una norma de ponderación.

---

<sup>216</sup> Tesis 1a. CCLXIX/2016, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo II, noviembre de 2016, p. 914.

<sup>217</sup> Tesis 1a. CVII/2018, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo II, noviembre de 2018, p. 1191.

<sup>218</sup> Tesis V.2o. P.A.37 A, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Decima Época, Tomo V, agosto 2021, p. 4903.

## **2.5.2. Protocolos de actuación para quienes imparten justicia**

Los Protocolos de actuación para quienes imparten justicia (PAIJ) son un conjunto de ocho documentos emitidos por el Poder Judicial; en los cuales se marcan directrices y pasos específicos orientativos para el juzgador, el cual tiene la obligación de aplicarlos a petición de alguna de las partes y está obligado a su observancia. Los PAIJ hasta el momento son los siguientes: PAIJ para juzgar con perspectiva de género, PAIJ de menores y adolescentes, PAIJ en caso de discapacitados, PAIJ en caso de megaproyectos, PAIJ en caso de diversidad sexual, PAIJ de pueblos originarios, PAIJ en el caso de torturas, y el PAIJ en el caso de migrantes<sup>219</sup> No obstante el único que cumple con la forma de un protocolo que determina pasos concatenados para dar solución a una decisión judicial es el PAIJ de género.

### **2.5.2.1. Protocolo para juzgar con perspectiva de género<sup>220</sup>**

El PAIJ para juzgar con perspectiva de género atiende al mandato de igualdad y no discriminación enmarcado en el artículo cuarto constitucional, así como para combatir la violencia contra la mujer. En este sentido, el protocolo obliga a los juzgadores a utilizar un método de seis pasos no secuenciales;<sup>221</sup> El objetivo del método es identificar los impactos diferenciados de género para producir la categoría del género en el litigio, es decir generar las condiciones para una discriminación positiva.<sup>222</sup> Los pasos son los siguientes:

1. Obligación de identificar si existen situaciones de poder o contextos de desigualdad estructural y/o contextos de violencia que, por cuestiones de género, evidencien un desequilibrio entre las partes de la controversia. Se trata aquí de identificar escenarios donde históricamente y por costumbres prevalece el poder;

---

<sup>219</sup> Todos los PAIJ se encuentran en el siguiente enlace: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion>

<sup>220</sup> Zaldívar, Arturo, *et. al.*, *Protocolo para juzgar con perspectiva de género*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.

<sup>221</sup> *Ibidem*, p. 138.

<sup>222</sup> *Ídem*.

2. Identificación de asimetrías de poder y violencia mediante el análisis del contexto, los hechos y las pruebas. Analizar el contexto objetivo (lugar y hechos), así como el subjetivo que se refiere a las partes en el proceso (vínculos personales y de género);
3. Obligación de ordenar de oficio las pruebas necesarias para visibilizar situaciones de violencia, vulnerabilidad o discriminación por razones de género, en caso de que el material probatorio no sea suficiente para aclararlas;
4. Obligación de desechar cualquier estereotipo o perjuicio de género al momento de cuestionar los hechos y analizar pruebas;
5. Obligación de apreciar los hechos y las pruebas con sensibilidad sobre cuestiones de género, y
6. Obligación del uso del derecho (jurisprudencia) y del lenguaje inclusivo a lo largo de la sentencia.

En suma, se puede observar que se utilizan recomendaciones que obligan al juez a usar determinadas posturas, análisis y formas de valoración probatorias, es decir, si el PAIJ de perspectiva de género, fuera una norma positiva, tendría el operador deóntico de obligación. En este sentido, cabe recalcar que el PAIJ obliga a los jueces a una forma específica de juzgar para llevar a cabo la instrucción del proceso.

Por otro lado, el PAIJ no encierra una forma específica de ponderación o proporcionalidad, sino que construye su propio método a través de seis rubros que de hecho, no son secuenciales sino sistemáticos. La hermenéutica del PAIJ de perspectiva de género es hermenéutica sistemática que ordena la producción de la categoría de género, una vez sometido el proceso a dicho protocolo. No se tienen regulaciones en caso de que las pruebas, sujetos no resulten con categorías de género, dejando esta cuestión en laguna.

## **2.6. Antinomias y desarmonización entre marcos jurídicos de resolución**

Para poder encontrar posibles antinomias y desarmonización entre las distintas leyes que ya hemos expuesto debemos tener en cuenta previamente los postulados

de nuestra primera vía (lógica deóntica de Von Wright). Bien para Von Wright deben existir tres elementos básicos de todo sistema jurídico:

1. Completitud: es decir se deben contemplar todos los supuestos indispensables para su funcionamiento.
2. Consistencia: todas y cada una de las normas pueden cumplirse en el mismo lugar y tiempo (existen reglas de clausura para resolver antinomias)
3. Coherencia: el sistema normativo contemple de forma clara las consecuencias de su aplicación e inaplicación

Ahora bien, contemplando esos tres elementos vamos a presentar su método. Pero antes debemos refrescarnos en lógica deóntica para analizar las preposiciones normativas bajo estos signos:

Obligatorio	O
Permitido	P
No permitido	$\neg P$

Cuadro 4. Equivalencias deonticas. Elaboracion propia.

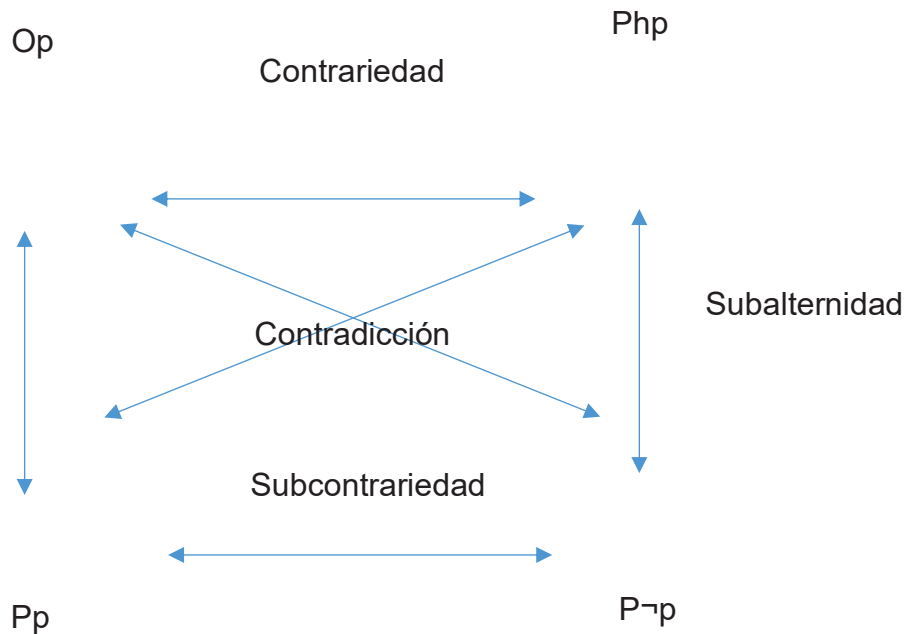
Ahora bien, antes de realizar el cuadro deontico para obviar las contradicciones, debemos entender el siguiente cuadro de equivalencias de la axiomática de Von Wright:

$Pp$	$\neg O\neg p$	$\neg Php$
$\neg Pp$	$O\neg p$	$Php$
$P\neg p$	$\neg Op$	$\neg Ph\neg p$
$\neg P\neg p$	$Op$	$Ph\neg p$

Cuadro 5. Equivalencias deonticas II. Elaboracion propia.

En el anterior cuadro vemos las equivalencias de la axiomática, donde “p” es cualquier acción, cualquier verbo. Entonces podríamos afirmar que por

interdefinibilidad “no permitir p” es igual a “obligatorio no hacer p” y “prohibido hacer p” (la interpretación de la tercera línea).



Cuadro 6. Cuadro Deontico. Elaboracion propia.

El anterior cuadro deóntico se utilizará para analizar las inconsistencias de la normatividad en el presente capítulo.

Una preposición normativa tiene:

1. Núcleo Normativo: esté a su vez comprende el carácter deóntico ( $Op, Pp, P\neg p$ ), la conducta; entendiéndose como el enunciado prescriptivo, es decir el verbo o actividad que demanda esta norma, la condición de aplicación la cual puede ser a su vez categórica e hipotética. La categórica es aquella que no necesita algo adicional para aplicarse no requiere requisitos. La condición de aplicación hipotética es aquella que se auxilia de requisitos adicionales y supuestos.
2. Las características específicas: las cuales son autoridad, sujeto normativo y ocasión. La autoridad es aquella que crea la norma autónoma cuando la crea

para sí misma y heterónoma cuando la crea para otros. El sujeto normativo, el cual es general cuando va dirigido a todos y particular cuando va dirigido a una cierta calidad, persona o grupo. Y por último la ocasión que se refiere al espacio temporal, si es general o particular.

Si bien es cierto que basta con denunciar la contradicción para afirmar que las normas no pueden existir ni aplicarse en el mismo lugar al mismo tiempo; nos es necesario aplicar el análisis completo. Con lo anterior denunciaremos la inconsistencia, incompletitud e incoherencia del sistema normativo mexicano en relación con el tema expuesto.

El análisis bajo el cuadro deóntico nos da un resultado de un sistema jurídico inconsistente, incoherente e incompleto. Es incompleto debido a las siguientes lagunas:

#### **1. Marco Internacional.**

No se contiene ninguna norma que establezca el método para ponderar

Alemania: no contiene ninguna obligación de ponderar y no contiene norma para un método especial.

España: no contiene ninguna obligación de ponderar y no contiene norma para un método especial.

EUA: no contiene ninguna obligación de ponderar y no contiene norma para un método especial.

#### **2. Marco convencional.**

No existe en ninguna convención y declaración señalada una norma que establezca un método para ponderar derechos fundamentales, no obstante, existen los criterios para hacerlo; todo derecho humano o fundamental debe ponderarse con relación al interés público y orden democrático.

#### **3. Marco constitucional.**

Existe la disposición sobre ponderación contenida en el artículo 107, fracción X, no existe laguna en este aspecto, el sistema constitucional si bien está completo, debería contener un método uniforme, no lo contiene.

#### **4. Marco nacional.**

De todos los cuerpos normativos analizados, este es el más endeble ya que solo en una norma contiene disposiciones referentes a la ponderación y está es la Ley de Amparo en sus artículos 126 y 129. Dichos artículos contienen la ponderación entre la suspensión y el interés social y orden público, pero son omisos en marcar las formas en cómo se deben ponderar, solo hace un catálogo de situaciones específicas para posteriormente desconocerlas y darle la facultad al juez de otorgar la suspensión incluso en contra del interés social y orden público siempre que lo justifique.

#### **5. Jurisprudencia.**

Ningún criterio analizado cuenta con el rango de jurisprudencia obligatoria, son tesis aisladas y criterios, lo que denota la gran ausencia de vinculatoriedad, así como, explícitamente mencionan dentro de los criterios la inaplicabilidad obligatoria de la ponderación por falta de sustento jurídico.

#### **6. Los PAIJ.**

El único PAIJ relevante y que contiene disposiciones referentes a la forma de juzgar y colisionar derechos fundamentales es el PAIJ para juzgar con perspectiva de género, los otros ocho PAIJ no contienen ninguna recomendación directa, son más bien, catálogos de derechos y síntesis de principios ya establecidos previamente en la normatividad. Cabe señalar, ningún PAIJ tiene el rango de norma, es decir, carece de coacción.

Es inconsistente debido a las siguientes antinomias:

En forma sucinta se pueden aglutinar toda la normatividad en dos grandes caracteres deónticos: obligación de ponderar y la permisión de no permitir la ponderación por parte de los jueces, es decir tienen el carácter deóntico  $O_p$  y  $P_{\neg p}$ ,

esto es, están conforme al cuadro deontológico, en clara contradicción lo que determina una autonomía en el sistema jurídico mexicano, en este sentido las normas contempladas:

Deontología Op	Deontología P-ϕ
<ul style="list-style-type: none"> <li>• Constitución Mexicana</li> <li>• Convención Americana</li> <li>• Declaración Universal</li> <li>• Pacto DESCA</li> <li>• Pacto Derechos Civiles y Políticos</li> <li>• Ley de Amparo</li> <li>• PAIJ de Género</li> <li>• Tesis aisladas de Op</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Tesis aisladas de P-ϕ</li> </ul>
	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Doctrina Internacional</li> </ul>

Cuadro 7: Cuadro de deontológico de contradicción. Elaboración propia.

En los documentos contenidos a la izquierda se pueden observar todos los documentos que obligan a ponderar y ordenan realizar un análisis ponderado para restringir un derecho fundamental y dar solución a la colisión de principios; si bien es cierto la mayoría exceptuando las tesis, mencionan que la ponderación se realiza entre un derecho fundamental frente al interés social, público. Bien por otro lado, la fila de la derecha permite no permitir la ponderación al darle a los jueces la discrecionalidad de no realizar un análisis ponderado, test de proporcionalidad y en el caso de la doctrina internacional ignorando la ponderación como tal, ateniéndose a la subsunción. Por ende, el sistema jurídico mexicano es inconsistente.

Por la incompletitud y la inconsistencia del sistema, el ordenamiento jurídico mexicano en torno a la resolución de conflictos de colisión de normas de derechos fundamentales es incoherente. De forma sintética, se puede afirmar que donde existe mayor contenido de ponderación y su regulación es a nivel jurisprudencial, existiendo de forma categórica dos grandes campos: la que ordena la ponderación



como garantía para el disfrute de derechos humanos y la que le niega el carácter normativo y la restringe.

### **Capítulo III. Violación a derechos fundamentales por arbitrariedad de la decisión judicial**

#### **3.1. Falta del Método válido para relativizar en datos**

Según lo dispone la página de transparencia y sistematización de información de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, desde 2011 a 2022 existe el registro de 79, 436 sentencias emitidas con relación a derechos fundamentales.<sup>223</sup>

Sin embargo de dicha toma de datos, no existe un registro del tipo de argumentación o modelo se usó para su resolución, tal como lo indica la solicitud de transparencia y su respuesta con el número de expediente CJF/CAP/DGGJ/STG/525/2019.<sup>224</sup> En la cual el Poder Judicial de la Federación hace constar que no tiene un registro de aplicación de la proporcionalidad.

Al no existir un registro del tipo de método utilizado para resolver posibles colisiones de derechos fundamentales, a juzgar por la cantidad de asuntos registrados, y por la falta de obligatoriedad de utilizar la proporcionalidad y ponderación como ya se mencionó en el capítulo anterior, se puede observar un gran vacío y falta de certeza en la forma de resolver por parte del Poder Judicial de la Federación.

Esto origina un problema que se había advertido. El Poder Judicial, debido a la falta de regulación de la decisión judicial violenta derechos fundamentales. Lo anterior, no solo por la falta de un registro del tipo de forma de resolver, sino por la no obligatoriedad de un método.

En este orden de ideas, la violación a derechos fundamentales debe vislumbrarse a través de sentencias paradigmáticas y su análisis en la forma de

---

<sup>223</sup>Portal de Transparencia de la SCJN, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/IndicadoresCompetenciaDelegada/paginas/ReportesAsuntosGeneral.aspx?Clase=DerechoHumanoBE>

<sup>224</sup> Solicitud de información disponible en la Plataforma Nacional de Transparencia, disponible en: <https://www.plataformadetransparencia.org.mx/>

resolver; así como el impacto que tienen dichas sentencias sobre algunos parámetros de conflictos sociales.

**3.1.1. Bajo impacto del Protocolo para Juzgar con perspectiva de género**

Como se señaló en el capítulo segundo de esta tesis, el PAIJ de género es el mejor ejemplo de un documento que obliga para juzgar ya que implementa pasos sistematizados y racionalizados para producir una decisión judicial. En este sentido, los datos sobre la aplicación e impacto del PAIJ de género son los siguientes:

Asuntos de Amparo en Revisión con relación al derecho fundamental de no discriminación e igualdad de género, del año 2011 a la fecha son 147;<sup>225</sup> de dichos asuntos dependiendo el rubro corresponden a la siguiente clasificación: materia penal 2 asuntos; administrativa 92; civil 49, y trabajo 4. De dichos asuntos, sin embargo, no se tiene registro del uso del PAIJ como tal, pero si de una “perspectiva de género”. Conforme a los siguientes datos disponibles:

Año	Total
2011	197
2012	349
2013	1620
2014	2980
2015	3020
2016	83744
2017	183369
2018	76732
2019	1851
Total general	353,862

Cuadro 8: Sentencias relacionadas con perspectiva de género. Elaboración propia.<sup>226</sup>

<sup>225</sup> Portal de Transparencia de la SCJN, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/IndicadoresCompetenciaDelegada/paginas/ReportesAsuntosGeneral.aspx?Clase=DerechoHumanoBE>

<sup>226</sup> *Ídem.*

Los datos anteriores se consultaron hacia todos los órganos jurisdiccionales a través de la solicitud de transparencia número CJF/CAP/DGGJ/STG/425/2020<sup>227</sup>; en dicha solicitud también se advierte que dichas sentencias se resolvieron por “actos discriminatorios” no si se aplicó algún PAIJ, que si fue la pregunta específica de la solicitud. La respuesta en cuestión es la que sigue:

Por cuanto hace a las sentencias “...modificadas” por “falta de utilización de la técnica de perspectiva de género”, las “condenatorias a jueces/as y magistrados/as” y las “...sanciones impuestas por el mismo motivo. no se cuenta con campos de captura que permitan identificación, en todo caso se requeriría de un análisis jurídico que implicaría la revisión de cada uno de los asuntos del conocimiento de los órganos jurisdiccionales, lo cual no se encuentra tutelado por la Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.<sup>228</sup>

En efecto, no existe un registro de una forma de resolver, y no solo porque dicho registro necesita un análisis jurídico más profundo; ni por la falta de obligación en las normas de transparencia; sino por la misma falta de un método válido; ya que su aplicación generaría una formalización que podría coadyuvar a la identificación de dicha forma de resolver.

En demás solicitudes de información no se tienen datos respecto a la aplicación del PAIJ de género. Existen diversas fuentes, datos y registros sobre capacitaciones, cursos y acciones de sensibilidad, sin embargo, sobre los PAIJ no existen datos que nos permitan medir el impacto, con lo cual podremos concluir que no existe un impacto del PAIJ de género.

En el caso de la necesidad no de un análisis cuantitativo sino cualitativo sobre un análisis jurídico profundo, tendremos que señalar ejemplos de casos

---

<sup>227</sup> *Ídem.*

<sup>228</sup> Solicitud de transparencia número CJF/CAP/DGGJ/STG/425/2020, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/IndicadoresCompetenciaDelegada/paginas/ReportesAsuntosGeneral.aspx?Clase=DerechoHumanoBE>

paradigmáticos y su forma de resolución para arribar al problema de la violación de derechos fundamentales.

### **3.2. Ponderación a modo en la jurisprudencia**

El problema que causa violaciones graves de derechos humanos y sobre todo conflictos sociales y doctrinales de derechos humanos y fundamentales, es, la decisión judicial abstracta, general, no razonable y sin ningún grado de relativización. Como se mencionó anteriormente, no existe ningún método o forma de relativización que ordene a los jueces como juzgar. Lo único existente es el PAIJ de género y la incorporación del test de proporcionalidad y escrutinio; no obstante, solo son tesis aisladas y no tienen vinculación alguna.

En este orden de ideas, algunos juzgadores han impulsado el uso, difusión y promoción de las figuras antes mencionadas, sin embargo, al no tener una vinculación positiva con efectos plenamente eficaces, dichas figuras están abiertas al uso Indiscrecional del juzgador; así el juzgador puede usarlas en algunos asuntos y en otros no; seguir los pasos al pie de la letra en algunos y en otros no; o simplemente aducir qué realiza cierta figura y en realidad no sigue ningún paso establecido.

Cabe señalar, que el PAIJ de género tiene la característica de que si se ignora su uso, en posteriores impugnaciones, o a petición de alguna de las partes el juzgador si lo aplica en los casos donde se advierta la categoría sospechosa de desigualdad de género. Esto trae consigo la inferencia de que el PAIJ de género podría servir como modelo o antecedente de regulación de la forma de juzgar del Poder Judicial; pero invistiendo la figura de la proporcionalidad y formula del peso como Método valido para relativización de derechos fundamentales.

Por ende, y por la falta de un modelo positivo de relativización, la ponderación se usa a modo en las sentencias y en las *ratio decidendi* de los juzgadores. La ponderación deviene en pura argumentación investida de legitimación pseudoracional; y es difícil para los juzgadores y operadores del derecho criticar a priori una decisión basada en la “ponderación” empero, dichas decisiones solo violan o desconocen un derecho fundamental sobre otro; sin observar las

consecuencias a futuro de la decisión judicial, invisibilizando los conflictos que puedan existir en los derechos fundamentales y la sociedad.

Por ello, existen tres grandes rubros como se mencionó en el capítulo primero, donde podremos extraer la importancia de casos paradigmáticos donde se haya hecho uso de la ponderación a modo en el sistema jurídico mexicano, a saber: la regulación de Estado, de mercado, y de comunidad. Conforme a dicho rubros se analizarán sentencias relevantes en cada caso donde se perturbe la comunidad, se endurezca el autoritarismo de Estado y se desregule el mercado a favor de particulares sin atender al interés social.

El análisis de las sentencias será de la forma de ponderación y su falta de rigor, conforme a la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy. Se analizará el sentido de resolver, el método que utilizaron, si es que se utilizó la ponderación; y los efectos de la resolución con relación con los conflictos sociales y doctrinales; así como su alcance general.

Se recabarán los vacíos sobre la teoría y sobre el caso mexicano para poder diseñar un Método válido de relativización de derechos fundamentales. También se observará más adelante las consecuencias de dichas decisiones.

### **3.2.1. Arbitrariedad caso de prisión vitalicia**

En la sentencia que resuelve la acción de inconstitucionalidad 20/2003<sup>229</sup> la SCJN, resuelve la constitucionalidad del artículo 27 del Código Penal del estado de Chihuahua, el cual legaliza las penas acumulativas hasta por 105 años. Según el artículo 22 constitucional prohíbe las penas trascendentales y que toda pena deberá ser proporcional al bien jurídico tutelado.

La interpretación tradicional del artículo 22 constitucional ha sido declarar inconstitucional toda pena trascendental y violatoria a derechos humanos<sup>230</sup>, sin embargo, en la resolución 20/2003 se declara la constitucionalidad de la

---

<sup>229</sup> Sentencia de acción de inconstitucionalidad 20/2003, disponible en: <https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=content/sesi%C3%B3n-del-29-de-noviembre-de-2005>

<sup>230</sup> Tesis P./J. 127/2001, *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, tomo XIV, octubre de 2001, p. 15.

acumulación de penas y legaliza toda pena trascendental; tal como lo establece la jurisprudencia que se emitió consecuencia de dicha resolución.<sup>231</sup> La decisión claramente traerá consecuencias y conflictos doctrinales de los derechos fundamentales y sociales. En este orden de ideas la forma de resolver y los argumentos fueron los siguientes:

Métodos de resolución	Argumentos utilizados
<p>Interpretación sistemática</p> <p>Interpretación teleológica</p>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• El artículo 27 del Código penal de Chihuahua cumple el fin de prevención y de pacificación social.</li> <li>• El fin del legislador no era establecer límites a las penas</li> <li>• La pena de prisión vitalicia no se considera trascendental pues no mutilación, azotes o humillaciones.</li> <li>• Es peor para el delincuente tener una hipotética pena de muerte.</li> <li>• Se justifica por el concurso de delitos, y en delitos graves y en agravantes.</li> <li>• No es violatorio por que se refiere a la prisión definitiva más no preventiva.</li> <li>• La pena no es trascendente por que se pueden pedir beneficios penitenciarios tales como la remisión de la pena.</li> </ul>

Cuadro 9: Análisis de la sentencia 20/2003. Elaboración propia.

<sup>231</sup> *Ibidem.*

Como se puede observar no se utilizó ninguna ponderación en el caso de decidir la constitucionalidad de una norma, fue simplemente una interpretación sistemática y teleológica, y por supuesto se decidió a través de los votos. En este sentido, la interpretación sistemática es tautológica ya que remite a un análisis autoreferenciado del propio sistema jurídico, traduciéndose esto en un positivismo duro.

De igual manera, la interpretación teleológica es imposible de verificar de forma racional ya que está bajo una base de opinión y suposición de los fines del legislador más no en parámetros cualitativos de doctrina y premisas lógicas. Es una interpretación que incluso deja al arbitrio la voluntad del legislador, tal como se observa en la sentencia, la cual aduce que el fin del legislador no era establecer límites a las penas, ignorando el hecho del error, ignorancia, dolo o simplemente arbitrariedad del poder legislativo.

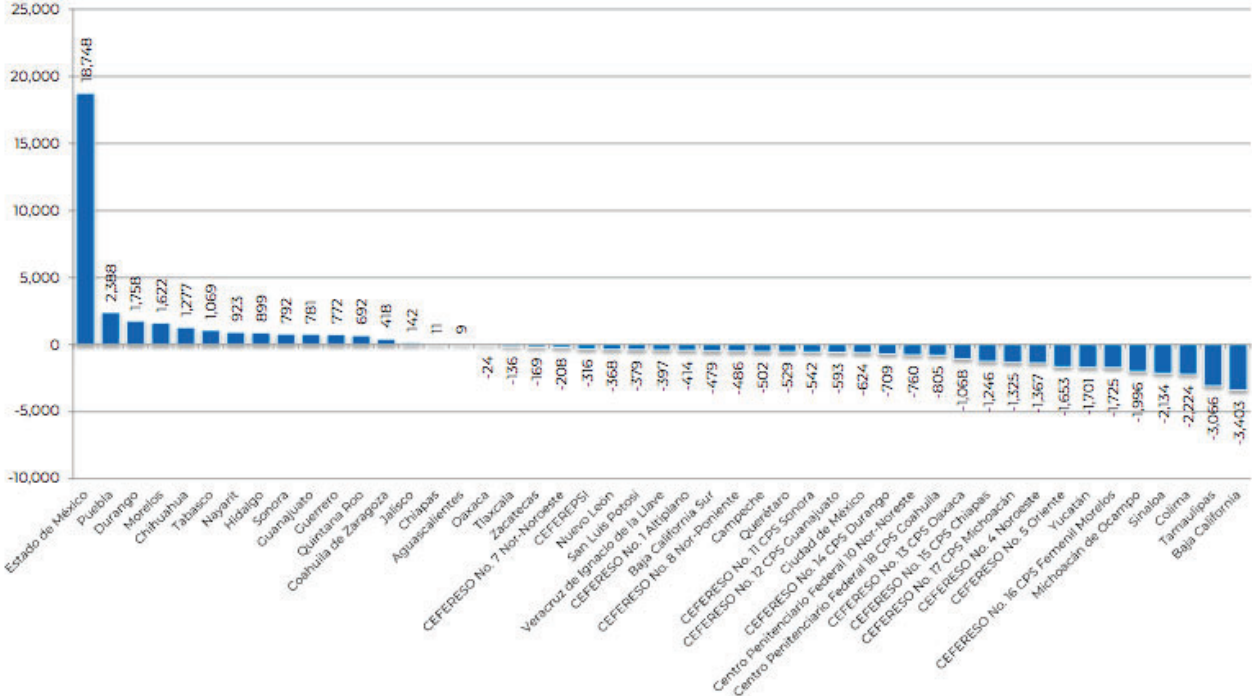
En cuanto a los conflictos doctrinales de los derechos fundamentales, una pena vitalicia no puede estar acorde a la dignidad ni a los principios de derechos fundamentales como el de progresividad e interdependencia, toda vez que se reconoce en los tratados internacionales el derecho a la libertad y de las penas mínimas; a su vez el violentar el derecho a la libertad y la dignidad se violentan otros derechos como el libre desarrollo de la personalidad, derecho a la educación, derecho a formar una familia, derechos políticos y cualquier otro que sea menoscabado con la reducción de movilidad y de ejercicio dentro de un centro penitenciario.

La decisión judicial de reducción de un derecho fundamental como la libertad desde la jurisprudencia no solo modifica el contenido sustancial de la Constitución y las normas sin pasar por un proceso democrático legislativo es totalmente irracional e incluso anticonstitucional; lo anterior lo difiere mucho de un Estado de excepción, donde como se ha mencionado es la supresión total de los derechos fundamentales de forma general, universal y arbitraria, es decir, abstracta sin atender al caso concreto lo cual es incluso contrario al funcionamiento judicial.

Que la decisión judicial se vuelva jurisprudencia como se mencionó no difiere de la legislación, por lo cual sus efectos son erga omnes sin poder combatir dicha interpretación.

En cuanto a los conflictos sociales generados por la decisión de legalizar la prisión vitalicia son graves, ya que como se observa en los recientes censos realizados por el Gobierno federal, la sobrepoblación penitenciaria es alarmante:

**SOBREPOBLACIÓN DE PERSONAS PRIVADAS DE LA LIBERTAD  
FEBRERO 2021**



Cuadro 10. Estadística de sobrepoblación en centros penitenciarios. Extraído del Cuaderno de Información Estadística Penitenciaria Nacional<sup>232</sup>

Se observa que más de la mitad de las entidades federativas tienen sobrepoblación penitenciaria, aunado a lo anterior, tanto los recursos como los espacios están saturados y se viven en condiciones inhumanas e indignas. La decisión judicial y la suspensión arbitraria del derecho fundamental de libertad por

<sup>232</sup> Cuaderno Información Estadística Penitenciaria Nacional, disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/626744/CE\\_2021\\_02.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/626744/CE_2021_02.pdf)



parte de la SCJN es una medida que provoca estos conflictos y propensa la crisis de la población penitenciaria. Esto refleja la poca visión e invalidez de dicho método para juzgar pues no tiene contraste con la realidad o con un daño concreto.

Gracias a la falta de una resolución con un método válido, las consecuencias de la presente decisión pueden tener efectos de anomia social así como el aprovechamiento de factores reales de poder que no necesariamente se desarrollen armónicamente con el interés social; como es el caso del lucro con las cuestiones penitenciarias.

Ya existen ocho cárceles privadas en México cuyo lucro se ha vuelto interesante para entes privados en México.<sup>233</sup> Esto trae como consecuencia la necesidad de mantener la demanda por así decirlo de reos que alimenten la maquinaria económica del lucro privado,<sup>234</sup> lo anterior no necesariamente trae efectividad ni respeto a los derechos fundamentales de los presos.

En un informe de México evalúa sobre el funcionamiento de las cárceles privadas en México, el organismo de la sociedad civil encontró irregularidades a distintos niveles.<sup>235</sup> Muchas son las consecuencias, desde la poca transparencia de los contratos y las licitaciones, como el ahorro de gastos para el lucro de los centros penitenciarios, lo que se traduce en la reducción de condiciones adecuadas para los reos, hasta el cabildeo para no reducir las penas privativas de la libertad. La decisión judicial analizada y llevada de la manera incorrecta coadyuva al desarrollo de este fenómeno dentro de la economía y sistema jurídico mexicano, sin mencionar el poder punitivo del Estado aumenta de manera significativa.

---

<sup>233</sup> “Gobierno gasta en promedio 3913 pesos diarios en por cada reo en cárceles privadas” Forbes disponible en: <https://www.forbes.com.mx/gobierno-gasta-en-promedio-3913-pesos-diarios-por-cada-reo-de-8-carceles-privadas/>

<sup>234</sup> “Privatización de cárceles en México: negocio jugoso” Bajo la lupa, disponible en: <https://documenta.org.mx/blog-documenta/2020/10/28/privatizacion-de-las-carceles-en-mexico-negocio-jugoso/>

<sup>235</sup> “¿Qué tal han funcionado las cárceles privadas en México?” México Evalúa, disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/que-tal-han-funcionado-las-carceles-privadas-en-mexico/>

### **3.2.2. Arbitrariedad de caso de consumó lúdico de la Marihuana**

El caso paradigmático del consumó lúdico de cannabis o marihuana fue el estudiado y fallado por la SCJN en el expediente 237/2014. En dicho Amparo en revisión la Primera Sala de la SCJN con fecha 4 de noviembre de 2015, desarrollo su decisión con base al derecho al libre desarrollo de la personalidad y utilizando el test de proporcionalidad, declarando inconstitucional diversos artículos de la Ley General de Salud y disposiciones normativas de Comisión Federal para la Protección contra riesgos Sanitarios (COFEPRIS).

Los hechos son los siguientes: Cuatro personas, solicitaron por escrito a la COFEPRIS una autorización de que se les permitiera el consumo personal y regular con fines meramente lúdicos o recreativos de la sustancia de la marihuana así como ejercer actividades inherentes a su consumó como: siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, empelo y uso; excluyendo actividades de comercio como enajenación y distribución.<sup>236</sup> La COFEPRIS se negó aduciendo que de conformidad con diversos artículos de la Ley General de Salud, cualquier acto de dicha índole relacionado con la sustancia de la marihuana estaba prohibido en territorio nacional. Contra dicha negativa los quejosos recurrieron a un juicio de amparo indirecto, el cual fue negado por un juez de distrito de la Ciudad de México, con dicha inconformidad, los afectados interpusieron recursos de revisión el cual resolvió la primera sala de la SCJN.

El caso claramente y así fue reconocido por la SCJN era un choque entre el derecho a la salud (representado por los artículos a la Ley General de Salud) y el derecho al libre desarrollo de la personalidad; pues una disposición limitaba el ejercicio de un derecho fundamental. El estudio de fondo fue el siguiente:

La SCJN entiende que el derecho de libre desarrollo de la personalidad deriva del derecho de dignidad, que a su vez está garantizado por el artículo primero constitucional, y se encuentra también implícito en diversos tratados internacionales. A este respecto, la Corte sostuvo que el individuo sea quien sea

---

<sup>236</sup> Sentencia de Amparo en revisión 237/2014, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>

tiene el derecho a elegir de forma autónoma el proyecto de vida, la manera en que lo lograra, sus metas, modos y objetivos que le sean relevantes. En este respecto, el Estado debe coadyuvar a la realización de dicho proyecto no obstaculizando de forma injustificada la conducta de los individuos.

En este orden de ideas, la elección de alguna actividad recreativa o lúdica es una decisión que pertenece indudablemente a la esfera de la autonomía personal, la cual debe estar protegida por la CPEUM. El fumar o consumir marihuana puede tener diversas “finalidades” como “el alivio de la tensión, la intensificación de las percepciones o el deseo de nuevas experiencias” así al tratarse de experiencias mentales, estas se encuentran en el nivel más elevado del carácter íntimo de una persona.

La Corte concluye que los artículos de la Ley General de Salud efectivamente inciden en el contenido *prima facie* del derecho fundamental de libre desarrollo de la personalidad, toda vez que constituyen un obstáculo jurídico que impide a los afectados ejercer el derecho a decidir qué tipo de actividades recreativas o lúdicas desean realizar, al tiempo que también impide llevar a cabo ilícitamente todas las acciones tendientes a poder materializar esa elección a través del autoconsumo de la marihuana. Sin embargo, también se advierte que el derecho al libre desarrollo de la personalidad no es un derecho absoluto, debe tener una finalidad constitucionalmente válida.

En este caso si se realizó el test de proporcionalidad, es decir, si existió la aplicación de un método para llegar a una decisión judicial. Se utilizaron la jurisprudencia sobre la metodología del test de proporcionalidad.<sup>237</sup> El primer paso fue determinar la finalidad de los artículos prohibicionistas de la Ley General de Salud, los cuales se consideraron constitucionalmente válidos, ya que su fin es proteger la salud y el orden público, pues se ha determinado que el consumo de drogas es nocivo para la salud, protegido por el artículo cuarto constitucional, es decir, estamos ante una clara colisión de derechos fundamentales.

---

<sup>237</sup> Tesis 1a. CCLXIII/2016, *op cit.* pp. 75-81.

Ambos derechos son constitucionalmente válidos y sustancialmente, aunque la Corte comete un error en su propia metodología pues determina lo siguiente, lo cual vale la pena citar in extenso:

En su íntima relación con la protección a la salud pública se encuentra el orden público, es decir los objetivos sociales colectivos a través de decisiones legislativas o políticas públicas para desarrollar el conglomerado social. La prohibición del consumo de marihuana por la mera autodegradación moral que implica no perseguiría un propósito legítimo. Sin embargo, la Constitución no impone un ideal de excelencia humana, permite que cada individuo elija su propio plan de vida y adopte el modelo de virtud personal que considere válido, en tanto no afecta a los demás. Así, las afectaciones al desempeño social que ocasiona la marihuana-por ejemplo, la disminución de productividad laboral del consumidor y el denominado “síndrome amotivacional”-no pueden considerarse como razones válidas para intervenir el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Además, ni de la ley que ahora se analiza, ni de los procesos legislativos que la han reformado, se desprende la intención de legislador de promover un determinado modelo de virtud personal.<sup>238</sup>

El anterior extracto determina que no existe un fin sustancialmente válido en los artículos prohibicionistas de la Ley General de Salud, según la metodología del test de proporcionalidad, esto es suficiente para no seguir con el test y decantarse por la abolición de la prohibición, sin embargo, la SCJN continúa con la segunda etapa, es decir la idoneidad. Esto ya supone una ponderación mal realizada o a modo.

En el caso de la idoneidad, la SCJN argumentó que si bien es cierto que el consumo de marihuana puede causar dependencia, y consumo crónico a otras sustancias más duras, así como afectación crónica de ciertas funciones cognitivas, el consumo en adultos no pone en riesgo la salud pública y orden público pues solo

---

<sup>238</sup> Sentencia de Amparo en revisión 237/2014, *op. cit.*, pp. 67-70.

estas afecciones aparecen cuando se consumen de manera excesiva. Y aunado a lo anterior, las afectaciones son reversibles y no se consideran un riesgo fuerte en la salud de las personas. Así siempre y cuando no sean menores, no se induzca en consumo y no se propicie el consumo en operadores de maquinaria o conductores la medida no es idónea, en el caso contrario lo es.

En cuanto a la etapa de necesidad, la SCJN exploró las diversas alternativas para regular los fines de la salud pública y determinar si existen medidas menos agresivas. Algunas alternativas fueron: limitar los lugares del consumo, prohibir la conducción de vehículos, prohibir la publicidad, y restringir el consumo a personas mayores de edad solamente. También se argumentó en este punto que la legalización del consumo de marihuana en otros países viene acompañada de implementaciones educativas y funciona de manera orgánica, siendo medidas no restrictivas con el derecho al libre desarrollo de la personalidad. La SCJN concluyó que las medidas administrativas son innecesarias para perseguir el fin válido de protección a la salud pública.<sup>239</sup>

La SCJN decidió seguir con el test de proporcionalidad, siguiendo la etapa de proporcionalidad en sentido estricto de la medida, solo estaría justificado la limitación al libre desarrollo de la personalidad si los daños fueran graves, caso que según la SCJN no lo es, también de igual manera la medida administrativa solo logra permearse de manera muy débil o leve la protección a la salud. De este razonamiento se desprende que las medidas administrativas causan un daño intenso al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues está coartando de manera absoluta el ejercicio de este derecho en cuanto al consumo de la marihuana.<sup>240</sup>

Así la conclusión de la Corte es la siguiente:

Así, a pesar de que el “sistema de prohibiciones administrativas” supera las dos primeras gradas del examen de proporcionalidad, al haberse establecido que se trata de una medida que busca proteger la salud y el orden público y resulta idónea para alcanzar dichos objetivos, la Corte

---

<sup>239</sup> Sentencia de Amparo en revisión 237/2014, *op. cit.*, p. 77.

<sup>240</sup> *Ibidem*, p. 80.

considera que se trata de una medida que no sólo es innecesaria, al existir medios alternativos igualmente idóneos que afectan en un menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, sino que además es desproporcionada en estricto sentido, toda vez que genera una protección mínima a la salud y orden público frente a la intensa intervención al derecho de las personas a decidir qué actividades lúdicas desean realizar. Por tanto, esta Corte considera que pertenece al estricto ámbito de la autonomía individual protegido por el derecho al libre desarrollo de la personalidad la posibilidad de decidir responsablemente si desea experimentar los efectos de esa sustancia a pesar de los daños que esta actividad puede generarle a una persona.<sup>241</sup>

Como se puede observar, la medida no es proporcional y esto argumento de manera extensa la decisión de la SCJN la cual fue declarar inconstitucionales los artículos 235, último párrafo, 237, 245, fracción I, 247, último párrafo, y 248, todos de la Ley General de Salud, en las porciones normativas que establecen una prohibición para que la Secretaria de Salud emita autorizaciones para realizar las actividades relacionadas con el autoconsumo para fines lúdicos o recreativos de la marihuana.

La argumentación de la corte queda sintetizada de esta forma:

<b>Métodos de resolución</b>	<b>Argumentos utilizados</b>
Test de proporcionalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Existe la colisión del derecho a la salud y orden público y el derecho al libre desarrollo de la personalidad, ambos fines constitucionalmente validos pero sustancialmente el derecho a la salud no tiene el mismo peso que</li> </ul>

<sup>241</sup> Sentencia de Amparo en revisión 237/2014, *op. cit.*, pp. 81-82.

	<p>el libre desarrollo de la personalidad;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• La idoneidad de la protección vía administrativa de la Ley General de Salud no es necesaria pues el consumo de Marihuana no es grave a la salud; solo en casos de menores o de conducir alguna maquinaria;</li> <li>• Las necesidades de las medidas administrativas de prohibición no son necesarias toda vez que existen alternativas menos lesivas al derecho al libre desarrollo de la personalidad, sin prohibir su consumo y mejorando la salud de las personas.</li> <li>• La medida no es proporcional y por ende deben declararse inconstitucionales las medidas administrativas que prohíben el consumo lúdico de la marihuana.</li> </ul>
--	--

Cuadro 11. Análisis de la sentencia 237/2014. Elaboración propia.

En este caso, la SCJN si utilizo un método determinado para resolver el cual fue el test de proporcionalidad, sin embargo, si bien es cierto siguió las etapas de finalidad, idoneidad, necesidad y proporcionalidad es que no la siguieron de la forma determinada y estricta, pues argumentaban deficiencias de un derecho sobre otro y aun así pasaban a la siguiente etapa. Cabe señalar, que como se ha dicho antes esta forma de proporcionalidad no incluye de ninguna forma la fórmula del peso de la TAJ de Robert Alexy.

La anterior forma de proporcionalidad, es arbitraria pues bien pudo argumentarse de forma similar sin llevar ningún método de proporcionalidad, no afecto a la forma de argumentación, tan solo “reforzó” o mostro una apariencia racional cuando no fue una proporcionalidad, solo una ponderación a modo. Esto causa violaciones a derechos fundamentales, en primer término por la falta de certeza jurídica, la violación al derecho a la verdad y sobre todo por los efectos futuros o conflictos sociales derivados de una decisión sin racionalidad, similar al caso anterior analizado.

Si bien es cierto que la decisión judicial solo amparo y protegió a los quejosos también es cierto que la invalidez de los artículos atrajo un efecto de activismo judicial para lograr los efectos del mismo amparo, motivación de desobediencias civiles en torno al consumo de marihuana,<sup>242</sup> aumento de la cultura de la marihuana y sobre todo, su escalada hasta la regulación del consumo de forma general, es decir ya con efectos universales y no concretos.<sup>243</sup> Es decir la decisión de la SCJN incide en los futuros conflictos sociales derivados del choque de derechos fundamentales.

La SCJN incide a su vez sin tomar en cuenta los datos de consumo de drogas y su afectación a la salud. Mundialmente se tiene el registro de un 22% de consumidores de cannabis, con alto riesgo de salud y se espera que para el 2030 aumente un 11%.<sup>244</sup> Por otro lado, en México el consumo de marihuana se duplica e incide en menores con cada vez menor edad, pues en muchos casos se empieza a consumir a partir de los 10 años de edad.<sup>245</sup> La normativa de “prohibición” no era

---

<sup>242</sup> “En que va la legalización de la marihuana en México?” El financiero, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/04/20/420day-en-que-va-la-legalizacion-de-la-marihuana-en-mexico/>

<sup>243</sup> “Regulación del Cannabis: un pendiente legislativo” Expansión política, disponible en: <https://politica.expansion.mx/voces/2022/04/05/columnainvitada-regulacion-cannabis-pendiente-legislativo>

<sup>244</sup> Naciones Unidas, Informe Mundial sobre las drogas 2021, disponible en: [https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2020/2021\\_06\\_24\\_informe-mundial-sobre-las-drogas-2021-de-unodc--los-efectos-de-la-pandemia-aumentan-los-riesgos-de-las-drogas--mientras-la-juventud-subestima-los-peligros-del-cannabis.html](https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2020/2021_06_24_informe-mundial-sobre-las-drogas-2021-de-unodc--los-efectos-de-la-pandemia-aumentan-los-riesgos-de-las-drogas--mientras-la-juventud-subestima-los-peligros-del-cannabis.html)

<sup>245</sup> “El consumo de marihuana en México se duplica entre menores de Edad” El país, disponible en: [https://elpais.com/internacional/2017/12/04/mexico/1512410150\\_084756.html](https://elpais.com/internacional/2017/12/04/mexico/1512410150_084756.html)



suficiente y menos será la actual apertura derivada de la sentencia, pues el aumento de drogadictos menores aumenta de manera significativa.

Los argumentos de comparación con la legislación extranjera son argumentos irracionales sin base o relación alguna con la proporcionalidad, pues de igual manera, el derecho al libre desarrollo a la personalidad puede recaer en casos de abuso del mismo, como por ejemplo del caso del canibalismo voluntario.<sup>246</sup> Lo cual claramente contraviene los principios constitucionales mexicanos así como los contravino en Europa.<sup>247</sup> En este sentido, la decisión de la SCJN no es que debiera salir en un sentido contrario, sino que al no contenerse dentro de un método específico y realizarse de forma abierta y arbitraria deja a dudas la racionalidad de la misma y deja escalar la decisión hacia una regulación general y universal de un tema conflictivo.

A su vez también existen motivaciones por parte del poder del mercado para legitimar el consumo lúdico de la marihuana, pues representa un mercado extenso y lucrativo.<sup>248</sup> Con lo que existe la duda del beneficio al interés público. En conclusión, en la sentencia 237/2014 se utilizó una ponderación modo y arbitraria.

### **3.2.3. No arbitrariedad de caso de género**

En este caso la sentencia de amparo directo número 9/2021 establece un caso paradigmático de perspectiva de género, resuelto por la Primera sala de la SCJN, en fecha 29 de septiembre de 2021. En suma, los hechos son los siguientes<sup>249</sup> Un hombre y una mujer contrajeron matrimonio. Posteriormente, de forma voluntaria decidieron disolver ese vínculo, para lo cual celebraron un convenio de divorcio en el que, dentro de otras cláusulas, se dispuso que una de las partes (el padre) se obligaba a donar a sus hijos (nacidos dentro del matrimonio) la propiedad de un bien

---

<sup>246</sup> Cfr. Almodóvar, Miguel Ángel, “El crimen caníbal en su expresión de amor supremo” disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767871>

<sup>247</sup> Nos referimos al caso del caníbal de Rotemburgo, al respecto véase: [https://elpais.com/internacional/2004/01/30/actualidad/1075417202\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2004/01/30/actualidad/1075417202_850215.html)

<sup>248</sup> “Así de grande es el mercado de marihuana legal” El sol de México, disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/sociedad/data-asi-de-grande-es-el-mercado-de-marihuana-legal-4285584.html>

<sup>249</sup> Sentencia Amparo directo número 9/2021, disponible en: <https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=283663>

inmueble, debiéndose constituir un usufructo vitalicio en favor de la otra (la madre); y, además, se pactó que la guardia y custodia de los hijos (en ese momento menores de edad) quedaría en favor de la madre. Con motivo del juicio de divorcio voluntario, se declaró judicialmente la validez del convenio celebrado, con algunas modificaciones, y se dictó sentencia de divorcio.

Luego, con el ánimo de cumplir con sus cláusulas, las partes celebraron el respectivo contrato de donación. Después, con motivo de la promoción de un incidente sobre variación de custodia, el padre solicitó la guardia y custodia de los menores; y, seguida la secuela procesal correspondiente, se decretó la misma en su favor mediante la emisión de la sentencia interlocutoria respectiva. Más adelante, mediante la promoción de medios preparatorios a juicio, el padre tuvo conocimiento de que las personas que ocupaban el bien inmueble objeto del contrato de donación no eran sus hijos, ni su ex cónyuge, razón por la cual promovió juicio ordinario civil en contra de ésta para el efecto de revocar la donación. Sin embargo, en primera instancia se resolvió que éste carecía de legitimación para la promoción de esa causa. Contra tal determinación, interpuso recurso de apelación, mismo que fue resuelto en el sentido de que sí la tenía. Finalmente, inconforme con esa resolución, la madre promovió juicio de amparo directo; mismo que, después del trámite constitucional y legal para ello, fue atraído por la SCJN.

En la donación donde la ex cónyuge podría disfrutar del usufructo, se establecieron las siguientes condiciones:

1. Que estuviera soltera;
2. Qué no recibiera visitas masculinas;
3. Qué no contrajera matrimonio, y
4. Qué lo habitara exclusivamente con la compañía de sus menores hijos.

Claramente se colisionan los derechos de igualdad de género y los derechos de autonomía de la voluntad contratante; es decir, el derecho de los ex cónyuges al realizar el contrato y acto jurídico de donación condicionada, así como el convenio de divorcio de donde emano.

La SCJN ha determinado que si bien es cierto existe la misma capacidad y condición para suscribir actos jurídicos entre contratantes, hay ámbitos en los cuales se asume la existencia de asimetrías de poder y vulnerabilidad; donde se diferencian los sujetos, pues el principio de autonomía de la voluntad tiene una menor resistencia frente a la injerencia externa; ambas categorías emanan del PAIJ con perspectiva de género.

A su vez, la SCJN determina que Como se ha reiterado antes, el ejercicio y la garantía de los derechos humanos no son absolutos, pues estos encuentran un límite en el ejercicio de los derechos de otras personas o, incluso, en el orden público; esto siempre y cuando, como ha reiterado esta Suprema Corte de Justicia, la restricción se encuentre razonablemente justificada.<sup>250</sup> Por ello la autonomía de la voluntad no puede restringir ni limitar un derecho fundamental. En el caso de las condiciones de la donación, estas se estipulan al margen de los principios constitucionales y convencionales en cuanto a la igualdad de género.

Ello pues, so pretexto del ejercicio de la autonomía de la voluntad se vulneró en su perjuicio el derecho fundamental al libre desarrollo de la personalidad, intimidad, libre autodeterminación e, incluso, su derecho a ejercer una vida libre de violencia; y, además, se le colocó en una evidente condición de desventaja en relación con la otra parte contratante del convenio, el tercero interesado. Pues se soslayó la condición de mujer, la cual merece un régimen específico de protección.

Por las anteriores razones, la SCJN resuelve bajo la perspectiva de género utilizando las categorías de análisis y pasos no consecuentes señalados en el Protocolo para juzgar con perspectiva de género; tales como, identificar si existe un ejercicio de poder asimétrico, categorías sospechosas de vulnerabilidad, así como obstáculo que pudieran menoscabar las libertades de la mujer.

En el análisis de asimetría, la SCJN, es rica en cuanto al análisis sociológico de la violencia de género, se cita in extenso:

---

<sup>250</sup> Sentencia Amparo directo número 9/2021, *op. cit.*, párrafo 52.

Con la estipulación de esas condiciones resolutorias se hace latente una distinción entre la parte quejosa y su ex consorte en función de las normas sociales y culturales sobre lo que cada uno de los sexos debe o no debe hacer, y lo que socialmente se espera de ella (como mujer) y de él (como hombre)

Y, por tanto, se hace también latente un régimen de opresión en perjuicio de la quejosa que surge como resultado de seguir costumbres, hábitos y normas sociales, culturales y morales que no son cuestionadas (por ser estructurales), y que afectan sus derechos, como lo es la decisión de relacionarse con personas “del sexo masculino”.

Una característica del sistema patriarcal es que se encuentra presente en todos los aspectos de la vida diaria, tanto en el ámbito público como en el privado. Y, la forma en que ha logrado permear en cada uno de los espacios de la actividad humana ha sido mediante prácticas sociales que replican una y otra vez la dinámica de dominación-subordinación, con lo cual se alimenta su “legitimidad” y se “normalizan” sus efectos (régimen de desigualdad estructural).<sup>251</sup>

Por lo anterior en cuanto a las relaciones de poder, la SCJN determinó que en la negociación del convenio de divorcio y de la donación el cónyuge hombre ejerció su poder frente a la mujer, valiéndose de la capacidad estructural de otorgar o negar bienes, estatus o valor a la parte quejosa, esperando que esta última cumpliera con una serie de normas que aseguran su posición superior de género masculino.

Para señalar la parte de obstáculos de la libertad, se determinó que las aceptaciones de las condiciones del usufructo limitan la libertad de la mujer para relacionarse con una persona del sexo masculino, lo cual limita el libre desarrollo de la personalidad, así como la condiciones de mantenerse soltera o vivir solo con sus hijos menores.

---

<sup>251</sup> Sentencia Amparo directo número 9/2021, *op. cit.*, párrafos 62-64.

En este orden de ideas, también se advirtieron consecuencias de menoscabar el derecho a la intimidad en última instancia por las restrictivas condiciones, las cuales son la reducción de la dignidad humana y su enfrascamiento en su rol de mujer, incluyendo un estereotipo sexual inadecuado, es decir, el de mantenerse sin relaciones con hombres, soltera y solo al cuidado de los hijos menores.

De mantenerse dichas condiciones para el disfrute del usufructo se estaría coadyuvando con la violencia psicológica, lo cual sería una clara violación al derecho a vivir una vida libre de violencia por parte de la quejosa.

Por todo el anterior análisis, la SCJN otorgó el amparo para efectos de que la autoridad responsable inaplique las condiciones del disfrute del usufructo, que resulto inconstitucional.

El método de estudio y argumentación se puede sintetizar de la siguiente forma:

<b>Métodos de resolución</b>	<b>Argumentos utilizados</b>
Protocolo para juzgar con perspectiva de género	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Existe una asimetría de poder, relaciones de poder y obstáculos para ejercer un derecho fundamental derivadas las anteriores categorías por una cuestión de género;</li> <li>• La asimetría de poder se da por la obligación de la mujer a aceptar las condiciones que regulan su conducta sexual;</li> <li>• Las relaciones de poder por la disposición de administrar los bienes por parte del hombre, por</li> </ul>

	<p>su ventaja histórica y estructural económica;</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Existen obstáculos al aceptar condiciones del divorcio que menoscaban la libertad, desarrollo de la personalidad, intimidad y sexualidad de la ex cónyuge.</li> </ul>
--	---

Cuadro 12. Análisis de la sentencia 9/2021. Elaboración propia.

La utilización del PAIJ de perspectiva de género brinda una mayor certeza de la resolución y la forma de resolver en el caso presente, el cual implica una categoría de género, si bien es cierto, el análisis no se pondera de forma estricta la verdad es que regula los argumentos y posibles voluntades de los juzgadores hacia una forma concreta, general y racional en la forma de resolver. Esto brinda una mayor certeza por la uniformidad del análisis. En el caso citado si se utilizaron tres categorías que el PAIJ de género recomienda usar: la asimetría, las relaciones de poder y los obstáculos de la libertad de la mujer.

De la misma forma, el PAIJ atiende a cuestiones sociales relevantes, pues según los datos actuales; las mujeres de 25 a 44 años perciben 21% menos que los hombres, teniendo una desigualdad económica estructural que no se puede explicar con formas particulares o de competencia.<sup>252</sup> Y de igual forma, la violencia ejercida sobre la mujer aumentaron 5% en el caso de feminicidios y 12% en el caso de violencia denunciada durante los últimos dos años.<sup>253</sup> Por lo tanto el PAIJ y las resoluciones paradigmáticas donde se ha utilizado es relevante para encausar el conflicto social y combatir dicha práctica social.

<sup>252</sup> “Día Internacional de la mujer: 8 gráficos” El economista, disponible en: <https://www.economista.com.mx/economia/Dia-Internacional-de-la-Mujer-8-graficos-sobre-la-desigualdad-de-genero-20200308-0002.html>

<sup>253</sup> “Violencia de género/reporte sobre cifras” de UNAM, disponible en: <https://cieg.unam.mx/covid-genero/cifras-violencia.php>

A su vez, no es coincidencia que como se mostró anteriormente que el único dato registrado y medible sobre el tipo de métodos utilizados en las resoluciones judiciales sean referentes al género, esto es debido, por la utilización del PAIJ de género, aún sin ser una norma positiva, es efectiva en cuanto a la forma de resolver.

En este orden de ideas, también la resolución de los conflictos de derechos fundamentales es relevante para el PAIJ de género puesto que solo atiende a la especificidad del caso, a lo concreto sin derivar en reformas, normas o regulaciones universales, es decir, es efectivo a la hora de relativizar los derechos fundamentales en cuestión de género contra otro cualquiera.

### **3.3. Consecuencias de la falta del Método válido para relativizar derechos fundamentales**

Como se derivó de los anteriores análisis, en el primer caso analizado el referente a la Prisión vitalicia y su legalización por medio de la jurisprudencia, no se utilizó ningún método para argumentar y tomar la decisión judicial aun así existía la colisión de derechos fundamentales y su posible limitación. En el segundo caso de la legalización del consumo de marihuana se utilizó el test de proporcionalidad, pero de manera inadecuada y arbitraria lo cual derivó en la inobservancia de los conflictos sociales derivados de la decisión judicial; en el tercer caso si que se utilizó el Protocolo para juzgar con perspectiva de género y aún sin utilizar la proporcionalidad se reguló de forma más adecuada la colisión de derechos fundamentales, observando los fenómenos sociales, racionalizando la decisión y dando mayor certeza.

La consecuencia última de no utilizar un método regulatorio de la decisión judicial sino dejarlo al arbitrio es la anomia social. Pues una decisión arbitraria no observa sistemáticamente la realidad y es producto de la ideología del juzgador. Al utilizar un método que brinde mayor certeza se garantizaría el derecho fundamental de certeza jurídica y evitaría conflictos sociales al reducir la abstracción, la universalidad y la generalidad de las decisiones judiciales.

También se garantizaría una limitación válida de los derechos fundamentales al resolver su colisión, puesto que la adopción del método no obligaría al juzgador

a fallar en un sentido u otro sino delimitar los pasos para tomar la decisión judicial conveniente con base a elementos extraídos del caso concreto y la realidad.

Se puede observar que de igual forma los errores recurrentes en los dos primeros ejemplos es la ignorancia de la afectación a futuro o de los conflictos sociales derivados de la decisión de limitar un derecho fundamental sobre otro. Esto es relevante debido a que podría agregar esté elemento a la ponderación de Robert Alexy y su adecuación al sistema jurídico mexicano.

El método válido de relativización de derechos fundamentales debe en primera instancia tomar la forma de un protocolo para juzgadores, siempre y cuando exista una colisión de derechos fundamentales. En segundo término, debe realizarse bajo los pasos del test de proporcionalidad, pero no debe realizarse bajo los únicos pasos establecidos en la jurisprudencia mexicana sino agregar la fórmula del peso; por último, debe agregarse a la fórmula del peso el grado de afectación futuro o de conflicto social.

## **Capítulo IV. Método valido de relativización de derechos fundamentales y humanos en México**

### **4.1. Conclusiones**

En el presente trabajo se concluyó con la necesidad práctica de un método valido para relativizar derechos fundamentales. Lo anterior, debido a que la falta de un modelo para juzgar y legislar sobre parámetros racionales y validos de derechos fundamentales. Entendiendo y atendiendo la complejidad de los derechos fundamentales; el método debería ponderar la situación en concreto, en caso de contradicción de normas de derechos humanos.

Toda vez que la universalidad, interdependencia, progresividad e inalienabilidad de los derechos fundamentales exige un método altamente racionalizado, no absolutista y de carácter positivo relativo que atienda los conflictos derivados de la universalidad de los mismos.

De igual forma se arribaron a las siguientes conclusiones puntuales:



Primera. - Los derechos humanos son prerrogativas éticas fundamentadas en expectativas de protección y reconocimiento de índole social, económico y político, esto presupone una emancipación contra el *status quo*, el cuál es el nivel de regulación y mantenimiento de un orden. Una vez que los derechos humanos se reconocen y pasan por un proceso legislativo se convierten en derechos fundamentales en forma de normas positivas, siendo estas la garantía principal, y se les protege ante violaciones por parte del poder establecido a través de garantías secundarias, como lo puede ser la decisión de un juez o *judicial review*.

La principal diferencia entre derechos humanos y fundamentales deviene en su positividad o reconocimiento en un documento jurídico formal. Los derechos fundamentales son normas escritas, pero incluyen principios cuyo origen está en sus predecesores los derechos humanos. Los principios tienen como característica ser verdaderos como analogía a los principios de las ciencias naturales, inderrotables y por lo mismo solos satisfechos en la medida de lo posible en las condiciones fácticas y jurídicas.

A raíz de la reforma del año 2011 en el ordenamiento jurídico mexicano se reconocen los derechos humanos y fundamentales como garantías y normas para su protección; esto implica un choque entre los principios de las normas de derechos fundamentales al momento de su aplicación o reclamación.

Los derechos humanos chocan debido a su carácter progresivo el cual provoca dilemas normativos y dogmáticos. Son dos fuentes contrarias o visiones doctrinarias las que tratan a los derechos humanos y fundamentales; por un lado, las emancipadoras que buscan una liberación y radicalización de la dignidad y por otro lado la de regulación, la cual busca reducir los derechos humanos y fundamentales sobre otros intereses particulares. Si se tomara cualquier de los anteriores aspectos de forma total, abstracta y parcial generaría una arbitrariedad desequilibrada y violatoria a la misa dignidad.

Para evitar ese grado de “absoluto” en los derechos humanos y fundamentales se revisan los principios los cuales en su inderrotabilidad devienen en incertidumbre y complejidad, cuya aplicación directa sin un caso concreto y

contexto sería imposible e incluso arbitraria. Por lo anterior, los principios necesitan de una relatividad y relativización, la cual los limita pero los hace aplicables, así los principios de la ciencia jurídica necesitan de una relativización como lo es la decisión judicial, lo que es en último término, una interpretación y aplicación concreta; empero, existen formas de relativización incorrecta y arbitrarias, igual de generales que la aplicación abstracta del principio, las cuales se dan mediante la legislación y la suspensión de derechos fundamentales, la relativización adquiere validez mediante la decisión judicial.

El derecho en el contexto de interpretación es una ciencia y técnica social que produce tecnologías o antropotécnicas para la mejora del hombre en sociedad y su supervivencia. Una de las técnicas de la ciencia jurídica es la argumentación la cual transmite el valor de la norma de forma efectiva, racional y válida.

La colisión de normas al aplicarse surge por la inconstancia del ordenamiento jurídico y por los hechos fácticos. Las normas en forma de reglas, que solo aceptan aplicaciones directas y categóricas se pueden superar con reglas de clausura y de jerarquía, especialidad y tiempo; pero las normas en forma de principios solo pueden superar su colisión con la técnica de la argumentación jurídica más racional posible.

La Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy dota de una racionalidad especial al discurso lógico común, adecuando el tipo de argumentos y justificaciones interna y externa al discurso jurídico. El discurso jurídico es el empleado para resolver y decidir sobre problemas jurídicos, dicho discurso se auxilia de elementos tanto del discurso lógico racional común como de la aritmética.

La propuesta de Alexy, para resolver colisiones de normas de derechos fundamentales, es decir, colisiones de principios es la Ponderación y la Fórmula del Peso; ambos métodos para sopesar el grado de afectación de un principio sobre otro y resolver qué principio debe satisfacerse en perjuicio del otro, lo anterior de forma válida y racional, por lo tanto, sería la inspiración para el modelo válido para relativizar de forma válida los derechos fundamentales.

Segunda. - Dentro de la normatividad existente en torno a la resolución aplicable de conflictos y colisiones de derechos fundamentales, tales como la ponderación y el test de proporcionalidad podemos encontrar tres niveles: el orden internacional, el convencional y el nacional; este último a su vez cuenta con jurisprudencia y nivel constitucional. En el orden internacional el cual es el derecho no aplicable sino solo doctrinario de otros ordenamientos jurídicos ajenos a México, encontramos la omisión de aplicar la ponderación, algo que será regla en toda la legislación y normatividad revisada, no obstante, forma parte de principios rectores en el caso de Alemania y España.

En el caso de EUA, la ponderación no forma parte ni de su normatividad ni de sus principios, pues esté al ser de un derecho apegado al *comon law*, tiene una preponderancia hacia el realismo jurídico y poco tiene qué ver con la normatividad estática, sino más bien bebe de las fuentes de interpretación y precedentes, lo cual es altamente efectivo.

A nivel convencional, los documentos revisados: Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; tienen en común contener una excepción a la obligación de no restringir derechos humanos, siempre y cuando se justifique atendiendo al interés público y al orden democrático; lo anterior funciona como una cláusula de excepción, pero ya se vislumbra la ponderación con base a dicha cláusula.

En el orden constitucional, solo se encuentra el artículo primero y el artículo 107, fracción X con relación a la ponderación; toda vez que el artículo primero ordena la protección, progresión y garantía más amplia de derechos fundamentales, incluyendo su resolución de conflictos, lo cual se recoge en una interpretación sistemática conforme al artículo 107, fracción X de la Carta Magna. El citado artículo se refiere a la suspensión del acto reclamado en el Juicio de Amparo, ordenando al juez ponderar la apariencia del buen derecho y el interés social y orden público,

siento está formula la determinante para decidir sobre dicha garantía. Es omisa la Constitución de cómo realizar este análisis ponderado.

En el nivel nacional, la normatividad es escasa pues solo encontramos relevante la Ley de Amparo en sus artículos 128 y 129, los cuales guardan relación con la fracción X del artículo 107 de la Constitución pues lo reglan. En este orden de ideas, la suspensión tiene efectivamente que resolverse siempre y cuando no vaya contra el interés social y orden público, pudiéndose decretar de oficio sin realizar el análisis en casos de extrema gravedad, pero teniendo en el artículo 129 de la Ley de Amparo una norma que abre la posibilidad de decretarla siempre se justifique bajo argumentación, de igual forma no existen preceptos que ordenen una forma específica de cómo argumentar la delicada cuestión.

En cuanto a la jurisprudencia es de donde podemos extraer las normas más específicas de cómo realizar el análisis de ponderación, es decir, cumple su función de darle un sentido a las lagunas existentes anteriormente. Cabe señalar que las jurisprudencias establecen, por una parte, el deber de realizar el test de proporcionalidad, bajo los subprincipios de necesidad, idoneidad y proporcionalidad en sentido estricto; y por el otro, se deja en claro que la falta de normatividad sobre ponderación es lo que la relega como forma obligatoria de argumentación y la deja impotente, dando pie a la discrecionalidad del juez y la posible arbitrariedad violatoria de derechos humanos vía decisión judicial.

Es de suma importancia, señalar que vía jurisprudencia o *soft law* el poder judicial ha emitido una serie de documentos denominados protocolos de actuación para quienes imparten justicia, los cuales tienen como fin dotar de mayor seguridad jurídica a las decisiones judiciales en temas relevantes como género, niñez, proyectos de infraestructura, discapacitados, pueblos indígenas y orientación sexual, no obstante, el único protocolo relevante es el relacionado con perspectiva de género pues es el único que contiene normas o deberes específicos para el juez, una metodología propia y una serie de pasos no consecuentes pero obligatorios para formar una sentencia o argumentación y decidir sobre derechos relacionados, en este caso, con género.

El protocolo para juzgar con perspectiva de género es relevante, puesto que es el único documento que explícitamente ordena una forma para juzgar, una serie de pasos que observar y principios que respetar. Este protocolo servirá como base para establecer uno análogo sobre ponderación que tendrá como fin construir un método válido de relativización de derechos fundamentales para resolver sus conflictos.

Tercera. - En México no existen datos suficientes para evaluar las decisiones judiciales, o si los jueces utilizan un método utilizado para resolver las sentencias en materia de colisión de derechos fundamentales. Sin embargo, existe una gran cantidad de asuntos y tráfico de sentencias por así decirlo, esto se traduce en un gran vacío en la forma de resolver del poder judicial. Lo anterior se debe a la inexistencia de un método único o una serie de pasos para dar resolución a conflictos de derechos fundamentales.

El vacío de alguna forma para dar solución a las colisiones de derechos origina decisiones arbitrarias; como es el caso de los casos paradigmáticos de la legalización de la prisión vitalicia, el consumo lúdico de la marihuana y del caso de perspectiva de género se puede vislumbrar la problemática.

De los anteriores tres ejemplos de la problemática, los dos primeros se traducen en las violaciones por la falta de un método para juzgar. El primero por la falta total de una forma de argumentación; el segundo por la errónea utilización del test de proporcionalidad; y el tercero ejemplifica la mejor forma de solucionar, que es a través del protocolo para juzgar con perspectiva de género, el cual sirve como contrargumento a la falta y decisión arbitraria, que es la forma en que se ha estado llevando a cabo hasta ahora la decisión judicial.

La problemática se traduce en violación de derechos fundamentales, pues las decisiones solo han incidido en la sociedad de forma general para aumentar los conflictos sociales, el poder de particulares frente al interés social; y la estigmatización de roles por parte de la sociedad como en el caso de las prisiones. Con lo anterior se hace patente la necesidad de un método válido de relativización de derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano.

Cuarta. – Debido a que no existe un método racional y valido para normar las decisiones judiciales en caso de colisión de normas de derechos humanos; las decisiones judiciales no brindan certeza jurídica a los ciudadanos, traduciéndose esto en violaciones de derechos humanos vía decisión judicial.

Las anteriores conclusiones pueden sintetizarse de la siguiente manera:

Conclusiones de la investigación	
Primera	Los derechos humanos y fundamentales se diferencian por el carácter positivo de los segundos; y se igualan en su núcleo de principios éticos; en el caso de su aplicación concreta tienden a colisionar por su aplicación universal, no obstante al no prever la relativización en su aplicación devienen en un carácter absoluto.
Segunda	En el sistema jurídico mexicano a nivel constitucional y convencional se contempla la restricción de derechos humanos y fundamentales, omitiendo la metodología para realizarlas o la vía. En el artículo 107 fracción X de la constitución se plantea la ponderación para acto reclamado entre la medida y el interés público. Aun así, existen normas orientativas como los Protocolos para Juzgar que sin ser normas implican una conducta para el juez.
Tercera	En México no existen datos suficientes para evaluar las decisiones judiciales o para saber que metodología se sigue, no obstante si existen demasiadas sentencias vinculadas a colisión de derechos fundamentales, siendo estas contradictorias en sus métodos traduciéndose en violaciones múltiples como en los casos de uso de marihuana, prisión vitalicia; por otro lado en extensiones de derechos como la perspectiva de género en materia contractual.
Cuarta	Debido a que no existe un método racional y valido que brinde certeza jurídica a los ciudadanos al momento de la decisión judicial y colisión de normas de derechos humanos y fundamentales, en México se violan derechos humanos.
General	En México se necesita un método valido de relativización de derechos fundamentales y humanos para garantizar la aplicación universal y eficiente de los mismos.

Cuadro 13. Conclusiones. Elaboración propia.

Con el sustento de las anteriores conclusiones se comprueba la hipótesis de la siguiente forma.

#### 4.2. Comprobación de hipótesis

La hipótesis que sostiene el trabajo es la siguiente: Debido a que no existe un método racional, y válido que brinde certeza jurídica a los ciudadanos que acudan a exigir la protección de los órganos judiciales; En México se violan derechos humanos, entre una de las formas de violación es por medio de la vía decisión

judicial. Es decir, cuando un juez decide proteger un derecho fundamental en perjuicio de otro en un caso donde colisionan dos derechos fundamentales es inconstitucional y careciendo de certeza y seguridad jurídica.

Por lo tanto, la hipótesis se comprueba toda vez que en el tercer capítulo se concluyó que no existen datos suficientes de los métodos registrados para juzgar en caso de colisión de normas de derechos fundamentales; a causa de que no existe un método para ponderar desde la norma. Esto trae consigo poca certeza jurídica y falta de garantía al momento de la decisión judicial.

No obstante, en el segundo capítulo se concluyó que, aunque en diversos sistemas jurídicos se toman diversas formas de ponderación (equiparables) ninguna la tiene como norma para conducir las decisiones judiciales. Aun así, en el nivel convencional la Declaración Universal de Derechos Humanos; la Convención Americana sobre Derechos Humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos mencionan la posibilidad de restringir los derechos humanos, siempre y cuando se justifique por el interés público, abriendo la posibilidad de una relativización.

En México si encontramos normatividad respecto al tema, que es ignorado por las autoridades. Su fundamentación versa principalmente en el artículo primero, artículo 107, fracción X. el artículo primero ordena la protección, progresión y garantía más amplia de derechos fundamentales, incluyendo su resolución de conflictos, lo cual se recoge en una interpretación sistemática conforme al artículo 107, fracción X de la Carta Magna. El citado artículo se refiere a la suspensión del acto reclamado en el Juicio de Amparo, ordenando al juez ponderar la apariencia del buen derecho y el interés social y orden público, siendo esta fórmula la determinante para decidir sobre dicha garantía. Es omisa la Constitución de cómo realizar este análisis ponderado.

El imperativo de un método de relativizar se actualiza, si se toma en cuenta los artículos constitucionales citados, en conjunto con la jurisprudencia, que básicamente se basa en tesis aisladas y *soft law*: tesis aisladas determinando en

test de proporcionalidad; y la *soft law* basada en una serie de documentos orientativos pero observados a la fuerza por jurisprudencia, se refiere al protocolo para juzgar con perspectiva de género el cual es el único documento en todo el sistema normativo mexicano donde señala la obligación de los jueces de seguir un método determinado para emitir un fallo.

En este orden de ideas, en México de observar estas obligaciones por dos vías: la primera es la omisión de los jueces de aplicar las herramientas contenidas en la jurisprudencia para ponderar derechos fundamentales y el interés social; de la misma forma la omisión del poder legislativo para emitir normas positivas constitucionales y orgánicas que obliguen a los jueces y toda autoridad jurisdiccional a observar en materia de ponderación; de esta última idea serviría de modelo el Protocolo para Juzgar con perspectiva de género.

Estas omisiones generan violaciones estructurales a los derechos fundamentales y humanos, ya que como se concluyó en el primer capítulo: los derechos humanos son prerrogativas. Los derechos humanos son prerrogativas éticas fundamentadas en expectativas de protección y reconocimiento de índole social, económico y político, esto presupone una emancipación contra el *status quo*, el cual es el nivel de regulación y mantenimiento de un orden.

Una vez que los derechos humanos se reconocen y pasan por un proceso legislativo se convierten en derechos fundamentales en forma de normas positivas, siendo estas la garantía principal, y se les protege ante violaciones por parte del poder establecido a través de garantías secundarias, como lo puede ser la decisión de un juez o *judicial review*. En el sistema normativo mexicano se deja de observar la garantía secundaria o *judicial review*.

Las prácticas actuales para tratar de garantizar los derechos fundamentales en su colisión del caso concreto se limitan a la subsunción, absolutizando un derecho sobre otro y no justificando de ninguna manera la decisión judicial.

En este sentido se actualiza y comprueba la hipótesis.

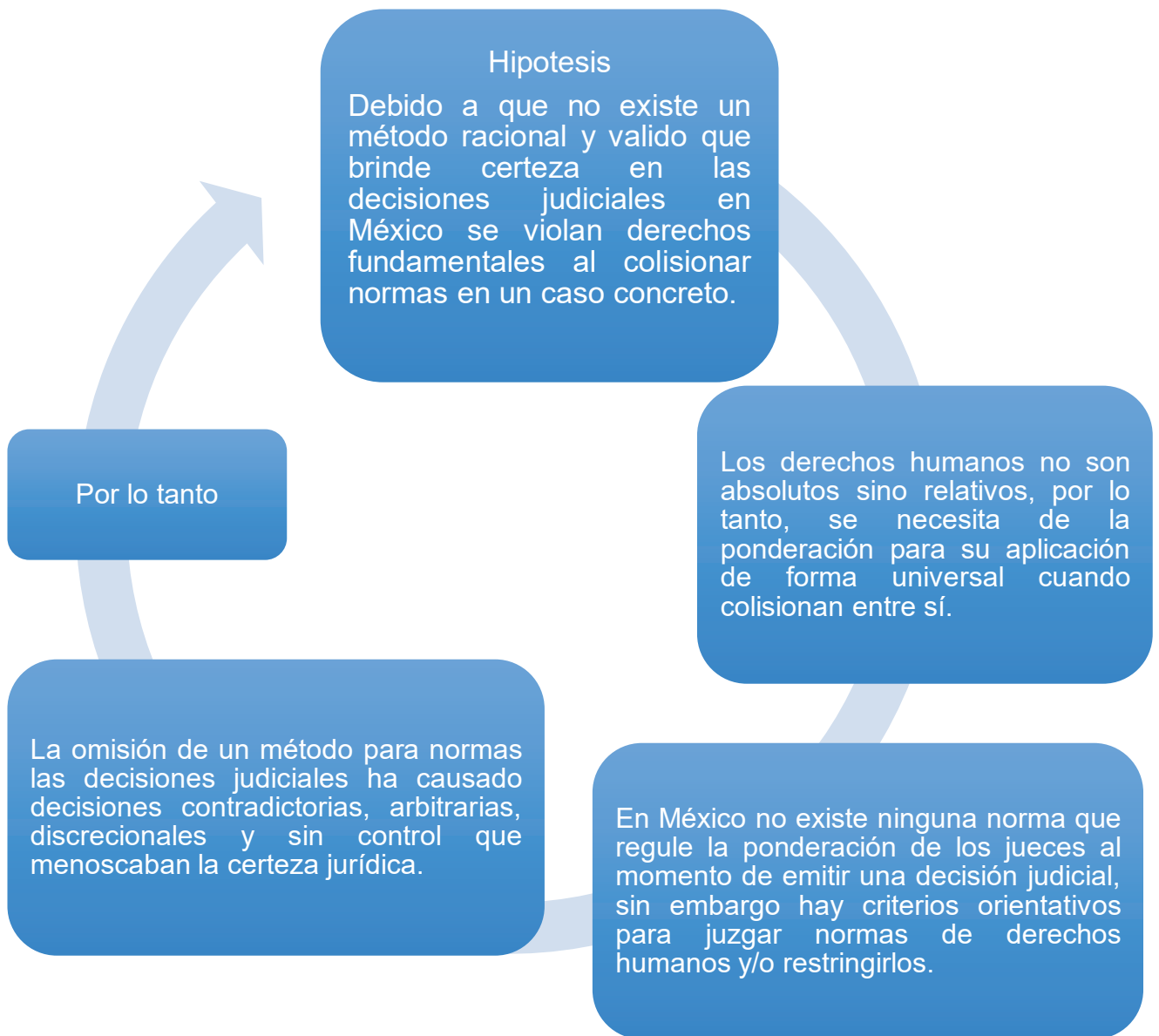


A manera de prospectiva se tiene una propuesta ante tales violaciones sistemáticas de derechos fundamentales y humanos. Esto es proponiendo un método válido de ponderación de derechos fundamentales y humanos. En este sentido La Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy dota de una racionalidad especial al discurso lógico común, adecuando el tipo de argumentos y justificaciones interna y externa al discurso jurídico. El discurso jurídico es el empleado para resolver y decidir sobre problemas jurídicos, dicho discurso se auxilia de elementos tanto del discurso lógico racional común como de la aritmética.

La propuesta de Alexy, para resolver colisiones de normas de derechos fundamentales, es decir, colisiones de principios es la Ponderación y la Fórmula del Peso; ambos métodos para sopesar el grado de afectación de un principio sobre otro y resolver qué principio debe satisfacerse en perjuicio del otro, lo anterior de forma válida y racional, por lo tanto, sería la inspiración para el modelo válido para relativizar de forma válida los derechos fundamentales.

Para sintetizar los anteriores razonamientos de la comprobación de hipótesis se muestra el siguiente cuadro:

Comprobación de hipótesis	
Hipótesis	Debido a que no existe un método racional y válido que brinde certeza en las decisiones judiciales en México se violan derechos fundamentales al colisionar normas en un caso concreto.
Dato y razonamiento	Los derechos humanos no son absolutos sino relativos, por lo tanto, se necesita de la ponderación para su aplicación de forma universal cuando colisionan entre sí.
Dato y razonamiento	En México no existe ninguna norma que regule la ponderación de los jueces al momento de emitir una decisión judicial, sin embargo hay criterios orientativos para juzgar normas de derechos humanos y/o restringirlos.
Dato y razonamiento	La omisión de un método para normas las decisiones judiciales ha causado decisiones contradictorias, arbitrarias, discrecionales y sin control que menoscaban la certeza jurídica.
Comprobación	Por lo tanto, debido a que no existe un método racional y válido que brinde certeza en las decisiones judiciales en México se violan derechos fundamentales al colisionar normas en un caso concreto.



Cuadro 14. Comprobación de hipótesis. Elaboración propia.

Una vez comprobada la hipótesis, debemos elaborar una prospectiva, respuesta, y propuesta al problema planteado. Si es necesario un modelo válido y racional de ponderación, que denominamos relativización, el modelo es de la siguiente forma.

#### **4.3. Método válido de ponderación**

El método válido para relativizar los derechos fundamentales y humanos (en adelante MVR) tiene su inspiración en la TAJ de Robert Alexy pero estará adecuado al caso mexicano, por lo anteriormente expuesto. Su resultado deberá arrojar un derecho relativizado (ponderado) sobre otro y esto a manera racional. Lo anterior deberá justificar de manera suficiente la decisión del juez para resolver una colisión de derechos fundamentales. Para que el MRV sea válido deberá estar positivizado a nivel constitucional y nacional.

Otro fin práctico del MRV es reducir y combatir la arbitrariedad generada por la subsunción y las decisiones judiciales irracionales. A su vez de llenar la laguna de la falta de directrices normativas a la hora de juzgar.

Como se observó, el principal problema de las actuales normativas sobre el tema es su falta de coercitividad o positividad aunado a que incluso la normatividad orientativa actual omite observar las afectaciones futuras derivadas de cuestiones ajenas al derecho; nos referimos a los factores de riesgo posibles en una decisión judicial (económicas y políticas).

Esté MRV integrará y observará los factores de riesgo a futuro, teniendo una decisión más completa y justificada para la relativización de los derechos fundamentales y humanos o lo que es lo mismo de forma práctica: combatir el carácter absoluto de los derechos humanos.

El MRV constará de dos etapas: la primera denominada proporcionalidad y la segunda de relativización; correspondientes al test de razonabilidad y proporcionalidad y a la aplicación de la fórmula del peso respectivamente. No obstante, debemos establecer las condiciones previas para la aplicación del MRV.

Evidentemente, se requiere que en un caso concreto las pretensiones y/o normas aplicables sean consideradas de derechos fundamentales, y a su vez que exista una contradicción evidente de ambas normas, pero no derivadas de la norma en si misma sino de los intereses de los poseedores del derecho fundamental.

En este orden de ideas, que su carácter deóntico y de conducta de cada norma esté en obvia contradicción. Por ejemplo, la “norma 1” prohíba una conducta, y la “norma 2” la permita.

Así, la anterior idea quedaría esquematizada de la siguiente forma:

- Php / Pp (donde Ph es prohibir y P es permitir, p minúscula es una conducta o verbo cualesquiera);

Hasta ahora se observa la contradicción deóntica de las normas. Por otro lado, ya que el MVR está dirigido exclusivamente a normas de derechos fundamentales, y estas a su vez están caracterizadas por tener un núcleo blando o de cumplimiento gradual, esto es, contienen principios y no reglas; debemos extraer el principio contenido en la norma de derecho fundamental. Es decir, confrontar la contradicción de las normas, y en su nivel de principio identificar del principio que se trate.

Aunado a lo anterior, aclarar que los principios que se contradicen son a nivel de concreción, en el caso concreto, real, esto quiere decir que la contradicción es de intereses de los poseedores de los derechos fundamentales no de los derechos en sí mismos.

Para finalizar con la condición previa, se requiere que dicho análisis lógico jurídico cumpla con la contradicción establecida, sea cualquiera su naturaleza, ya sea norma contradictoria o algún acto de autoridad contradictorio, así como omisión, entre otras situaciones que generen incertidumbre al sistema normativo y por ende al terreno fáctico.

#### **4.3.1. Primera etapa: proporcionalidad**

Una vez que se tiene identificadas las normas contradictorias y sus principios, se debe realizar un test de proporcionalidad en el caso concreto del principio

presuntamente vulnerado, o un análisis de las dos normas para descartar otras normas de clausura (de grado, competencia, especialidad, jerarquía y positividad) esto último estaría basado en la jurisprudencia emitida respecto al test de razonabilidad y proporcionalidad.

Para poder ponderar las normas de derecho fundamentales y relativizar alguno de ellos, debemos conseguir que superen el test de proporcionalidad. Esto anterior, con el fin de que tengan de alguna manera el mismo “rango” o importancia jurídica para ser susceptibles de ponderarse. Si no se supera el test de proporcionalidad en alguna de sus etapas, debe concluirse que alguna norma no está al nivel de la otra y fallar a favor de esta última.

Los pasos de la proporcionalidad deberán estudiarse sobre las normas en cuestión y los criterios son los siguientes:

- Que alguna de las normas persiga un fin constitucionalmente valido, formalmente y sustancialmente.

Se entiende un fin constitucionalmente valido formalmente cuando está positivizado de alguna manera en el sistema jurídico mexicano utilizando cualesquiera de las formas de interpretación y ateniendo a los principios *pro homine* y conforme; por su parte, se entiende un fin valido sustancialmente cuando alguna de las normas persiga un fin que no vaya contra las buenas costumbres, la dignidad humana, los principios generales del derecho, la moral pública y la misión histórica del pueblo mexicano. Si ninguna está positivizado se puede estudiar la sustancialidad, sin embargo, la formalidad adquiere preferencia sobre la sustancialidad.

La norma que sea sustancialmente valida pero no esté formalizada deberá desecharse. Si se determina que ambas normas tienen validez formal y sustancial el test seguirá en su segundo paso, de lo contrario se declina la decisión y protección de la norma que si obtenga la validez integral.

- Que la norma resulte idónea para satisfacer el principio que contiene

Como ya se ha afirmado toda norma de derecho fundamental contiene o protege un principio, es decir, la norma es una garantía para satisfacerlo en la medida de lo posible. La idoneidad de la norma para cumplir la satisfacción de su principio debe estudiarse a la luz de dos criterios: que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para cumplir con la satisfacción del principio, pero menos lesivas para el otro derecho fundamental, es decir, más eficientes; y que el grado de realización del principio sea mayor al grado de afectación del otro principio. En suma, para pasar el test debe ser absolutamente idónea (sin alternativas) e integralmente idónea (su realización satisface más que la afectación del otro principio)

Una vez agotadas las etapas anteriores, si ambas normas/principios pasan dichas etapas, no se le puede relativizar de forma sencilla la norma de derechos fundamentales.<sup>254</sup> Por lo que deberán relativizarse a través de una ponderación, teniendo en cuenta los factores del peso abstracto, el grado de afectación y el grado de afectación futura (que incluye todo un análisis sistemático en su argumentación) para así determinar el derecho relativizado y su grado de relativización frente al otro principio.

#### **4.3.2. Segunda etapa: relativización**

Para esta etapa ya debemos tener los dos principios identificados y al superar las anteriores etapas los someteremos al proceso de relativización, inspirado en la fórmula del peso de Robert Alexy. El proceso de relativización se lleva a cabo a través de un proceso de cálculo lógico jurídico con elementos aritméticos. A través de una suma o resta de los valores dados a los diferentes elementos que lo componen. Estos elementos son los siguientes:

- P1= principio 1
- P2= principio 2
- PA= peso abstracto de los principios
- PC= peso concreto o grado de afectación del derecho en el tiempo actual

---

<sup>254</sup> Entiéndase de forma sencilla a través de la subsunción, normas de clausura, por temporalidad, jerarquía, especialidad, entre otras.

- PS= peso de afectación futura, una vez que se aplique la medida determinada

El primer paso es otorgar valores a los PA, PC y PS de los P1 y P2 respectivamente. El PA y PC se miden de la misma forma y para otorgar valores se utiliza cualquier forma de argumentación. Se debe identificar el PA leve, medio e intenso; de igual forma el PC leve, medio, e intenso. Para el MRV estos serían los valores de leve, medio e intenso:

- Leve= 1
- Medio= 2
- Intenso= 4

Así, un PA leve corresponderá el numeral o dígito 1, medio 2, e intenso 4; y así de igual forma el PC dependiendo de la argumentación vertida. Para asignar los valores aritméticos se recomienda para PC tomar en cuenta la irreversibilidad de la afectación de la medida, el número de actores o personas afectadas y el interés público. Sin perjuicio de otros criterios y diversas formas de argumentar e incluso un MVR multinivel al estilo de Toulmin.

Para asignar los valores de PA, se recomienda argumentar la teleología del legislador, los factores históricos del principio, la filosofía que la sustenta, así como factores sociológicos; de igual forma se recomienda un MVR multinivel para sustentar los valores.

Ahora bien, para otorgar el valor al PS, éste debe darse a través de dígitos fraccionales, debido a su naturaleza contingente, puesto que se argumentará con vistas a la posible afectación futura. Para la asignación de dichos valores se puede utilizar todo tipo de argumentación, no obstante, en la medida de lo posible se recomienda utilizar pura argumentación con datos duros o medibles y de derecho comparado.

El PS contendrá los grados de improbable, plausible, y segura; de manera añadida se puede contemplar un cuarto grado de PS que sería totalmente, los valores serían los siguientes:

- Improbable=  $\frac{1}{4}$
- Plausible=  $\frac{1}{2}$
- Segura= 1
- Totalmente= 2

Una vez definidos los valores del PA, PC y PS de los P1 y P2, se prosigue a llevar a cabo una operación aritmética con los valores dados, de forma dual, es decir primera instancia P1 sobre P2, para posteriormente P2 sobre P1. La operación es una multiplicación de los valores, para posteriormente dividirlos. El número menor es el principio que será relativizado y reducido de forma válida. La operación dual tomara la siguiente forma:

P1 P2= PC P1. PA P1. PS P1 = Resultado 1= división y cantidad final

PC P2. PA P2. PS P2 = Resultado 2

P2 P1= PC P2. PA P2. PS P2= Resultado 2 = división y cantidad final

PC P1. PA P1. PS P1= Resultado 1

Este sería el modelo de relativización válido y racionalizado, para poder atacar la decisión judicial utilizando de esta forma, debería hacerse todo un MVR alternativo o contra argumentativo. Se utilizará un ejemplo práctico para poder dilucidar el MRV de una manera más integral. De forma sucinta el MVR constara de los siguientes pasos:

Método Valido de Relativización de Derechos Fundamentales	
Preparación	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Identificar la contradicción de dos normas de derechos humanos y fundamentales, la colisión. Una norma que prohíba y otra que permita deónticamente.</li> <li>• Extraer los principios que ambas normas contengan en su núcleo, los principios que deben realizar.</li> </ul>
Primera etapa: proporcionalidad	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicar el test de proporcionalidad, si en alguna de las etapas algún principio no supera</li> </ul>



	<p>el test, se reduce, se inaplica o se relativiza sin la necesidad de la ponderación.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• El primer criterio del test es la finalidad: que los principios tengan tanto validez formal y validez sustancial.</li> <li>• El segundo criterio del test es la idoneidad: observar si no existen otras alternativas de llevar a cabo los principios sin lesionar alguno de ellos; y que el grado de realización se a mayor al grado de afectación de alguno de ellos.</li> </ul>
Segunda etapa: relativización	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Enumerar los dos principios como P1 y P2.</li> <li>• Establecer el peso concreto, peso abstracto y peso de afectación futura, subjetiva o relativa de cada principio bajo las nomenclaturas: PC, PA, y PS respectivamente.</li> <li>• Otorgar valores a cada peso de leve, medio e intenso en el caso de PC y PA; con valores aritméticos de 1, 2 y 4 respectivamente.</li> <li>• El PS debe otorgar valores de afectación improbable, plausible, segura y totalmente, con los valores fraccionales de <math>\frac{1}{4}</math> <math>\frac{1}{2}</math> 1 y 2 respectivamente.</li> <li>• Realizar una operación dual entre P1 y P2, de multiplicación de los valores y división de los resultados de las multiplicaciones, para obtener el valor final de cada principio:</li> <li>• <u><math>P1 \cdot P2 = PC \cdot P1. PA \cdot P1. PS \cdot P1 = \text{Resultado 1} =</math></u></li> <li>• <math>PC \cdot P2. PA \cdot P2. PS \cdot P2 = \text{Resultado 2}</math></li> <li>• <u><math>P2 \cdot P1 = PC \cdot P2. PA \cdot P2. PS \cdot P2 = \text{Resultado 2} =</math></u></li> <li>• <math>PC \cdot P1. PA \cdot P1. PS \cdot P1 = \text{Resultado 1}</math></li> <li>• Los dos resultados son comparados y el principio que tenga el valor menor es reducido, restringido, disminuido, inaplicado o modificado a favor del primero.</li> </ul>

Cuadro 15. Método valido de relativización de derechos fundamentales y humanos. Elaboración propia.

### 4.3.3. Aplicación

La aplicación del MVR se expone en tres casos paradigmáticos, con el fin de exponer su funcionamiento practico. Los casos son de colisión de derechos fundamentales, en sus principios e intereses. Los casos son tres, uno de carácter hipotético, otro de forma crítica que ya ha sido resuelto, y por último uno prospectivo de un tema contemporáneo. Todos plausibles en el sistema jurídico mexicano.

El primer caso, de colisión de derechos fundamentales de derecho a la privacidad y libertad de prensa, siendo un caso hipotético. El segundo caso, el del derecho a la no discriminación, siendo un caso crítico ya resuelto por la SCJN. Y por último, el tercer caso, el del derecho a la libertad de culto, siendo un caso posible y contemporáneo dentro del sistema jurídico mexicano.

#### **4.3.3.1. Caso derecho a la privacidad y libertad de prensa**

En el ejemplo práctico hipotético se trata del siguiente caso: Un periodista obtiene de una fuente de información datos de la vida privada de un político, entre dichos datos de igual forma obtiene datos de su forma de administrar los recursos que según la fuente son poco ortodoxos y de su vida privada sexual, así como diversas grabaciones. El periodista publicó y recibe una demanda por parte del político, por una lesión a su derecho a la privacidad y honor. El periodista alega su derecho de libertad de prensa (expresión) el caso escala hasta el nivel constitucional y de una colisión de derechos fundamentales, el juez que debe decidir utilizara el MRV.

- P1= derecho a la privacidad vs P2= Libertad de prensa;

El paso que prosigue es la asignación de valores aritméticos y de sus grados de PC, PA y PS. Se simulará la argumentación para otorgar dichos datos. En primer término, se otorgará valor al P1, es decir al derecho a la privacidad:

P1= derecho a la privacidad

- **PC P1= 4**

En este caso, el grado concreto y actual es intenso, toda vez que la privacidad se ha vulnerado de manera absoluta e irremediable, pues los datos del político se han publicado, extraído y manipulado, por lo tanto, el P1 se en su PC se afecta de forma intensa, otorgando el número 4.

- **PA P1= 4**

El peso abstracto, del P1 en este caso es de igual manera intenso, toda vez que la privacidad está íntimamente ligada con la integridad personal y de las relaciones que el sujeto tenga, a diferencia de la libertad de expresión que en este caso está

relacionada con un deber profesional de la periodista y no una expresión personal o de seguridad, sino que posiblemente conlleve un lucro o intereses comerciales no personales. Por lo que el peso abstracto de P1 es intenso.

- **PS P1= 1**

En el caso de la afectación futura en el caso de relativizar el P1, la afectación es segura, pues si bien es cierto que no se puede asegurar un corto plazo, la medida tomada será un precedente jurídico para aperturar la lesividad a la privacidad de los políticos, los cuales si bien es cierto rinden cuentas públicas de su cargo, el titular personal, sujeto humano tiene dignidad y una medida así iría contra la concreción de los derechos fundamentales. Por lo tanto, su PS es segura conteniendo el numeral 1.

En este sentido, ahora se determinarán los valores del P2:

P2= Libertad de prensa

- **PC P2= 1**

En este primer análisis del peso concreto y actual del P2 o el principio de libertad de prensa su peso concreto es leve, toda vez que su ejercicio no se ha obstaculizado de ninguna forma y fue ejercido sin arreglo a las normas, ya que la normatividad no contempla la obtención y publicación de datos sensibles y personales, pero al ser ejercida de manera conjunta, la periodista y a la fuente, pesa concretamente con grado leve y con el numeral 1.

- **PA P2= 1**

El peso abstracto de P2 es similar al peso abstracto de P1, por la misma razón su grado es leve, ya que el derecho a la libertad de expresión por intereses comerciales y de divulgación profesional no se compara al derecho a la privacidad que arriesga la integridad personal de una persona, por lo tanto, su peso abstracto es leve y corresponde al numeral 1.

- **PS P2= 2**

El peso de afectación futura en el caso del P2 o principio de libertad de expresión en éste caso si es totalmente, toda vez que en el caso del derecho de la periodista en el caso de ser relativizado, cancelaria su ejercicio de forma total, a su vez, odria generar protestas, reformas y precedentes para cancelar el ejercicio de libertad de expresión del gremio periodista, y al ser un actor relevante en la escena pública y posiblemente empoderado, la prensa generaría conflictos políticos, sociales y hasta económicos. Es por ello que el grado de afectación futura es totalmente y corresponde el numeral 2.

Una vez que han sido establecidos los grados de afectación y su valor numérico correspondiente se debe llevar a cabo la operación aritmética, la cual es la racionalización de la relativización en estricto sentido, es decir, la operación dual y la posterior operación de división y valoración aritmética. En el caso de ejemplo el siguiente paso quedaría de la siguiente forma:

Derecho de la privacidad sobre libertad de expresión (resultados 16 sobre 1, y posteriormente la división 16 entre 1, da 16 como numeral final)

$$\underline{P1 \ P2 = PC \ P1. \ PA \ P1. \ PS \ P1 = 4 \times 4 \times 1 = 16 = 16}$$

$$PC \ P2. \ PA \ P2. \ PS \ P2 = 1 \times 1 \times 1 = 1$$

Resultado final de P1 sobre P2= 16

Derecho de libertad de expresión sobre derecho de privacidad (resultados 1 sobre 16, y posteriormente la división de 1 entre 16, da 0,0625 como numeral final)

$$\underline{P2 \ P1 = PC \ P2. \ PA \ P2. \ PS \ P2 = 1 \times 1 \times 1 = 1}$$

$$PC \ P1. \ PA \ P1. \ PS \ P1 = 4 \times 4 \times 1 = 16 = 0,0625.$$

Resultado final de P2 sobre P1= 0,0625.

Dado que el resultado de P2 sobre P1 es menor aritméticamente que P1 sobre P2, el derecho a ser relativizado será el P2 es decir, la libertad de prensa. El

juez por lo tanto reducirá, restringirá, desconocerá el P2 de manera racional y válida, de no realizar el MVR se estaría violando los derechos fundamentales por falta de certeza jurídica.

No obstante, para que el MVR tenga validez y eficacia tiene que ser positivizado y dirigido no solo a las autoridades jurisdiccionales en materia de derechos fundamentales, sino que dirigido a los legisladores cuando pretendan legislar sobre dicha materia, así como servir de fundamentación y argumentación o paso necesario para el Senado de la República al momento de ratificar un Tratado Internacional y en la elaboración de sus documentos legislativos.

#### **4.3.3.2. Caso derecho a la no discriminación**

En el caso de derecho a la no discriminación, de forma crítica se reevaluará la *ratio decidendi* de la sentencia del amparo en revisión número 4865/2018. En este caso, es un choque de intereses particulares bajo un solo principio, en este sentido el principio de no discriminación. El caso es el siguiente:

Un empleado de una empresa es amonestado laboralmente por llevar un tatuaje visible en el cuello de una cruz gamada o esvástica. El patrón aduce que incomoda dicho tatuaje y que debe cubriese o de lo contrario procederá a un despido injustificado. El empleado al negarse a cubrir el tatuaje, es despedido. En ambos casos se aduce una no discriminación, por parte de la empresa el derecho a la igualdad, y en el caso del empleado de libertad de expresión bajo el cobijo de no discriminación por motivo de su tatuaje.

En este sentido, al ser un caso real ya analizado en la SCJN, la decisión fue a favor de la empresa y se justificó el despido justificado del empleado. En primer término, el método para resolver que utilizó la SCJN fue la subsunción de la conducta del empleado con Tratados Internacionales, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y la Ley para prevenir y eliminar la discriminación en el distrito federal. Lo anterior bajo la fórmula "límite en el respeto a la moral, la vida privada, los derechos de terceros, el discurso de odio, la provocación del delito y alteración del orden público", bajo este esquema se consideró el tatuaje delito de odio.

La SCJN, una vez tomada la decisión como justificada por la subsunción anterior y aunando a su argumentación lo siguiente:

- Qué el empleador tomo la decisión para proteger la mayoría de sus trabajadores ante la provocación de odio, aduciendo una justificación por mayoría, sin atender la normatividad laboral de ninguna forma;
- Qué el empleado aún sin tener ningún discurso específico, insignias, agresiones, acciones ni ninguna otra conducta contra alguna de las personas del centro laboral, incentivo un discurso de odio por que la esvástica en un contexto mexicano es antisemitismo. Cuando la SCJN no arguyo un razonamiento más allá de la mayoría de razón y analogía con la normatividad europea. En México debería hacerse un censo o porcentaje de cultura de que la esvástica signifique odio antisemita, algo que por supuesto no se incluyó.
- La SCJN mencionó que la calidad de religión judía de la mayoría de empleados fue lo que suscito el caso, pero, no incluyo ninguna alusión a la libertad religiosa, pues esto es poco sistemático, puesto que en ese caso las imágenes religiosas también podrían considerarse delito de odio.

No obstante, la SCJN aun tomando la decisión de forma previa y con una argumentación de subsunción, decidió aplicar el test de razonabilidad para justificar la decisión tomada, algo que carece de sentido, de taxonomía, de certeza jurídica y de economía procesal. El test aplicado por la SCJN llega hasta la razonabilidad y la proporcionalidad, repite la misma argumentación hecha en la subsunción y no aplica de ninguna forma la ponderación.

En este sentido, el MVR de esté caso lo formularia de la siguiente manera:

- Preparación: existe en el caso concreto un solo principio, (no discriminación) pero intereses opuestos, es decir si existe colisión y al ser entre particulares pero obedeciendo a un tema de derechos fundamentales, debe formularse un test de proporcionalidad. Los principios que colisionan en intereses son los siguientes:

P1= derecho a la no discriminación empleador vs P2= derecho a la no discriminación empleado

- Test de proporcionalidad: Entre P1 y P2, el primer paso es la validez, tanto formal como sustancial. Formalmente ambos están enmarcados y protegidos por el artículo primero constitucional, sustancialmente, ambos son válidos por proteger la dignidad y la no discriminación, ya que debe impedirse a terceros a realizar cualquier acción que reduzca los espacios de acción y desarrollo de otra persona, para poder así ejercer su libertad y autonomía. No hay intentos de agresión o delitos por parte del empleado por lo que su expresión en autonomía corporal es válida.
- La idoneidad; la medida de negarse a cubrir el tatuaje o retirarlo por parte del empleado es idónea, toda vez que significaría una modificación corporal costosa e invasiva en su cuerpo; por otro lado, la medida por parte de la empresa de despedir al trabajador es muy lesiva, ya que exime la obligación y cesa la relación laboral así como una fuente de trabajo, cuando la empresa pudo: capacitar al trabajador sobre el tema y sensibilizarlo; conciliar a las partes ofendidas; cambiar la función del trabajador; atender procedimientos alternos de resolución de conflictos del derecho laboral mexicano. No obstante, se eligió la más lesiva.

Estrictamente aquí ya no podría continuarse el MVR, ya que, en su segunda etapa de aplicación del test de proporcionalidad en su idoneidad, la medida del empleador resulta lesiva, por lo tanto, aquí debería concluirse que el P1 debe relativizarse a favor de P2, con lo que el resultado de la decisión es el contrario al tomado en el caso original de la SCJN.

Sin embargo, para efectos didácticos y de exposición, se continuará con el test, suponiendo que ambas medidas resultan idóneas y proporcionales.

La tercera etapa del MVR es la de relativización, en este sentido los siguientes principios tendrán su valor determinado en sus grados de PC, PA Y PS.

P1= derecho a la no discriminación empleador vs P2= derecho a la no discriminación empleado

P1= derecho a la no discriminación empleador

- **PC P1= 1**

En este caso, el grado concreto y actual es leve, toda vez que si bien puede ser que la exposición de un tatuaje de una esvástica evoque un mensaje o sentimiento antisemita, lo cierto es, que el empleado nunca tuvo la intención de dicho mensaje ni queda clara ninguna idea política en particular, la sensibilidad del empleador es la que generaría dicho rechazo, sin embargo la esvástica es un símbolo de múltiples significados y dentro de la historia de México nunca tuvo relación con el antisemitismo ni con el nacional socialismo alemán por sí mismo, tendría que existir mensajes accesorios o actitudes beligerantes para que se considere a la esvástica como un símbolo antisemita en México , por lo tanto, el P1 se en su PC se afecta de forma leve, otorgando el número 1.

- **PA P1= 4**

El peso abstracto, del P1 en este caso es de igual manera intenso, toda vez que ninguna persona debe ser discriminada, y el acto de tratar de agredir a una persona por su pertenencia a una etnia o una religión particular (judía) es una discriminación, la cual puede verse por muchos medios, por lo que la exposición en abstracto de simbología que evoque el anti-judaísmo es discriminatoria, y no puede alegarse una libertad de expresión u otra discriminación contra una acción intolerante. Por lo que el peso abstracto de P1 es intenso.

- **PS P1= ¼**

En el caso de la afectación futura en el caso de relativizar el P1, la afectación es improbable, pues la libertad de tatuarse, portar o exhibir cualquier símbolo en México está protegida por la Carta Magna, no obstante, en concreto nunca ha existido una prohibición hacia simbología antisemita en México, por lo que haciendo una interpretación histórica, esto nunca ha motivado actos antisemitas contra la



comunidad judía en México, y mucho menos motivadas por expresiones individuales sin peso político en México, el antisemitismo como cualquier otra de extrema solo se vuelve de importancia para la seguridad pública y nacional cuando se organiza en torno a una fuerza política, económica o delincuencia, la libertad de expresión de ciertas ideas, incluso extremas no motivan ningún actuar por sí solo, por lo que si en el futuro habrá antisemitismo y se formaría una persecución en masa contra los judíos por el hecho de un tatuaje es improbable . Por lo tanto, su PS es segura conteniendo es la fracción  $\frac{1}{4}$  .

En este sentido, ahora se determinarán los valores del P2:

P2= derecho a la no discriminación empleado.

- **PC P2= 4**

En este primer análisis del peso concreto y actual del P2 o el derecho de no discriminación del empleado es grave, toda vez que se le está reduciendo un derecho por el simple hecho de expresar corporalmente un símbolo que de ninguna forma subjetiva trata de comunicar nada en específico, sino que forma parte de su integridad física. En este sentido, el empleado fue sometido a una vigilancia, acoso y reducción de derechos laborales dentro de la empresa por dicha situación, cuando no consta ninguna otra acción aparte de tener un tatuaje en su cuerpo, por otro lado, la limitación del trabajo al ser un derecho social y vital para el desarrollo y necesidades personales es de muy grave lesión al cortar la fuente de empleo, por lo que si se está discriminando, así que concretamente P2 con grado grave y con el numeral 4.

- **PA P2= 4**

El peso abstracto de P2 es grave, toda vez que el derecho a no ser discriminado forma parte del libre desarrollo de la persona y garantiza su expresión y autonomía sin ninguna barrera social que prejuzgue su valor como persona, de lo contrario se estaría violentando su dignidad. En este sentido, el portar un símbolo ya sea de la forma que sea forma parte de la libertad personal, y puede derivar en libertad de culto cualesquiera, si se aduce una ofensa al exterior de un símbolo debería

justificarse una afectación objetiva del símbolo o acción con éste, de lo contrario si bajo está lógica si toda persona se afecta al no compartir una imagen religiosa, política, económica, cultural, sería imposible una convivencia en un país multicultural como México y diverso, puesto que nadie debe ser perseguido por ninguna idea, cual sea. Por lo tanto, el peso abstracto de afectación de P2 es 4.

- **PS P2= 2**

El peso de afectación futura en el caso del P2 es total, toda vez que al contrario de la discriminación aducida por el empleador, la cual no conlleva a pérdida de ningún derecho y no es un antecedente que genere acción discriminatoria, la acción del empleador si lo es, puesto que si evoluciona el factor de despido justificado por la expresión de ideas en forma de tatuajes, se estaría encasillando a las personas por sus creencias y no por sus derechos, esencia, dignidad o simplemente por su trabajo, esto generaría un prejuicio inquisidor de forma totalitaria por ideología, lo cual es contrario al artículo primero constitucional, por esta falta de certeza, el peso de afectación futura o subjetiva de P2 es de 2.

Una vez que han sido establecidos los grados de afectación y su valor numérico correspondiente se debe llevar a cabo la operación aritmética, la cual es la racionalización de la relativización en estricto sentido, es decir, la operación dual y la posterior operación de división y valoración aritmética. En el caso de ejemplo el siguiente paso quedaría de la siguiente forma:

Derecho de no discriminación del empleador contra el derecho de no discriminación del empleado (resultados 1.6 sobre 32, y posteriormente la división 1.6 entre 32, da 0.05 como numeral final)

$$\underline{P1 \ P2= \ PC \ P1. \ PA \ P1. \ PS \ P1 = 1 \times 4 \times 0.4 = 1.6}$$

$$PC \ P2. \ PA \ P2. \ PS \ P2 = 4 \times 4 \times 2 = 32$$

Resultado final de P1 sobre P2= 0.05

De forma alterna, el derecho de no discriminación del empleado contra el derecho de no discriminación del empleador (resultados 32 sobre 1.6, y posteriormente la división de 32 entre 1.6, da 20 como numeral final)

$$\underline{P2 \text{ sobre } P1 = \frac{PC \text{ sobre } P2 \cdot PA \text{ sobre } P2 \cdot PS \text{ sobre } P2}{PC \text{ sobre } P1 \cdot PA \text{ sobre } P1 \cdot PS \text{ sobre } P1} = \frac{4 \times 4 \times 2}{1 \times 4 \times 0.4} = 32}$$

$$PC \text{ sobre } P1 \cdot PA \text{ sobre } P1 \cdot PS \text{ sobre } P1 = 1 \times 4 \times 0.4 = 1.6$$

Resultado final de P2 sobre P1 = 20

Dado que el resultado de P1 sobre P2 es menor aritméticamente que P2 sobre P1, el derecho a ser relativizado será el P1 es decir, la no discriminación del empleador o judío. El juez por lo tanto reducirá, restringirá, desconocerá el P1 de manera racional y válida, de no realizar el MVR se estaría violando los derechos fundamentales por falta de certeza jurídica, tal como se hizo en la resolución original.

Tal vez no se esté de acuerdo que la portación de una esvástica con un tatuaje deba estar contemplado como derecho fundamental, o al menos deba defenderse en contra de la reducción de la no discriminación por ofensa, no obstante, para demostrar lo contrario, o bien se hace una contra argumentación estructurada en el MVR fuera del deciocionismo o arbitrariedad, o bien se llega a un resultado diferente porque el caso concreto fáctico tiene diferentes elementos a relativizar.

Es importante señalar que la presente tesis, no defiende el resultado en concreto de dicho ejercicio ni está dentro de la discusión o tesis los elementos relativos al presente caso, sino la forma de resolver, la cual si está en discusión y expuesta. Por un lado, la arbitraria a modo y sin control de la SCJN, y el MVR con los elementos determinados, pasos concretos y lógica propia.

#### **4.3.3.3. Caso libertad de culto**

El presente caso dentro de la temporalidad de esta tesis, no es hipotético ni tampoco ya ha sido analizado por la SCJN, no obstante, es muy plausible a realizarse debido

a diversas expresiones en el ámbito político y jurídico que ha suscitado dicho tema. El caso en concreto es el siguiente:

Se propone una medida legislativa para prohibir la exposición de altares conocidos como “nacimientos” en las tradiciones católicas, lo cual es una representación de Jesús de Nazaret al nacer, lo anterior relativo a la temporada navideña. Esta costumbre tiene un fuerte simbolismo relacionado con la liturgia católica y es considerado parte del culto a dicha religión.

En este sentido, la medida prohíbe la exposición de dichos altares en espacios públicos y gubernamentales, y promoción por parte de los entes públicos de dicha práctica, además de prohibir el respaldo económico a medidas de dicha índole. Por otro lado, la medida de ninguna forma prohíbe el culto privado, individual, colectivo o en público por parte de particulares.

Lo anterior, para salvaguardar el Estado Laico, el cual es un garante del derecho fundamental de libertad de culto. Sin embargo, una parte de la población tiene indignación ante la medida y aducen que sus Derechos Humanos y Fundamentales son violados por la medida, toda vez, que se presume el acto antirreligioso, inquisitivo y arbitrario, pues viola la libertad de culto de una religión mayoritaria en México al no permitir la exposición y promoción de los altares de nacimiento en espacios públicos y no apoyar económicamente actividades relacionadas con los mismos.

De nueva cuenta, se perfila una colisión de intereses dentro de un mismo principio. Se procede aplicar el MVR

- Preparación: existe en el caso concreto un solo principio, (libertad de culto) pero intereses opuestos, es decir si existe colisión y al ser entre particulares, pero obedeciendo a un tema de derechos fundamentales, debe formularse un test de proporcionalidad. Los principios que colisionan en intereses son dos dimensiones de la libertad de culto, por un lado, la libertad de culto positiva a cargo del Estado, es decir, que el Estado promueva y fomente la religión católica, por el otro lado, la libertad de culto negativa, es decir que el

Estado de abstenga de promover la religión católica y garantice un espacio laico.

P1= libertad de culto positiva vs P2= libertad de culto negativa

- Test de proporcionalidad: Entre P1 y P2, el primer paso es la validez, tanto formal como sustancial. Formalmente ambos están enmarcados y protegidos por el artículo 24 de la constitución, sustancialmente, ambos son válidos debido a que el Estado laico formaría como garante y mediador de un espacio para la libre expresión de la religión. Por el otro lado, es derecho de toda persona profesar su religión de forma privada, pero a su vez también de forma pública, pues no puede haber condicionamiento en el ejercicio de un derecho humano, debido al principio de inalienabilidad, y a su vez es parte de la libre expresión de las ideas, siempre y cuando no se violente derechos humanos o bien constituyan un delito, en este sentido, los nacimientos no están en el supuesto de un delito.
- La idoneidad: la medida es idónea, pues no se sanciona o persigue otra religión, y se tomó la medida menos lesiva, pues no se prohibió públicamente toda expresión religiosa sino solo la exposición en lugares públicos hechas por entes públicos con fondos públicos.

Por lo tanto, tanto P1 como P2, resultan en la primera etapa válidos, se procede a la etapa de relativización del MVR:

- P1= libertad de culto positiva vs P2= libertad de culto negativa

El paso que prosigue es la asignación de valores aritméticos y de sus grados de PC, PA y PS. Se simulará la argumentación para otorgar dichos datos. En primer término, se otorgará valor al P1:

P1= libertad de culto positiva

- **PC P1= 1**

El peso concreto de P1 es leve, toda vez que si bien es cierto que la medida limita el ejercicio de culto, también lo es que no limita a persona alguna el ejercicio sino a espacios públicos gubernamentales, es decir entre autoridades en ejercicio de sus

funciones. En este sentido, de igual forma se niega el uso de fondos públicos para el ejercicio de culto de una religión en particular, esto con el fin de preservar la libertad de culto misma, pues al tener un Estado Laico se garantiza un espacio neutral hacia todo tipo de creencias, en el caso contrario, se trataría de una clara preferencia de religión lo que menoscabaría el espacio a las demás. Por eso el grado de afectación concreta de P1 es leve, con el numeral 1.

- **PA P1= 1**

El peso abstracto de P1 es leve, toda vez que la libertad de culto forma parte de un derecho fundamental, también lo es que, en este caso, al ser una colisión de intereses bajo un mismo principio, no existe un peso diferencial entre una parte o la otra, en este sentido el peso abstracto es leve, con el numeral 1.

- **PS P1= ¼**

El peso subjetivo o de afectación futura de P1 es improbable ya que la probabilidad de que dicha situación evolucione a una medida antirreligiosa y prohibición de culto es improbable, ya que al limitarse la medida a entes públicos y a salvaguardar el Estado Laico, es todo lo contrario, una garantía del libre de culto de todas las religiones y creencias posibles. Por lo tanto, el peso de afectación subjetiva es de improbable con el numeral de ¼ .

En este sentido, ahora se determinarán los valores del P2:

P2= libertad de culto negativa

- **PC P2= 2**

El peso en concreto de P2 es medio, toda vez que la medida se encuentra de forma equilibrada para salvaguardar el Estado Laico, en el caso concreto la prohibición de altares católicos navideños o nacimientos en espacios públicos, limita la culturalización de una sola religión sobre las demás, garantizando la diversidad cultural, no obstante es media, ya que si garantiza el espacio público laico y neutral pero aún no garantiza otros espacios públicos libres de preferencias religiosas, ni tampoco fomenta la integración de todas las creencias, es solo una medida negativa

de no hacer, un límite al actuar estatal en materia religiosa. Por lo tanto, el peso concreto de P2 es medio con el numeral 2.

- **PA P2= 1**

El peso abstracto de P2 es leve, toda vez que la libertad de culto forma parte de un derecho fundamental, también lo es que, en este caso, al ser una colisión de intereses bajo un mismo principio, no existe un peso diferencial entre una parte o la otra, en este sentido el peso abstracto es leve, con el numeral 1.

- **PS P2= 1**

El peso subjetivo o de afectación futura es segura, ya que si bien es cierto no aumentaría la preferencia de una religión en caso de dejar al lado la medida, lo es también que, hasta la aparición de la medida, el Estado exponía los altares navideños católicos y brindaba eventos culturales en torno a dicha religión con fondos públicos, lo que es una clara afectación a la libertad de culto. Por lo que si la medida se desecha, la afectación de la libertad de culto será segura, sin embargo, podría intentarse otro medio para asegurarla por lo mismo no es total. Por lo tanto, la afectación subjetiva es segura con el numeral 1.

Una vez que han sido establecidos los grados de afectación y su valor numérico correspondiente se debe llevar a cabo la operación aritmética, la cual es la racionalización de la relativización en estricto sentido, es decir, la operación dual y la posterior operación de división y valoración aritmética. En el caso de ejemplo el siguiente paso quedaría de la siguiente forma:

Derecho de la privacidad sobre libertad de culto positiva sobre negativa (resultados 0.4 sobre 2 , y posteriormente la división 0.4 entre 2 , da 0.2 como numeral final)

$$\underline{P1 P2= PC P1. PA P1. PS P1 = 1x1x0.4= 0.4}$$

$$PC P2. PA P2. PS P2 = 2x1x1=2$$

Resultado final de P1 sobre P2= 0.2

Derecho de libertad de culto negativa sobre positiva (resultados 2 sobre 0.4, y posteriormente la división de 2 entre 0.4 , da 5 como numeral final)

$$\underline{P2 \text{ sobre } P1 = \frac{PC \text{ sobre } P2 \cdot PA \text{ sobre } P2 \cdot PS \text{ sobre } P2}{PC \text{ sobre } P1 \cdot PA \text{ sobre } P1 \cdot PS \text{ sobre } P1} = \frac{2 \times 1 \times 1}{1 \times 1 \times 0.4} = 5}$$

$$PC \text{ sobre } P1 \cdot PA \text{ sobre } P1 \cdot PS \text{ sobre } P1 = 1 \times 1 \times 0.4 = 0.4$$

Resultado final de P2 sobre P1= 5

Dado que el resultado de P2 sobre P1 es mayor aritméticamente que P1 sobre P2, el derecho a ser relativizado será el P1 es decir, la libertad de culto positiva. El juez por lo tanto reducirá, restringirá, desconocerá el P1 de manera racional y válida, de no realizar el MVR se estaría violando los derechos fundamentales por falta de certeza jurídica.

En este sentido, es válida la medida de reducir la exposición y prohibir los altares de nacimientos en espacios públicos, así como el retiro de fondos públicos para cuestiones religiosas en épocas decembrinas.

#### **4.3.4. Necesidad de reforma constitucional y orgánica para el Poder Judicial de la Federación y Congreso General**

La utilidad práctica ha quedado expuesta en el ejemplo y la propuesta del MVR, sin embargo, la aportación jurídica debe estar sustanciada dentro del sistema jurídico mexicano y a nivel constitucional y nacional. Cabe señalar, rescatando los elementos de la tridimension del derecho, toda aportación jurídica debe contener la dimensión sociológica, dimensión filosófica y la dimensión normativa. Es por lo anterior, que el MVR debe ser insertado a manera de norma jurídica.

La configuración formal del MVR será insertada como un artículo constitucional y en forma de protocolo de actuación para desarrollar una argumentación en toda decisión jurisdiccional cuando dos normas de derechos fundamentales colisionen, esto puede darse en primer término en las diferentes formas de control constitucional, como pueden ser el Juicio de Amparo, las Controversias Constitucionales, la Acción de Inconstitucionalidad, el Juicio de



revisión constitucional, y toda decisión que esté íntimamente relacionada con derechos fundamentales.

Cabe señalar, que de no aplicarse el MVR la decisión sería considerada inválida de forma absoluta, desvalorando la decisión judicial. Por su parte, si el Poder Legislativo no hace uso del MVR al momento de argumentar una iniciativa considerada relevante o que reforme, derogue y modifique de alguna forma normas relativas a derechos fundamentales, se considerará dicha omisión violación al proceso legislativo, susceptible de Juicio de Amparo para restaurar el proceso.

En este orden de ideas, también debería contener el MVR la declaración de suspensión de derechos fundamentales en el artículo 29 constitucional. De igual forma en suspensión en el Juicio de Amparo. Todo lo anterior sin perjuicio de ser utilizada en diferentes procesos relativos a los derechos fundamentales. Todo lo anterior deberá estar reflejado en la reforma constitucional y orgánica de dichas autoridades.

Dado que no es el fin de la presente investigación y excedería de manera engorrosa su contenido no se reproduce materialmente la reforma constitucional ni las leyes secundarias derivadas para el funcionamiento y operatividad del MVR, sin embargo, si se esboza las características que debe contener, las cuales son las siguientes:

- El MVR debe estar insertado a nivel constitucional;
- La ley reglamentaria deberá ser de carácter nacional;
- Los sujetos a los que va dirigido deben ser las autoridades jurisdiccionales, judiciales o no, y las autoridades legislativas;
- Será exclusivamente aplicable en caso de colisión de normas de derechos fundamentales;
- El fin doctrinal, práctico, científico y jurídico es y será la relativización, es decir la aplicación del principio científico de la relatividad a la ciencia jurídica;

- Su efecto debe ser general, de interés público y modificable pero no derogable, al ser considerado una garantía de un derecho fundamental y atender al principio de progresividad de los mismos;
- Debe ser dirigido de igual forma a los pueblos indígenas;
- Los litigantes y demás operadores jurídicos no estarán obligados a utilizar el MVR, so pena de tener una argumentación deficiente, en caso de defensa dentro de materia penal si será obligatoria una argumentación del MVR, pues sería de interés público y una garantía de certeza jurídica para el vinculado a proceso, detenido, sentenciado, entre otros, y
- La validez del MVR se actualiza en el momento de positivarse como norma constitucional.

La anterior lista serían los elementos básicos que la reforma constitucional debería observar, sin embargo, al momento de desarrollar las normas del MVR, o bien extenderse en la jurisprudencia, podrán encontrarse mayores bases, por ello la lista es enunciativa y no limitativa.

Si bien no se pueden prever los efectos de manera exacta de alguna reforma o nueva norma, si se puede esbozar una prospectiva sociológica y filosófica que podrían resultar de la adopción del MVR. De los efectos posibles del MVR serían en consecuencia: la aportación a la solución doctrinal del problema de la decisión judicial, aportación teoría de los derechos fundamentales sobre todo en su arista de relativos y no absolutos; la inserción de la relativización como figura jurídica y posterior desarrollo en otras figuras y normas; socialmente e históricamente puede ocurrir un mejor desarrollo democrático y racionalización en el actuar del Estado, así como mejor equilibrio del poder a la discrecionalidad de los jueces, el total respaldo al principio de certeza jurídica, así como la disminución de protestas por la reducción de un derecho fundamental, así como el reforzamiento de la argumentación de la población jurídica general.

#### **4.3.5. Mejor equilibrio de poderes y desarrollo democrático mediante ponderación**

En primer lugar, las aportaciones fácticas del MVR tendrán por efecto un mayor desarrollo de la cultura democrática tal como la conceptualiza el artículo tercero constitucional, toda vez que se divulgará de a través de las sentencias públicas, capacitaciones, jurisprudencia y demás medios masivos de comunicación el MVR y la nueva forma de argumentar y entender los derechos fundamentales. Lo anterior, en forma de cascada a través de los operadores jurídicos y por ende, estudiantes de derecho, interesados y población en general.

Por otro lado, los jueces y la discrecionalidad de la que gozaban, debido a la naturaleza de su labor, se verá reducida y ajustada a los estándares lógicos jurídicos del MVR, trayendo con esto un mejor soporte y equilibrio de poderes y freno a posibles abusos, errores, lagunas y demás contingencias a la hora de la decisión judicial. Lo anterior, por fin supondrá una reducción del privilegio y elitismo del Poder Judicial frente a los demás poderes y la población en general.

De la misma forma, las autoridades legislativas tendrán que reforzar su argumentación y racionalización en sus documentos legislativos y por ende, labor en general. La vulgaridad y aculturación que ha sufrido el Poder Legislativo podrá combatirse por la exigencia y filtro intelectual que supone el MVR. Además, supondrá mayor legitimación de las autoridades al contener una argumentación lógica jurídica estricta como lo es el MVR.

Al integrar la ponderación como nueva forma de entender las decisiones judiciales y la argumentación legislativa se abre un panorama de respeto a la individualidad de las personas y de una protección amplia a la certeza jurídica, tras esto, otro efecto de posible concreción sería el de la reducción de las protestas y conflictos sociales derivados de la colisión de derechos fundamentales.

Al contener toda decisión judicial y argumentación legislativa un mayor grado de racionalidad y legitimidad, no se podrá atacarse o aducirse una argumentación menor para denostar, negar o menospreciar la decisión tomada derivada del MVR,

al contrario, supondrá una motivación para el desarrollo de las ideas y la racionalidad, aunque sean en el sentido contrario.

De la misma forma, al ser la ponderación una figura inspirada en la relatividad e individualización de los derechos fundamentales, se combatirá el carácter absolutista y totalitario que actualmente están tomando las doctrinas de los derechos humanos. Lo anterior, toda vez que los derechos humanos están siendo utilizados de forma moral para justificar ideas políticas o económicas ajenas a los intereses humanistas, sino para imponer ideas de grupos de poder frente a la población en general.

En esta línea, cuando los derechos humanos se utilizan de forma moral y absoluta terminan corrompiendo el lenguaje, el cual se impone como realidad objetiva sin ninguna relación con la diversidad de subjetividades, como se sabe es el mundo complejo hoy en día. Una de las falsas realidades impuestas por lo “objetivo” es el concepto de universalidad el cual se toma como una generalidad, un arquetipo, una imposición absoluta, más no el reconocimiento de la diversidad, como en realidad es la universalidad del mundo con todo el cosmos.

El fin último de toda ciencia, técnica, política, económica, o de cualquier índole; es la comodidad y extensión de la calidad de vida humana, en toda su repercusión, por lo tanto, siempre un mayor grado de racionalidad y de pensamiento o reflexión que se traduzca en una mejor y más eficiente tecnología es un fin justificable a la luz de la ciencia y la sociedad.

Es por todo lo anterior, que el MVR significará una tecnología jurídica revolucionaria dentro de la doctrina mexicana, así como la resolución a problemas técnicos dentro de la legislación sobre derechos fundamentales. De la misma forma, la presente investigación también sirve como precedente para posibles investigaciones consecutivas y revisadas sobre el tema de derechos humanos, fundamentales, lógica jurídica y de la adhesión de los principios científicos a las ciencias sociales y sobre todo de una evolución teórica del derecho como disciplina científica.

#### **4.3.6. Posible apertura teórica del derecho mediante la ponderación**

El derecho con ciencia universal en todos los sistemas normativos ha inspirado diferentes filosofías para entender, explicar, y crear tecnología que sirva como una segunda naturaleza para el hombre, para supervivencia, y para la búsqueda de la armonía universal del deseo humano. Dentro de estas formas de observar al derecho, históricamente, han existido tres visiones filosóficas que han sido hegemónicas: naturalismo, positivismo y realismo.

Tanto el naturalismo como el positivismo y realismo han tenido sus ventajas y desventajas, sus aporías y sus lagunas, no obstante, dada la dinámica social y la evolución del tiempo y los acontecimientos humanos han integrado y desarrollado estas filosofías jurídicas en una integración de las tres, como es el modelo tridimensional del derecho. No obstante, ninguna de las filosofías anteriores ha ayudado al derecho a resolver problemas contemporáneos o emergentes, más bien, dialécticamente han podido vivir su momento histórico.

En este orden de ideas, el derecho como toda ciencia moderna se alimenta de la dialéctica y de la complejidad, y así como las filosofías anteriores han coadyuvado a la generación del entendimiento de las sucesivas, el modelo tridimensional del derecho debe integrarse de forma racionalizada ante el individuo o sujeto de forma integral, para resolver problemas posmodernos: como el auge de la bioética, el aborto, la eutanasia, los derechos de cuarta generación, la inteligencia artificial y el espacio cibernético digital.

El derecho y sus filosofías tienen la característica y error de apreciar el derecho de forma general y absoluta, tanto así que han aceptado la generalidad como una característica del derecho en sí mismo, del humano y de la sociedad en sí, lo anterior, por ejemplo, se refleja con la prohibición de normas individualizadas en diversos ordenamientos jurídicos. El derecho del siglo XXI tiene el reto de resolver lo que el derecho hasta el momento no ha podido: la individuación del derecho y la superación de la generalidad.

El error de la generalidad, como gran relato, es su degeneración en el totalitarismo y absolutismo, impensable en los tiempos de la modernidad líquida y el

individualismo exacerbado. No obstante, si el absoluto como principio físico establece la determinación del universo, el estaticismo, la inmovilidad y lo eterno; nada de lo anterior tendría sentido sin la generación, dinámica, movilidad y lo cambiante: el principio físico que complementa el absoluto es lo relativo.

El principio de relatividad podría ayudar al derecho a resolver las aporías del siglo XXI, la forma de relativizar el derecho es a través de la racionalización de los conceptos y sobre todo del valor lógico de su contenido. Es por ello que el presente trabajo al aportar un método basado en el principio de relatividad para resolver contradicciones normativas, es valioso por su aportación a la configuración de otra filosofía jurídica. El presente trabajo tendrá el valor dialectico de jugar un papel de antecedente para la apertura teórica del derecho hacia otros principios y la formación de otras filosofías emergentes.

Las aportaciones anteriores, se pueden sintetizar de la forma siguiente:

<b>Aportaciones y prospectivas</b>		
<b>Dimensión</b>	<b>Aportación</b>	<b>Prospectiva</b>
<b>Legal</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Reforma judicial y legislativa constitucional y orgánica para la introducción del Método valido de relativización.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mejor control de las decisiones judiciales, así como control de los documentos legislativos.</li> <li>• El MVR como garantía terciaria de los derechos humanos y fundamentales.</li> </ul>
<b>Social</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Mayor equilibrio de poderes y desarrollo de cultura democrática y científica.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Aplicación eficaz del artículo tercero constitucional</li> <li>• Mayor equilibrio de poderes al frenar la discrecionalidad judicial.</li> <li>• Mayor legitimación intelectual legislativa.</li> <li>• Inderrotabilidad de las posturas de derechos humanos y fundamentales.</li> <li>• Reducción de conflictos sociales derivados de derechos humanos y fundamentales.</li> <li>• Reducción y combate a los movimientos oportunistas de activismo político de derechos fundamentales.</li> </ul>
<b>Teórica</b>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Apertura teórica del derecho al principio científico de relatividad.</li> </ul>	<ul style="list-style-type: none"> <li>• Implementación de la tecnología de ponderación</li> </ul>

		<p>derivada de la figura de ponderación.</p> <ul style="list-style-type: none"> <li>• Implementación y desarrollo del modelo tridimensional del derecho.</li> <li>• Aplicación directa de la Teoría de la Argumentación Jurídica de Robert Alexy.</li> <li>• Desarrollo del neopositivismo.</li> <li>• Combate a la generalidad y sentido absoluto de las ideas naturalistas de los derechos humanos.</li> <li>• Posible desarrollo de una Cuarta Teoría Jurídica.</li> </ul>
--	--	---

Cuadro 16. Aportaciones y prospectivas. Elaboración propia.

### **Bibliografía**

ALCHOURRON, Carlos y BULYGIN Eugenio, *Análisis lógico y derecho*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1991.

ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica*, trad. Manuel Atienza, 2a. ed. México, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.

\_\_\_\_\_, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Madrid, 1993.

ÁLVAREZ GARDIOL, Ariel, *Introducción a una teoría general del derecho. El método jurídico*, Buenos Aires, Textos Jurídicos, 1975.

BAUMAN, Zygmunt, *Modernidad Líquida*, trad. Mirta Rosemberg, 1 a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2003.

BRÖNSTRUP, Celsi y GODOI, Elena, "Comunicación, lenguaje y comunicación organizacional", en *Signo y Pensamiento*, Colombia, vol. XXVI, núm. 51, julio-diciembre, 2007.

BUNGE, Mario, "El Derecho como técnica social de control y reforma" en *Isonomía*, Perú, núm. 13, octubre, 2000.

BYUNG CHUL, Han, *Psicopolítica*, Alemania, Herder, 2014.

CARBONELL, Miguel (coord.) *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

- CARIOLA, Agatino “El Derecho Natural y la Historia. La afirmación de la libertad de conciencia en el Estado Democrático”, en *Revista de Estudios Políticos* (Nueva Época), México, núm. 116, abril-junio, 2002.
- CERVANTES GÓMEZ, Juan Carlos, *Derecho Parlamentario*, 1a. ed., México, Serie Roja, 2012.
- CHEVALLIER, Jean-Jacques, *Los grandes textos políticos desde Maquiavelo a nuestros días*, trad. Antonio Rodríguez Huescar, Madrid, Aguilar, 1962.
- CORREAS, Oscar, *Acerca de los derechos humanos Apuntes para un ensayo*, 2a. ed., México, Ediciones Coyoacán, 2015.
- COVARRUBIAS CUEVAS, Ignacio, “El principio de proporcionalidad en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal alemán: más allá de Alexy” en *Ius et Praxis*, núm. 24, Chile, 2018.
- DE LOS SANTOS Argáez, Jesús Manuel (coord.), *Derechos Humanos Un escenario comparativo entre los Sistemas Universal Regional y Nacional*, México, Flores Editor, 2016.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías*, 4 a. ed., trad. Perfecto Andrés Ibáñez, Madrid, Trotta, 2004.
- FOUCAULT, Michel, *El nacimiento de la biopolítica*, México, Fondo de Cultura Económica, 2004.
- \_\_\_\_\_ *La verdad y las formas jurídicas*, Brasil, Gedisa, 2001.
- GAMA, Leopoldo, *Derechos, democracia y jueces*, Madrid, Marcial Pons, 2019.
- GASCÓN ABELLAN, Marina et. al., *Argumentación Jurídica*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2014.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del Derecho*”, México, 23a. ed., Porrúa, 1974.
- GEHLEN, Arnold, *El hombre, su naturaleza y su lugar en el mundo*, 2a. ed., Salamanca, Ediciones Sígueme, 1987.



- GIULIANI, Alessandro, “¿Ciencia o Técnica del Derecho?” en *Dialnet*, Italia, 1955.
- GÓMEZ CASTRO, Santiago, “Sobre el concepto de antropotécnica en Peter Sloterdijk” en *Revista de Estudios Sociales*, España, núm. 43, agosto 2012.
- GONZÁLEZ PÉREZ, Jesús, *La dignidad de la persona humana*, Madrid, Editorial Civitas, 1986.
- GONZÁLEZ, Alberto Matías y HERNÁNDEZ Alegria, “Positivismos Dialéctico materialista y fenomenología: tres enfoques filosóficos del método científico y la investigación educativa” en *Revista Actualidades Investigativas en Educación*, vol. 14, núm. 3, septiembre-diciembre, 2014.
- GRIMM, Dieter, *Constitucionalismo y Derechos Fundamentales*, Madrid, Trotta, 2006.
- GUINBOURG, Ricardo, “El sexo de los ángeles, el constructivismo en las ciencias sociales”, en *Abeledo Perrot, Lecciones y Ensayos*, Buenos Aires, núm. 67, 2003.
- GUTIÉRREZ, Gustavo *Derechos fundamentales y derechos humanos*, México, Ttirant lo blanch, 2021.
- HIERRO L., Liborio, *Los Derechos Humanos Una concepción de la justicia*, Madrid, Marcial Pons, 2016.
- HOBBS, Thomas, *El Leviatán*, México, Fondo de Cultura Económica, 2008,
- JAKOBS, Günther *et. al.*, *El derecho penal del enemigo en el contexto del funcionalismo*, México, Flores editor, 2013.
- KELSEN, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. Roberto Vernengo, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2a. ed., 1982.
- LARENZ, Karl, *La filosofía contemporánea del derecho y del estado*, Argentina, ediciones Olejnik, 2007.
- LÓPEZ GARCÍA, Fernanda, “La interpretación constitucional y sus métodos en el sistema jurídico norteamericano, una interacción entre lo político y lo jurídico:

- teorías y casos de estudio” en *Ius et Praxis*, Colombia, núm. 24, 2018, pp. 393-430.
- MABEL GARCÍA, Silvana, “El Derecho como ciencia”, en *Invenio*, Argentina, vol. 14, núm. 26, junio, 2011.
- MACCORMICK, Neil, “Coherence in Legal Justification”, en Krawwietz, W, et. al., *Theorie der Normen, Festschube für O. Weinberger, zum 65 Geburtstag*, Berlín, Duncker und Humbolt, 1984.
- MÉNDEZ DÍEGUEZ, Yurisander, “El Derecho y su correlación con los cambios de la sociedad” en *Derecho y Cambio social*, Perú, año 8, núm. 23, 2011.
- MEZA SILVA, Juan N., y GARCÍA SILVA, Fernando, *Derechos fundamentales bases para una reconstrucción de la jurisprudencia mexicana*, 3a. ed., México, Porrúa, 2009.
- MOLLER PELAYO, Carlos María, “La suspensión de garantías en la constitución de 1917 ayer y hoy: lecciones del pasado y del presente para el futuro inmediato” en Esquivel, Gerardo (coord.), *Cien ensayos para el centenario. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, tomo 2: Estudios jurídicos, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- MORALES LIZÁRRAGA, Miguel Eduardo, *Ética posmoderna y derechos humanos*, México, CNDH, 2019.
- NIETZSCHE, Friedrich, *Genealogía de la Moral*, México, Alianza Editorial, 2011.
- OBREGÓN SALINAS, Gonzalo Levi y PADILLA SANABRIA, Xóchitl Lizbeth, *Los Derechos Humanos del Derecho Penal del Enemigo*, 1a. ed., México, Thomson Reuters, 2020.
- OBREGÓN SALINAS, Gonzalo Levi, *Lo teórico y lo práctico de los derechos humanos*, México, Thomson Reuters, 2018.
- PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales I, Teoría general*, Madrid, Eudema, 1991.

- PLATÓN, Aristocles, *Diálogos IV: La República*, trad. Conrado Eggers Lan, Madrid, Gredos, 1988.
- POLAINO-ORTS, Miguel, *El derecho penal del enemigo ante el estado de derecho*, México, Flores editor, 2013.
- RODRÍGUEZ RUIZ, Virgilio, "Santo Tomás de Aquino en la Filosofía del Derecho", en *En-Claves del Pensamiento*, México, año X, núm. 19, enero-junio, 2016.
- SÁNCHEZ SANDOVAL, Augusto, *Epistemologías y sociología jurídica del poder*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- SANTOS, BOAVENTURA de Sousa y Sena Martins, Bruno (eds.) *El pluriverso de los derechos humanos la diversidad de las luchas por la dignidad*, México, Akal, 2019.
- \_\_\_\_\_, "Sociología jurídica crítica para un nuevo sentido común en el derecho" en *Colección en clave de Sur*, Bogotá, 2009.
- SHIAVONE, Aldo, *lus la invención del Derecho en Occidente*, trad. Germán Prósperi, Buenos Aires, Ed. Ariana Hidalgo, 2009, p. 477.
- SIECKMANN, Jan, "La Norma Jurídica" en Fabra Zamora, Jorge Luis y Rodríguez Blanco, Verónica (coord.), *Enciclopedia de Filosofía y Teoría del Derecho*, México, vol. II, Universidad Nacional Autónoma de México, 2013.
- SLOTERDIJK, Peter, *Esferas II*, Madrid, Siruelas, 2004.
- \_\_\_\_\_, *Has de cambiar tu vida: sobre antropotécnica*, trad. Pedro Madrigal, España, Pre-textos, 2013.
- \_\_\_\_\_, *Normas para el parque humano*, trad. Teresa Rocha Barco, 4a. ed., Madrid, Siruela, 2006.
- \_\_\_\_\_, *Sin salvación: tras las huellas de Heidegger*, Madrid, Ediciones Akal, 2011.
- SOLANO OROZCO, Eduardo, "La ponderación como técnica de aplicación de las normas sobre derechos fundamentales" en *Revista Judicial*, Costa Rica, núm. 109, septiembre, 2013.

VALLE LABRADA, Rubio, *Introducción a la Teoría de los Derechos Humanos: fundamento*, Madrid, Editorial Civitas, 1998.

VEGA MORALES, Luisa Gabriela, y SERRANO CAMPOS, Carolina, *Derechos humanos y la interpretación de la corte en México*, México, Thomson Reuters, 2018.

VIDAL CASTILLO, Abril, "Ser y Deber ser del Derecho en las concepciones del ser y del valor de la Persona Humana", España, en *Dianet*, 1967.

VON WRIGHT, Henrik, *Norma y Acción: Una Investigación lógica*, trad. de Carlos García Ferrero, Madrid, Tecnos, 1979..

\_\_\_\_\_, *Sein und Sollen Normen Werte und Handlungen*, Frankfurt, Sunkamp, 1994.

WITKER, Jorge, "Las Ciencias Sociales y el derecho" en *Boletín Mexicano de derecho comparado*, México, vol. 48, núm. 142, ene-abr, 2015.

YÁÑEZ, Adolfo, "El enunciado y el contexto enunciativo: hacia la pragmática", en *Comunicación*, Costa Rica, año 11, núm. 002, enero-junio, 2000.

ZAGREBELSKY, Gustavo, *El derecho dúctil, derechos justicia*, 10a ed., Madrid, Trotta, 2011.

### **Cuerpos normativos consultados**

Amparo en revisión con número de expediente 2655/2013, disponible en: [http://www.pjhidalgo.gob.mx/PortalVirtual/2Consejo/Areas/Planeacion/Areas/CoordinacionGeneral/Areas/UnidadGenero/Documentos/sentencias\\_relevantes/sentencia4.pdf](http://www.pjhidalgo.gob.mx/PortalVirtual/2Consejo/Areas/Planeacion/Areas/CoordinacionGeneral/Areas/UnidadGenero/Documentos/sentencias_relevantes/sentencia4.pdf)

Constitución española, disponible en: <https://www.boe.es/buscar/pdf/1978/BOE-A-1978-31229-consolidado.pdf>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 5 de febrero de 1917, [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_110321.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_110321.pdf).

Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en:  
[https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion\\_ADH.pdf](https://www.cndh.org.mx/sites/default/files/doc/Programas/TrataPersonas/MarcoNormativoTrata/InsInternacionales/Regionales/Convencion_ADH.pdf)

Declaración Universal de Derechos Humanos, disponible en:  
[https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr\\_translations/spn.pdf](https://www.ohchr.org/en/udhr/documents/udhr_translations/spn.pdf)

Ley de Amparo, disponible en:  
[http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp\\_070621.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LAmp_070621.pdf)

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, disponible en:  
<https://www.ohchr.org/sp/professionalinterest/pages/cescr.aspx>

### **Jurisprudencia consultada**

Barba Vela, Estefanía, El protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren la orientación sexual o identidad de género, México, SCJN, 2015.

Dirección General de Derechos Humanos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Protocolo para juzgar casos que involucren personas migrantes y sujetas de protección internacional, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2021.

Pacheco López, Rafael (ed.), Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren niñas, niños y adolescentes, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

Pacheco López, Rafael, El protocolo de actuación para quienes imparten justicia en asuntos que involucren hechos constitutivos de tortura y malos tratos, México, SCJN, 2014.

Rivas Gutiérrez, Rodrigo, El protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos relacionados con proyectos de desarrollo e infraestructura, México, SCJN, 2014.

Sánchez Guillén, Araxama, El Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas, comunidades y pueblos indígenas, México. SCJN, 2014.

Sánchez Saavedra, Antonio (comp.) Protocolo de actuación para quienes imparten justicia en casos que involucren derechos de personas con discapacidad, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2014.

Tesis 1a. CCCVI/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo I, septiembre 2017, p. 219.

Tesis 1a. CCCXII/2013, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo 2, septiembre 2015, p. 1052

Tesis 1a. CCLXIII/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo II, noviembre de 2016, p. 915.

Tesis 1a. CCLXIII/2016, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, tomo II, noviembre de 2016, p. 915.

Tesis 1a. CCLXIX/2016, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo II, noviembre de 2016, p. 914.

Tesis 1a. CVII/2014, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, tomo I, marzo de 2014, p. 546.

Tesis 1a. CVII/2018, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo II, noviembre de 2018, p. 1191.

Tesis 2a. CCCIX/2014, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo I, septiembre 2015, p. 590.

Tesis 2a. CXXVIII/2015, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo II, noviembre 2015, p. 1299.

Tesis 2a. XC/2017, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo II, junio 2017, p. 1452.

Tesis IV.2o. A.71 K , Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, tomo II, julio de 2014, p.1105.

Tesis V.2o. P.A.37 A, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta, Decima Época, Tomo V, agosto 2021, p. 4903.

Zaldívar, Arturo, et. al., Protocolo para juzgar con perspectiva de género, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2020.

### **Documentos digitales y sitios web consultados**

“Día Internacional de la mujer: 8 gráficos” El economista, disponible en: <https://www.eleconomista.com.mx/economia/Dia-Internacional-de-la-Mujer-8-graficos-sobre-la-desigualdad-de-genero-20200308-0002.html>

“El crimen caníbal en su expresión de amor supremo” disponible en: <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/4767871>

“Violencia de género/reporte sobre cifras” de UNAM, disponible en: <https://cieg.unam.mx/covid-genero/cifras-violencia.php>

Así de grande es el mercado de marihuana legal” El sol de México, disponible en: <https://www.elsoldemexico.com.mx/mexico/sociedad/data-asi-de-grande-es-el-mercado-de-marihuana-legal-4285584.html>

Bajo la lupa, disponible en: <https://documenta.org.mx/blog-documenta/2020/10/28/privatizacion-de-las-carceles-en-mexico-negocio-jugoso/>

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 1 de febrero de 1917, disponible en: [http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1\\_110321.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1_110321.pdf)

Cuaderno Información Estadística Penitenciaria Nacional, disponible en: [https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/626744/CE\\_2021\\_02.pdf](https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/626744/CE_2021_02.pdf)

Diccionario de la Lengua Española, Edición del Tricentenario, actualización 2018, disponible en: <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=hlh6tqjTwDXX2HZmVhhU>

El financiero, disponible en: <https://www.elfinanciero.com.mx/nacional/2022/04/20/420day-en-que-va-la-legalizacion-de-la-marihuana-en-mexico/>

El país, disponible en: [https://elpais.com/internacional/2017/12/04/mexico/1512410150\\_084756.html](https://elpais.com/internacional/2017/12/04/mexico/1512410150_084756.html)

El relativismo punitivo del enemigo para el combate a la corrupción, Lizbeth Xöchitl Padilla Sanabria, disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15450/16461>

Excepción, derecho y decisión en Carl Schmitt, disponible en: <http://www.scielo.org.mx/pdf/argu/v19n52/v19n52a7.pdf>

Expansión política, disponible en: <https://politica.expansion.mx/voces/2022/04/05/columnainvitada-regulacion-cannabis-pendiente-legislativo>

Forbes disponible en: <https://www.forbes.com.mx/gobierno-gasta-en-promedio-3913-pesos-diarrios-por-cada-reo-de-8-carceles-privadas/>

García Solís, Bertha, “Evolución de los Derechos Humanos” en *Instituto de Investigaciones Jurídicas*, pp. 77-93, disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/7/3100/9.pdf>

La compilación de fundamentos útiles para la aplicación del Protocolo de actuación en situaciones de niñas, niños y adolescentes, disponible en: <https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion>

México Evalúa, disponible en: <https://www.mexicoevalua.org/que-tal-han-funcionado-las-carceles-privadas-en-mexico/>



Naciones Unidas, Informe Mundial sobre las drogas 2021, disponible en:  
[https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2020/2021\\_06\\_24\\_informe-mundial-sobre-las-drogas-2021-de-unodc\\_-los-efectos-de-la-pandemia-aumentan-los-riesgos-de-las-drogas--mientras-la-juventud-subestima-los-peligros-del-cannabis.html](https://www.unodc.org/mexicoandcentralamerica/es/webstories/2020/2021_06_24_informe-mundial-sobre-las-drogas-2021-de-unodc_-los-efectos-de-la-pandemia-aumentan-los-riesgos-de-las-drogas--mientras-la-juventud-subestima-los-peligros-del-cannabis.html)

Nos referimos al caso del caníbal de Rotemburgo, al respecto véase:  
[https://elpais.com/internacional/2004/01/30/actualidad/1075417202\\_850215.html](https://elpais.com/internacional/2004/01/30/actualidad/1075417202_850215.html)

Plataforma Nacional de Transparencia, disponible en:  
<https://www.plataformadetransparencia.org.mx/>

Portal de Transparencia de la SCJN, disponible en:  
<https://www2.scjn.gob.mx/IndicadoresCompetenciaDelegada/paginas/ReportesAsuntosGeneral.aspx?Clase=DerechoHumanoBE>

Relación de Incertidumbre en Heisemberg, disponible en:  
<https://www.filosofia.org/enc/ros/re22.htm>

Sentencia Amparo directo número 9/2021, disponible en:  
<https://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=283663>

Sentencia de acción de inconstitucionalidad 20/2003, disponible en:  
<https://www.sitios.scjn.gob.mx/video/?q=content/sesi%C3%B3n-del-29-de-noviembre-de-2005>

Sentencia de Amparo en revisión 237/2014, disponible en:  
<https://www2.scjn.gob.mx/consultatematica/paginaspub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>

Sobre la ponderación y la subsunción. Una comparación estructural. Robert Alexy, disponible en:  
[/http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18513/18753/0](http://revistas.pucp.edu.pe/index.php/forojuridico/article/download/18513/18753/0)

Todos los PAIJ se encuentran en el siguiente enlace:  
<https://www.scjn.gob.mx/derechos-humanos/protocolos-de-actuacion>

### **Índice de siglas**

TAJ: Teoría de la Argumentación Jurídica.

CPEUM: Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

SCJN: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

PAIJ: Protocolos de actuación para quienes imparten justicia.

COFEPRIS: Comisión Federal para la Protección contra riesgos Sanitarios.

MVR: Método válido de relativización de derechos fundamentales y humanos.

PA= peso abstracto de los principios

PC= peso concreto o grado de afectación del derecho en el tiempo actual

PS= peso de afectación futura, una vez que se aplique la medida determinada

### **Índice de figuras y esquemas**

Cuadro 1 Neoconstitucionalismo. Elaboración propia.

Cuadro 2. Dilemas doctrinales. Elaboración propia.

Cuadro 3. Triada del derecho. Elaboración propia.

Cuadro 4: Equivalencias deónticas. Elaboración propia.

Cuadro 5: Equivalencias deónticas II. Elaboración propia.

Cuadro 6: Cuadro deóntico. Elaboración propia.

Cuadro 7: Cuadro de deóntico de contradicción. Elaboración propia.

Cuadro 8: Sentencias relacionadas con perspectiva de género. Elaboración propia.

Cuadro 9: Análisis de la sentencia 20/2003. Elaboración propia.

Cuadro 10. Estadística de sobrepoblación en centros penitenciarios. Extraído del Cuaderno de Información Estadística Penitenciaria Nacional.

Cuadro 11. Análisis de la sentencia 237/2014. Elaboración propia.

Cuadro 12. Análisis de la sentencia 9/2021. Elaboración propia.

Cuadro 13. Conclusiones. Elaboración propia.

Cuadro 14. Comprobación de hipótesis. Elaboración propia.

Cuadro 15. Método válido de relativización de derechos fundamentales y humanos.  
Elaboración propia.

Cuadro 16. Aportaciones y perspectivas. Elaboración propia.