

DOS MODELOS DE INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES: EN TORNO A LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011

JAIME CALDERÓN GÓMEZ*

Resumen

En este artículo se discute en torno a la posible influencia que han tenido algunas de las principales teorías sobre los derechos fundamentales (las llamadas teorías neoconstitucionalistas) en la reforma en materia de derechos humanos en México, tanto en el diseño de la misma, como en su implementación. Se sostiene que si bien es posible rastrear la influencia de este marco teórico en el diseño de la reforma, posteriormente, en algunas de las tesis jurisprudenciales más recientes, esta influencia tiende a desdibujarse, pese a que los autores de referencia (como Robert Alexy y Luigi Ferrajoli) son citados de continuo.

Abstract

This article discusses the possible influence that some of the main theories on fundamental rights (the so-called neo-constitutionalist theories) in the reform of human rights in Mexico, both in the design of the same, as in its implementation. It is argued that although it is possible to trace the influence of this theoretical framework in the design of the reform, later, in some of the more recent jurisprudential theses, this influence tends to blur, despite the reference authors (such as Robert Alexy and Luigi Ferrajoli) are quoted continuously.

* Catedrático de la Facultad de Derecho de la Universidad La Salle (México).
Correo electrónico: jaime63c@gmail.com

Palabras clave:

Neoconstitucionalismo, Derechos Humanos, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli.

Keywords:

Neoconstitutionalism, Human Rights, Robert Alexy, Luigi Ferrajoli.

I. Introducción

Se han vertido cantidades considerables de tinta en relación a la reforma en materia de derechos humanos que tuvo lugar el año 2011 en México; por supuesto, no podría ser de otra forma ya que se le presentó como una transformación de fondo en el sistema jurídico nacional. Un auténtico cambio de paradigma. En ese sentido, pese a todo lo que se ha dicho, el tema dista mucho de haberse agotado. Por el contrario, es necesario que la comunidad jurídica, tanto en el foro como en la academia, se continúe cuestionando sobre los fundamentos, los alcances y la forma en la se han instrumentado dichos cambios.

Esta reforma, cuyo efecto fue incorporar de lleno, dentro del sistema jurídico mexicano, el cuerpo de derecho internacional que desarrolla los llamados derechos humanos; el objeto era obligar a todos los operadores jurídicos a tener presente (de forma obligatoria) este corpus jurídico internacional en la resolución de aquellas controversias en las que estuvieran involucrados este tipo de derechos. En la práctica esto ha supuesto que prácticamente todo el sistema jurídico deba ser reinterpretado a través de estos instrumentos. Esto ha obligado a que la antigua cuestión del método vuelva a estar en el centro del debate jurídico. La incorporación de los derechos humanos efectivamente puede tener el efecto de revolucionar el sistema jurídico, pero las normas de derechos humanos, al igual que cualquier otra norma requiere ser interpretada para poder aplicarse a casos concretos.

Esta cuestión, la de la interpretación y aplicación de las normas de derechos humanos dista mucho de ser simple. Si bien es cierto que existe un consenso básico en el sentido de que los sistemas jurídicos contemporáneos se componen de normas tipo reglas y de normas tipo principios,

en realidad no existe acuerdo (ni tampoco queda claro que deba haberlo) en la forma en que se puede entender cuándo se está ante unas y cuándo se está ante otras, así como sobre cuáles pueden ser las consecuencias prácticas de esta distinción.

En el presente trabajo se revisa de forma breve la propuesta de dos de los más reconocidos teóricos del derecho en relación a este punto, me refiero a Robert Alexy y Luigi Ferrajoli. El objetivo es cuestionarnos sobre cuál de estos modelos explica mejor la forma en la que se han entendido los derechos humanos en México a partir de la reforma en comento; tanto por parte del poder constituyente, en la forma en que fue redactado el actual artículo primero constitucional; como por parte de los tribunales federales, los cuales representan la última instancia de interpretación de los mismos. Es necesario insistir en la relevancia y la amplitud del tema, por lo cual, un trabajo como este, necesariamente breve, debe contentarse con ser un mero sondeo inicial, una invitación para continuar indagando en torno a un tema sobre el cual resta mucho por decir.

II. Robert Alexy: los principios como parte del derecho positivo

El autor alemán expone su teoría de las reglas y los principios en la que es quizá su obra más conocida: *Teoría de los Derechos Fundamentales*. En ella, Alexy comienza por establecer una distinción entre las nociones de “derechos del individuo como persona y como ciudadano” y la de “derechos fundamentales”. Pues mientras a la primera la considera más bien propia de la filosofía política; en cambio, desde su perspectiva, la segunda es propia de la teoría jurídica, y exige que tales derechos sean reconocidos por un orden jurídico positivo; en específico por una constitución, con lo cual se transforman en una serie de dictados obligatorios para el Poder Ejecutivo, el Legislativo y el Judicial y, por extensión, para todos los miembros de una comunidad política.¹

Para Alexy es necesario llevar a cabo una distinción entre el sistema jurídico y el sistema moral, de la manera más tajante posible, para poder entender cómo funcionan dichos derechos en cuanto normas jurídicas. No obstante, la separación por él mismo propuesta, parece ponerlo en

¹ Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, p. 21.

una constante tensión debido a que, mientras por un lado se propone la construcción de una “dogmática de los derechos fundamentales” y “no de una filosofía de los derechos fundamentales, ni de una teoría sociológica, histórica o psicológica”; por el otro, apenas unas líneas más abajo, señala que “la positivización de los derechos fundamentales, que rigen para todos los poderes del Estado, constituye una apertura del sistema jurídico frente al sistema moral, apertura que es razonable y que puede ser llevada a cabo con medios razonables”.²

Como parte de su proyecto de construcción de una teoría dogmática de los derechos fundamentales Alexy sostiene que existe una relación de dependencia entre el concepto de norma de derecho fundamental y el de derecho fundamental pues “siempre que alguien posee un derecho fundamental, existe una norma válida de derecho fundamental que le otorga ese derecho”.³ De esta manera, Alexy hace depender los derechos fundamentales de la existencia de una norma de derecho positivo, en la que se reconozca la posibilidad de que una persona determinada pueda exigir dicho derecho. Por lo tanto, el siguiente paso para Alexy es identificar cuáles son las normas jurídicas en las que se pueden contener los derechos fundamentales y diferenciarlas de otro tipo de normas jurídicas. Para ello propone que dentro de las normas que componen un sistema jurídico se debe distinguir entre reglas y principios.

Para Alexy, “los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes. Por lo tanto, los principios son *mandatos de optimización*”, que pueden ser cumplidos en diferente grado, sin que por ello se vea afectada ni su validez ni su efectividad. En cambio, “las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no”, debe hacerse lo que ella indica; en otras palabras, las reglas contienen *determinaciones*. Para Alexy toda norma o bien es una regla o bien es un principio, ya que se tratan de categorías o distinciones excluyentes.⁴

Los sistemas jurídicos no son para Alexy sistemas depurados, sino que resulta más o menos frecuente que unas normas entren en conflicto con otras. Para el caso de las reglas Alexy usa la expresión *conflicto*; y para los principios propone la idea de *colisión*. Los conflictos entre normas deben ser resueltos con la necesaria expulsión del sistema de una de ellas, para lo cual existen diferentes mecanismos, lo que para efectos prácticos implica la declaración de invalidez de alguna de las reglas. En

² *Ibid.*, p. 25.

³ *Ibid.*, p. 47.

⁴ *Ibid.*, pp. 86-87.

cambio, la colisión de principios permite que los elementos en pugna co-existan dentro del mismo sistema jurídico, aunque en cada caso concreto uno debe prevalecer sobre otro. En otras palabras, bajo unas ciertas circunstancias uno de los principios precede a otro, pero cuando las circunstancias son otras, la cuestión de la precedencia pudiera ser solucionada de manera inversa. En este punto Alexy conecta su tesis con la de Ronald Dworkin, pues señala que “los conflictos de las reglas se llevan a cabo en la dimensión de la validez; la colisión de principios —como sólo pueden entrar en colisión principios válidos— tiene lugar más allá de la dimensión de validez, en la dimensión del peso”.⁵

Para ilustrar y testear sus conceptos Alexy echa mano de casos concretos ventilados ante el Tribunal Constitucional Federal Alemán; en los cuales, a su juicio, se hace un tratamiento de los derechos fundamentales entendiéndolos como principios. Alexy considera que para resolver casos en los cuales se deben aplicar normas de derechos fundamentales los tribunales hacen uso de un razonamiento práctico diferente al que usan para resolver casos en donde la norma aplicable es una regla. A este procedimiento Alexy le llama *ponderación*.

Para explicar en qué consiste el *juicio de ponderación* Alexy construye una fórmula que le sirve para esquematizar la idea de que ante dos principios que se hallan en competencia dentro de un caso concreto, el Tribunal Constitucional habrá de evaluar la precedencia de un principio sobre de otro. De acuerdo con Alexy *dos principios entran en pugna cuando dentro de un litigio los contendientes pretenden hacer valer intereses amparados en diferentes principios normativos, es decir, que cada uno por su lado asegura que una o más normas de derechos fundamentales les amparan en sus correspondientes pretensiones*. De acuerdo con el autor, en estos casos, el razonamiento de los tribunales se lleva en tres instancias o gradas. En la *primera* se constata que en efecto exista una tensión entre principios ubicados en la misma jerarquía normativa. Debido a que no es posible declarar inválido un principio o norma constitucional, en la *segunda* se evalúan las circunstancias particulares del caso, según las cuales uno de los intereses en pugna puede o debe ceder ante el otro. En la *tercera* se toma la decisión declarando la precedencia de un principio sobre otro, no para todos los casos posibles en los que dichos principios entren en colisión, sino sólo para el caso en particular que se está ventilando.⁶

⁵ Se considera que fue Ronald Dworkin quien introdujo en el debate contemporáneo el modelo de las reglas y los principios, en contradicción de la tesis positivista de HLA Hart. Conforme a la cual el derecho es básicamente un modelo de reglas. (Cfr. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona y Hart, *El concepto de derecho*.

⁶ Alexy, *Ibid.*, pp. 95-98.

III. Luigi Ferrajoli: la negación del modelo de las reglas y los principios

Luigi Ferrajoli es uno de los teóricos del derecho más importantes de la actualidad y es el autor de una vasta obra que es a la fecha una de las más divulgadas, celebradas y criticadas en el mundo de habla hispana en esta área del conocimiento. *El objetivo de este apartado es explorar algunas de las consideraciones que este autor ha postulado en relación a la distinción entre reglas y principios; las cuales, como no podría ser de otra manera, son directas tributarias de la teoría general del derecho elaborada por él mismo.*

“Constitucionalismo garantista” o simplemente “garantismo”, son algunas de las denominaciones con las que el propio autor gusta llamar al conjunto de tesis que conforman su teoría; la cual además de las obvias implicaciones jurídicas, tiene también importantes derivas políticas, en tanto que el autor italiano es un defensor de la democracia como forma de organización de los estados contemporáneos.⁷ Se puede decir que Ferrajoli pretende explicar el papel que tienen las constituciones y los derechos fundamentales en los Estados contemporáneos.

Ferrajoli sostiene que a partir de la segunda mitad del siglo pasado se vive en los países occidentales (principalmente en la Europa continental) una etapa histórica distinta a la que se vivió a lo largo del siglo xix y la primera mitad del siglo xx, la cual se caracterizó por el predominio del positivismo jurídico como modelo de producción e interpretación de las normas jurídicas; por lo tanto, las leyes emanadas de los parlamentos y las legislaturas eran consideradas las principales fuentes de normatividad; mientras que los jueces y tribunales ejercían una aplicación cuasi mecánica de tales leyes. En cambio, en opinión de Ferrajoli la segunda mitad del siglo pasado ha estado marcada por la creación de constituciones rígidas (esto es, que no pueden ser modificadas por los mecanismos legislativos ordinarios) las cuales políticamente quedan por encima de las potestades de los parlamentos, y jurídicamente por arriba de las leyes ordinarias. En las nuevas constituciones los derechos fundamentales y las garantías que los protegen son la piedra de toque y representan el rasgo que mejor las distingue.⁸

⁷ Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías: la ley del más débil*.

⁸ Ferrajoli, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*.

En razón de la importancia que tienen los derechos fundamentales en el modelo político-jurídico de Ferrajoli, no podía estar ausente en su teoría un conjunto de tesis en las que expresara su postura acerca de la *interpretación y aplicación* de estos derechos. Ahora bien, en relación al modelo de las reglas y los principios, Ferrajoli no está de acuerdo con este, aunque concede validez analítica a la distinción; ya que los principios se encuentran redactados en términos mucho más generales que las reglas. No obstante, niega que para explicar la interpretación y aplicación de estas normas constitucionales sea conveniente o necesario recurrir a un concepto como el de ponderación.

De acuerdo con el profesor italiano *el modelo de la ponderación representa un riesgo de irracionalidad en la aplicación de derecho*. En su opinión, la interpretación y aplicación de todas las normas que integran un sistema jurídico (sean estas reglas o principios) puede ser explicada a través de la *subsunción legal*; método que en su opinión contribuye a reducir los niveles de incertidumbre jurídica puesto que hace predecible la forma en la que un caso puede ser resuelto. El modelo de Ferrajoli es garantista en el sentido de que estipula la necesidad de trabajar en la creación de mejores mecanismos constitucionales y legales para la protección de los derechos fundamentales, pero también es garantista en el sentido que considera que los procesos de interpretación y aplicación de la norma deben ser igualmente previsibles.

Tal y como se ha mencionado, pese a su rechazo al modelo de las reglas y los principios, Ferrajoli *acepta que no todas las normas jurídicas tienen la misma estructura, ni cumplen la misma función dentro de un sistema jurídico dado*. A fin de explicar cómo funciona un sistema de normas jurídicas Ferrajoli elabora una tipología en la que distingue entre *reglas téticas, reglas hipotéticas, reglas deónticas y reglas constitutivas*. De acuerdo con esta terminología, son “reglas téticas las que «disponen modalidades, o expectativas positivas o negativas, o estatus» y reglas hipotéticas las que «predisponen modalidades, o expectativas positivas o negativas, o estatus” como efectos, donde se trate de normas hipotéticas, de los actos jurídicos que las tienen por causa. Cruzando esta distinción con aquella entre reglas deónticas y reglas constitutivas tendremos cuatro clases de reglas: las reglas tético-deónticas, que disponen ellas mismas modalidades deónticas, o expectativas positivas o negativas; las reglas tético-constitutivas, que disponen ellas mismas estatus ónticos; las reglas hipotético-deónticas, que predisponen modalidades deónticas o expectativas positivas o negativas; las reglas hipotético-constitutivas que predisponen estatus ónticos. La tipología de las normas jurídicas que son las reglas producidas por los actos jurídicos, copia íntegramente la de las reglas: las normas

se distinguen, por tanto, en tético-deónticas, hipotético-deónticas, tético-constitutivas e hipotético-constitutivas.⁹

Para Ferrajoli, los principios que estipulan derechos fundamentales se comprenden en un cruce de su tipología en el que convergen las *normas tético-deónticas*, las cuales, a su vez se encuentran en una correlación exacta respecto de las reglas *hipotético-deónticas*. En otras palabras, de acuerdo con Ferrajoli, los derechos fundamentales estipulados en normas constitucionales se encuentran en una correlación normativamente necesaria respecto de otras normas de menor jerarquía, en las cuales se establecen las obligaciones correlativas, creándose así los medios para un adecuado respeto al derecho constitucional reconocido.

En otras palabras, de acuerdo con Ferrajoli, una norma constitucional se compone o integra también por las normas secundarias a través de las cuales se desarrollan los derechos fundamentales que prevé. Conforme a lo expresado por el profesor italiano, en la práctica las reglas *hipotético-deónticas* funcionan como reglas de inferior categoría en las que se estipulan de forma concreta las condiciones de violación de un derecho fundamental, así como las sanciones que corresponden a dicha violación. Por otra parte esto no significa que sea una correlación de uno a uno entre dichas normas, sino que esta correlación se puede diseñar a través en un conjunto más o menos abultado de normas constitucionales y legales. De acuerdo con Ferrajoli el:

derecho fundamental (porque *omnium*) a no ser matado, que equivale a la prohibición (*erga omnes*) de matar, tiene la misma determinación de la regla hipotética que quienquiera que mate a una persona es sancionado con una pena determinada. El derecho fundamental (porque *omnium*) al honor, que equivale a la prohibición (*erga omnes*) de ofender el honor de otros es, igualmente, indeterminado como regla hipotética con base en la cual quien injuria o difama, es decir, ofende el honor de otros, es sancionado con una pena determinada.

Como consecuencia, el tipo de normas que los autores *neoiusnaturalistas* (para Ferrajoli Alexy lo sería) conciben como principios, para Ferrajoli son un tipo específico de reglas; ni más ni menos determinadas (o indeterminadas) que otro tipo de reglas; y para efectos de su aplicación a casos concretos deben aplicarse a través de la subsunción; incluso en los casos en los que la escasa determinación de los principios aplicados resulte en conclusiones (resoluciones) controvertidas.¹⁰

⁹ Ferrajoli, Luigi, "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, pp. 15-53.

¹⁰ Ferrajoli, *Ibid.*, p. 352.

IV. La instrumentación de los derechos humanos en México

Parece innecesario insistir en la importancia que tiene el debate teórico (la doctrina, como tradicionalmente se le llama en nuestra área de conocimiento) en algunos cambios jurídicos, sobre todo los de mayor relevancia; sin embargo, lo cierto es que en muchas ocasiones se pierde de vista que muchas reformas de fondo, por no decir que todas ellas, fueron precedidas por un intenso debate teórico; y como resultado, es posible rastrear en el resultado final esas propuestas. Esto no sólo como un mero ejercicio de ocio intelectual, sino como una verdadera necesidad de comprender mejor los alcances de las nuevas figuras jurídicas o de las reformas que se operan en instrumentos normativos ya existentes.

Los derechos humanos son un claro ejemplo de este tipo de debates, ya que de ser considerados meros instrumentos declarativos, han pasado a ser verdaderas obligaciones a cargo de los Estados que suscriben los tratados y convenciones internacionales que los contienen. Esta evolución ha sido obra en buena medida de las aportaciones de una pléyade de autores que en la segunda mitad del siglo pasado pujaron para que se entendieran de esta forma. En México esta masa doctrinal se ha difundido tardíamente bajo el rótulo de neoconstitucionalismo;¹¹ y ha sido una contribución, desde los estudios jurídicos, para el largo proceso de transición a la democracia que se ha vivido en este país en las últimas décadas. Si esta transición se puede considerar concluida o exitosa es motivo en sí misma de un profundo debate. Sin embargo, un producto concreto, observable, precisamente fue la incorporación de los derechos humanos en el sistema jurídico nacional.

Como ya se mencionó previamente, en 2011 tuvo lugar la reforma al artículo primero constitucional mediante la cual se introdujeron, como parte integral del sistema jurídico nacional, los instrumentos internacionales de derechos humanos suscritos y ratificados por nuestro país.¹² Como resultado de dicha reforma el Artículo en comento quedó redactado en los siguientes términos:

¹¹ Carbonell, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*.

¹² Salazar Ugarte, Pedro (Coord.) *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*.

Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

Tal como se expresó en la introducción del presente ensayo, el *objetivo de este es cuestionarnos sobre la manera en la que se conceptualizaron los derechos humanos*, tanto en la redacción misma del artículo primero constitucional, como en la forma en la que este numeral ha sido interpretado por los tribunales federales. Al respecto, como herramientas teórico-metodológicas, se echa mano de las respectivas teorías de Robert Alexy y Luigi Ferrajoli, mismas que se expusieron brevemente en los apartados que preceden.

En relación a estos aportes teóricos, en la parte que interesa a este trabajo, es posible destacar los siguientes elementos:

- a) Robert Alexy, sostiene que los principios jurídicos (en particular los derechos humanos) deben estar reconocidos en una norma de derecho fundamental para poder ser reclamados como tales. Alexy les otorga a los derechos humanos la misma importancia que Dworkin, pero desde su planteamiento teórico, requiere que éstos sean reconocidos (de alguna forma) como normas de de-

recho positivo; las cuales no obstante, se encuentran diseñadas como principios. Como método de interpretación y aplicación de los principios (incluidos los que contienen derechos humanos) Alexy propone la ponderación y no la subsunción.

- b) Por último, Luigi Ferrajoli si bien reconoce la utilidad analítica (conceptual) de la distinción entre reglas y principios, sin embargo, le niega utilidad práctica, ya que considera que tanto en uno como en otro caso, el único método racional (siempre en su opinión) resultar ser el de la subsunción lógica o de silogismo jurídico. No obstante, Ferrajoli concede a las normas de derechos fundamentales (reconocidos constitucionalmente) la máxima importancia dentro del sistema jurídico nacional, no sólo en términos de derecho, sino también (y quizá sobre todo) en términos políticos, pues considera que estos derechos son el fundamento de los regímenes democráticos. Conviene destacar que desde su perspectiva, y para el tiempo que escribe, los derechos humanos reconocidos en instrumentos internacionales no representan una fuente de derecho suficientemente consolidada.

Tomando en cuenta estos elementos es momento de plantearse la pregunta sobre cuál es la noción de derechos humanos que tuvo en cuenta el Poder Constituyente al momento de establecer el texto actual del artículo primero constitucional.

Es justo reconocer que de entrada pudiera decirse que el Poder Constituyente tomo como referencia tanto el modelo de Alexy como el de Ferrajoli; en el entendido que ambos consideran los derechos fundamentales como derecho positivo, ya sea como derecho legislado, ya sea como derecho emanado de las decisiones de los tribunales. Pero fuera de este punto en común, las tesis de estos autores pueden entrar en serias contradicciones. Antes de continuar con el análisis de algunos de estos puntos de desencuentro, conviene señalar que tanto Alexy como Ferrajoli construyeron sus respectivas propuestas teniendo como referencia los derechos fundamentales reconocidos en las respectivas constituciones y no los derechos humanos adoptados en instrumentos internacionales. Por lo cual pensarlos como fundamento de la reforma mexicana en materia de derechos humanos requiere las adecuaciones pertinentes. Con todo, no es solo en la revisión del texto constitucional, sino en los criterios adoptados por los tribunales federales, la Suprema Corte de Justicia incluida, en donde podemos hallar más indicios respecto de la influencia que han tenido tanto uno como el otro.

Se ha vuelto un lugar común el encontrar en las tesis la alusión a juicios de ponderación, para dar a entender que el tribunal ha tenido que resolver una cuestión en la que dos tipos de derechos humanos parecen entrar en controversia. En razón de breve espacio del que se dispone, basta con transcribir un criterio jurisprudencial recientemente adoptado por la Suprema Corte de Justicia en el que se debate sobre si deben prevalecer el conjunto de derechos que constituyen el llamado “interés superior de la niñez”, o bien, el conjunto de derechos que constituyen las garantías del debido proceso legal a favor de la persona imputada. A continuación se transcribe este criterio:

INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR DE EDAD IDENTIFICADA COMO VÍCTIMA DEL DELITO. DEBE PONDERARSE FRENTE A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, DEFENSA ADECUADA Y DEBIDO PROCESO PENAL DE LA PERSONA IMPUTADA. La tutela constitucional de los derechos de los niños, niñas y adolescentes que sean partes en el proceso penal se sostiene en los artículos 1o., 4o. y 20 de la Constitución, 19 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño; todo ello bajo la tutela prevalente de su interés superior, especialmente, cuando se les identifica como víctimas de delitos. Sin embargo, en materia penal, dicho interés superior requiere una necesaria **ponderación** bajo los principios rectores del sistema penal garantista propio de nuestro Estado democrático de derecho. Esto implica partir de la propia naturaleza jurídica del proceso penal, incluso, diversa a otros, como lo son las materias civil y familiar. Así, deben respetarse los derechos humanos de debido proceso penal y de defensa de la persona imputada, así como el principio de presunción de inocencia, en armonía con la tutela de ambas partes en equilibrio procesal, especialmente, frente al poder represivo del Estado; lo que se torna más grave bajo la coadyuvancia de la víctima con el ministerio público. Lo anterior implica que es inconstitucional el hecho de que puedan rebasarse las funciones del órgano acusador o suplirse su actuación, como tampoco contravenirse cualquier otro principio constitucional que rige el debido proceso penal. Bajo tales premisas, es inadmisibles que bajo la aducida tutela de la persona identificada como víctima puedan vulnerarse los derechos de la persona imputada. Incluso bajo el principio del interés superior de la infancia y adolescencia, y aún en los casos más extremos, como lo establece el Protocolo Facultativo de la Convención Sobre los Derechos del Niño relativo a la Venta de Niños, la Prostitución Infantil y la Utilización de los Niños en la Pornografía, en su artículo 8, número 6, nada de lo dispuesto en el propio instrumento se entenderá en perjuicio de los derechos de la persona acusada a un juicio justo e imparcial, ni será incompatible con esos derechos.¹³

¹³ Tesis 2019421, Primera Sala, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 64, marzo de 2019, Tomo II, Tesis 1a XXIII/2019 (10a), Amparo en revisión 2902/2014, 13 de junio de 2018.

Más allá de que se comparta en lo sustancial el contenido de este criterio jurisprudencial, el mismo resulta interesante pues parece ser un caso claro de juicio de ponderación tal como lo plantea Robert Alexy, en el sentido de que dos clases de principios entran en colisión y un grupo prevalece sobre el otro, pero sin excluir del sistema al vencido; el cual, bajo otras condiciones posiblemente pudiera prevalecer. Por tanto, esta alusión al juicio de ponderación parece sugerir que no se aplica la subsunción lógica como método de interpretación jurídica, al menos en la instancia propia del juicio de garantías; no la información implícita en el extracto de la resolución, parece sugerir que en instancias inferiores también se aplicó la ponderación, pero con resultados contrarios. En este sentido, se puede decir que las nociones que conforman la teoría de los derechos fundamentales de Robert Alexy, han sido utilizadas de forma más o menos recurrente en los últimos años en el foro constitucional mexicano.

No obstante también la teoría de Ferrajoli es de continuo objeto de alusión en resoluciones jurisprudenciales. Así por ejemplo, en una tesis sostenida de forma recurrente por diversos tribunales de circuito, se puede observar lo siguiente:

DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS. SU DISTINCIÓN. Antes de las reformas constitucionales de 6 y 10 de junio de 2011, las voces «derechos humanos y sus garantías», eran términos que solían confundirse, ambigüedad que posiblemente derivaba de la anterior denominación del capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, titulado «De las garantías individuales». Sin embargo, el Poder Reformador de la Constitución, con las citadas reformas, elevó a rango constitucional su distinción, como deriva de las siguientes menciones: *i)* el capítulo I cambió su denominación a «De los derechos humanos y sus garantías»; *ii)* en el artículo 1o. se especificó que todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales «así como de las garantías para su protección», y *iii)* en el numeral 103, fracción I, se especificó que los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por infracción a los derechos humanos y las «garantías otorgadas para su protección». Luego, para el Constituyente Permanente los derechos y sus garantías no son lo mismo, ya que éstas se otorgan para proteger los derechos humanos; constituyen, según Luigi Ferrajoli, los «deberes consistentes en obligaciones de prestación o en prohibiciones de lesión, según que los derechos garantizados sean derechos positivos o derechos negativos», es decir, son los requisitos, restricciones, exigencias u obligaciones previstas en la Constitución y en los tratados, destinadas e impuestas principalmente a las autoridades, que tienen por objeto proteger los derechos humanos; de ahí que exista una relación de subordinación entre ambos conceptos, pues las garantías sólo existen en función de los derechos que protegen; de tal

suerte que pueden existir derechos sin garantías pero no garantías sin derechos. Así, a manera de ejemplo, puede decirse que el derecho humano a la propiedad tiene, entre otras garantías, las de audiencia y legalidad, pues prohíbe a la autoridad molestar a un particular sin mandamiento escrito en el que funde y motive la causa legal del procedimiento, y que los gobernados sean privados de la propiedad sin previa audiencia.¹⁴

De forma independiente a que se comparta la interpretación que dichos tribunales hacen de la tesis de Ferrajoli, lo cierto que su teoría de los derechos fundamentales es utilizada para sustentar un criterio jurisprudencial, que en virtud de haber sido declarado jurisprudencia firme, resulta por tanto de aplicación obligatoria. Lo cierto es que Ferrajoli, al negar validez al juicio de ponderación, supone que existe certeza al momento de determinar cuál es el derecho aplicable a cada caso. Esta certeza parece hacerse impregnado en el criterio transcrito toda vez que en el mismo los tribunales parecen encontrar cierta certeza al momento de poder distinguir entre auténticos derechos humanos y las simples garantías que los tutelan. No obstante, si se compara con el texto transcrito más arriba, lo que Ferrajoli sugiere es que la norma fundamental se complementa con las normas secundarias en que se desdobra. En otras palabras, parece que desde Ferrajoli no se sustenta una distinción como la que propone la Suprema Corte de Justicia.

No obstante, en el punto en el que tanto Ferrajoli como Alexy coinciden, según se dijo más arriba, es en considerar que los derechos humanos no constituyen fuente de derecho lo suficientemente consolidada como para ser tomada en cuenta con seriedad. Este parece haber sido el parecer de los ministros de la Suprema Corte de Justicia cuando en septiembre de 2013 resolvieron una contradicción de tesis de la que resultó el criterio que se transcribe a continuación, el cual, al tener el carácter de jurisprudencia, resulta de observancia obligatoria, de ahí su relevancia.

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal,

¹⁴ *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Libro 17, abril de 2015, Tomo II, tesis XXVII. 3o. J/14, Décima época. Jurisprudencia Constitucional.

sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.¹⁵

Sin duda en este punto resulta exagerado sostener que tanto Alexy como Ferrajoli hubieran sostenido un criterio semejante al expresado por los integrantes de la Suprema Corte de Justicia; incluso resultaría inadecuado considerar que semejante interpretación se pueda desprender de sus respectivas teorías; y lo cierto es que un criterio restrictivo como este tiene más implicaciones políticas autoritarias y chauvinistas. No obstante, precisamente por levantarse como un llamado a la tradición positivista, esta tesis en el fondo quizá pueda identificarse más con un criterio de interpretación como el de Ferrajoli, esto es negándole en el fondo validez lógica al llamado juicio de ponderación. Por otra parte, la resistencia al cambio que representa esta tesis, la cual corta en mucho los alcances que se esperaban de la reforma en materia de derechos humanos, deben buscarse en otro lado¹⁶, ya que en realidad contraria el espíritu garantista y promotor de los derechos fundamentales (o derechos humanos, en este punto da igual) de las teorías de los autores neoconstitucionalistas.

¹⁵ Tesis P.J.20/2014, Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, Tomo I, p. 202.

¹⁶ Cfr. Cossio, José Ramón, Mejía Garza Raúl M. y Rojas Zamudio Laura P., *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*.

V. Consideraciones finales

Los estudios teóricos son uno de los motores que mueven la evolución de los sistemas jurídicos. En las últimas décadas la corriente de pensamiento conocida como neoconstitucionalismo ha representado un significativo esfuerzo por convertir a los derechos fundamentales en la piedra de toque de los sistemas jurídicos contemporáneos. Ronald Dworkin pudo haber sido quien abrió el debate en torno a los sistemas jurídicos contemporáneos como un conjunto de reglas y principios y no sólo de reglas (como suponía el positivismo dominante previo a él), sin embargo, al menos en nuestro país las tesis de autores como Alexy y Ferrajoli parecen estar teniendo más influencia, tanto en lo relacionado con el diseño normativo, como en su carácter de sustento doctrinal de algunos criterios jurisprudenciales relevantes. No obstante, lo cierto es que el neoconstitucionalismo en sus diferentes versiones es una corriente democrática, en el sentido de que los derechos fundamentales presuponen y son sustento de regímenes democráticos. Desafortunadamente la tradición autoritaria que ha vivido nuestro país a lo largo de su historia, parece hacer refractaria la cultura jurídica mexicana a todas las consecuencias de tomarse los derechos en serio.

VI. Bibliografía

ALEXY, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, 2005.

CARBONELL, Miguel (ed.), *Teoría del neoconstitucionalismo. Ensayos escogidos*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

Cossio, José Ramón, MEJÍA GARZA, Raúl M. y Rojas Zamudio, Laura P., *La construcción de las restricciones constitucionales a los derechos humanos. Estudio y documentos a partir de las contradicciones de tesis 293/2011 y 21/2011*, México, Porrúa.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Planeta-Agostini, 1993.

_____, "Rights as Trumps" en Jeremy Waldron (Ed.), *Theories of rights*, Nueva York, Oxford University Press, 1995.

FERRAJOLI, Luigi, *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2001.

_____, *Derechos y garantías: la ley del más débil*, Madrid, Trotta, 2004.

_____, "Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista", en *DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, No. 34, 2011.

HART, *El concepto de derecho*, Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2009.

SALAZAR UGARTE, Pedro (Coord.) *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República LXII Legislatura, 2014.