

94

**REVISTA JURÍDICA.
ÓRGANO INFORMATIVO
DEL PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE NAYARIT**

octubre - diciembre

2017



Poder Judicial del Estado de Nayarit

Nuestro portal web: www.tsjnay.gob.mx

The screenshot shows the homepage of the Poder Judicial del Estado de Nayarit website. At the top, there is a navigation menu with links for 'ACERCA DEL PODER JUDICIAL', 'TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA', 'JUZGADOS DE PRIMERA INSTANCIA', 'CONSEJO DE LA JUDICATURA', 'TRANSPARENCIA EN LA INFORMACIÓN', and 'COMUNICACIÓN SOCIAL'. Below the navigation is a main banner for the 'Fase Regional zona norte sede: Tepic, Nayarit' of the 'Primer Certamen Nacional Universitario "CONATRIIB" de Litigación Oral Sistema Penal Acusatorio'. The banner includes the date '16 y 17 de mayo de 2013' and a 'Transmisión en VIVO' button. To the right of the banner is a search bar and social media icons for Facebook and YouTube. Below the banner are several sections: 'SISTEMAS DE CONSULTA' with icons for 'Boletín Judicial', 'Diligencias en línea', 'Archivo Judicial', 'Abogados Registrados', 'Programa de Estímulos 2013', and 'Puntos 2013-2014'; 'VOLUNTARIADO' with a call to action 'Tienes medicamento que ya no utilizas? te invitamos a DONARLO... en la Jornada Recolección de Medicamentos'; 'ESCRÍBELE AL PRESIDENTE' with a photo of Dr. Pedro Antonio Enríquez Soto and social media icons; 'PROGRAMA: "SOY LEGAL"' with a cartoon character; and 'EVENTOS' with a list of upcoming events including 'Presentación del Protocolo de Actuación para quienes imparten Justicia' and '3ª Sesión Pública Ordinaria 2013 del Pleno del Tribunal Superior de Justicia'. At the bottom, there is a section for 'AVISOS Y COMUNICADOS' with a notice about a 'Ciclo de Conferencias sobre la Nueva Ley de Amparo'.

REVISTA JURÍDICA. ÓRGANO INFORMATIVO DEL PODER JUDICIAL DEL ESTADO DE NAYARIT. Año 17. Núm. 94, octubre-diciembre de 2017. Es una publicación trimestral editada por el Poder Judicial del Estado de Nayarit, calle Zacatecas 109 sur. Col. Centro, Código Postal 63000. Tel. 3112154700 www.tsjnay.gob.mx. Editor Responsable: Poder Judicial del Estado de Nayarit, Número de Certificado de Reserva al Uso Exclusivo, otorgado por el Instituto Nacional del Derecho de Autor, número 04-2016-042516352700-203. ISSN en trámite. Responsable de la última actualización el Área de Comupedición y Logística de la Secretaría de la Carrera Judicial, a cargo del Ing. César Omar Estrada Castañeda, calle Zacatecas 109 sur, Col. Centro. Fecha de última modificación el 9 de enero de 2018.

Las opiniones expresadas por los autores no necesariamente reflejan la postura del editor de esta publicación.

Queda estrictamente prohibido la reproducción total o parcial de los contenidos e imágenes de la publicación sin previa autorización del Consejo Editorial de esta revista.



PODER JUDICIAL
DEL ESTADO DE NAYARIT

Revista Jurídica

No. 94

Año 17 Octubre - Diciembre 2017

Contenido

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL RUMBO AL COLAPSO: UNA BURBUJA JURÍDICA EN FORMACIÓN 1

Aldo Gerson MENDOZA HERNÁNDEZ

LA PONDERACIÓN Y LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES 17

Claudia A. JIMÉNEZ GONZÁLEZ

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO ORAL..... 35

Gilberto Antonio GARCÍA MANZO

LÍMITES A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS..... 49

Jorge Eduardo ORTIZ GARCÍA

CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO. SU INSTRUMENTACIÓN Y ARTICULACIÓN HACIA UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL INTEGRAL 61

Rosa María RODRÍGUEZ MORALES

Presentación

La reforma constitucional de junio de 2011 significó un parteaguas en la normatividad mexicana en favor de los gobernados, especialmente en materia de derechos humanos, que a partir de lo cual, según paráfrasis de Jorge Carpizo, no tienen más límites que los mismos derechos humanos.

Esta edición contiene diversos artículos sobre el mencionado tema, entre ellos el de “Límites a los principios de progresividad, no regresividad e irretroactividad de los derechos humanos”, en el que su autor, Jorge Eduardo Ortiz García, quien cursa la Maestría en Ciencias Jurídico Penales en la Universidad de Guanajuato, intenta motivar un análisis crítico sobre la aplicación de tales derechos en contra de la voluntad de una gran parte de la población.

A su vez, Claudia A. Jiménez González diserta sobre “La ponderación y los conflictos entre derechos fundamentales”, y explica con base en la teoría constitucional que un cierto grado de conflicto entre principios, derechos fundamentales y valores es “natural” en constituciones largas y densas como la de nuestro país. Es decir que sí es posible una colisión entre derechos, por lo cual es necesario un método que permita dirimir ese tipo de complicaciones.

Por otra parte, Rosa María Rodríguez Morales, también postulante al grado de Maestra en Ciencias Jurídico Penales por la Universidad de Guanajuato, colabora con el texto intitulado “Control interno de convencionalidad en México, su instrumentación y articulación hacia una justicia constitucional integral”. La autora considera que dicho control es un mecanismo jurídico inacabado y muestra inconsistencias que repercuten en la protección de derechos humanos.

En la presente edición se aborda asimismo una relación entre derechos humanos y el sistema acusatorio, también producto de una reforma constitucional de gran calado. Al respecto, Gilberto Antonio García Manzo, a diferencia del frecuente enfoque de los juristas en los criminales y los factores de su acción típica, antijurídica y antisocial, centra su análisis en las personas más vulnerables del proceso penal: las víctimas y sus derechos humanos.

Además de incluir dichos temas relacionados entre sí, la Revista Jurídica Número 94 inicia con otro interesante análisis: “La ciencia del derecho penal rumbo al colapso: una burbuja jurídica en formación”, de Aldo Gerson Mendoza Hernández, licenciado en derecho por la Universidad de Guanajuato, quien entre otros aspectos aborda la problemática originada por el poco apoyo social a dicha ciencia y la puesta a prueba del nuevo paradigma penal, como elementos del referido colapso.

Estamos ciertos de que cada una de las colaboraciones del presente número pueden ser motivo de análisis y discusión, en su caso, lo cual sería una muestra de la importancia de la divulgación de diversos temas relacionados con la ciencia jurídica, lo cual es nuestro cometido. Enhorabuena.

El Comité Editorial.

LA CIENCIA DEL DERECHO PENAL RUMBO AL COLAPSO: UNA BURBUJA JURÍDICA EN FORMACIÓN

The Criminal Law science to the destruction: a juridical bubble on formation

Aldo Gerson MENDOZA HERNÁNDEZ* *

SUMARIO: *Introducción. I. Los límites de la ciencia jurídico penal. II. El derecho penal (y su estudio) ya ha colapsado antes. III. El ser humano rechaza ideológicamente el derecho penal. IV. El derecho penal y su paradigma agotado. V. Conclusiones. VI. Fuentes de información.*

Resumen: La ciencia del derecho penal se desarrolla en teoría de manera adecuada pero es posible determinar la existencia de una especie de burbuja jurídica, que es la forma en cómo podemos determinar que la ciencia del derecho penal va rumbo a un colapso sistemático. Las causas para la formación de esta burbuja jurídica pueden ser varias, pero si exploramos los límites que como ciencia social tiene la ciencia del derecho penal, el repetir un patrón de colapso, el poco apoyo social que tiene el derecho penal e incluso la puesta a prueba del paradigma penal nos revelan los problemas que ahora mismo tiene la ciencia penal en su desarrollo.

Palabras clave: Derecho penal, colapso científico, burbuja jurídica, paradigma agotado, límites del derecho penal.

Abstract: The science of criminal law develops in the paper in the more adequate form but is possible to say that the science of criminal law is going to a systematic crash. The causes for the formation of a juridical bubble can be several but if we explore the limits, that like any other social science, the criminal law science have, the creation of a destruction path and even the testing of the criminal law paradigm show us the problems that in this moment the criminal law science have in his development.

Keywords: Criminal law, scientific collapse, juridical bubble, exhausted paradigms, limits of criminal law.

INTRODUCCIÓN

En el siglo XVII, en los Países Bajos, la principal medida de riqueza no era el oro, las propiedades

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato y postulante a la obtención de grado de Maestro en Ciencias Jurídico Penales de la misma institución. Correo electrónico: aldomendoza001@hotmail.com.

en tierra, cantidad de esclavos, ni las conexiones con la familia real. Durante el siglo XVII el objeto de especulación más grande dentro de toda la economía eran los bulbos de tulipán². Se creó una burbuja económica³ y una respectiva crisis financiera. Los holandeses negaron durante mucho tiempo a reconocer que los bulbos estaban llegando a un precio demasiado alto, que la demanda disminuía y que no podían seguir en esa línea ascendente. Crearon la burbuja, la vieron crecer, explotó y finalmente los hizo colapsar.

El 10 de septiembre de 2001, el crédito y las acciones del derecho garantista iban en aumento. La posibilidad de generación de teorías dentro del mundo del derecho, tanto en el académico como en el científico o incluso en el político, se nutrían de hacer cada vez más cercano cualquier tipo de derecho al respeto a los derechos humanos. Equidad de género, igualdad de oportunidades y derechos eran no solamente los temas de discusión dentro de las escuelas de derecho en todo el mundo, sino que parecían ser la directriz para el crecimiento de la ciencia penal y para considerar que tenía futuro la dogmática jurídico penal.⁴

Si existiera como concepto, una *burbuja jurídica* se estaba formando. El activo, que a partir de este momento llamaremos *derechos humanos* (con el que nos referiremos a buscar el apego de las teorías, el estudio del derecho y las leyes de los países a su protección y estudio) había llegado a un punto increíblemente alto. Uno de los problemas con las estructuras del derecho es que son fácilmente colapsables. Y hay muchos ejemplos: el derecho internacional o lo que pudiera definirse como derecho internacional entre las potencias principales y sus colonias colapsaron en 1776⁵ con el inicio de los movimientos de independencia en América, toda la normativa que protegía a la monarquía y el derecho a mantener a personas en la esclavitud se destruyó en Francia en 1789, y personajes como Martin Luther King erosionaron figuras jurídicas en la defensa de los derechos civiles de los afroamericanos.

El problema dentro del mundo del derecho (al menos uno de los problemas) es que en la búsqueda de la idea correcta, abandonaron *las incorrectas*, pero en este caso las señaladas de esa manera no eran incorrectas, sino tal vez poco exploradas o radicales. La exploración de las ideas incorrectas u opuestas a la teoría principal también debe ser un problema de estudio dentro del

2 Mayer, Bob. *From Tulips to The Housing Bubble: Greed Overwhelms Reality (Anatomy of Catastrophe Book 11)*, Estados Unidos de América, Editorial Cool Gus Publishing, 2014, Consultable en: https://www.amazon.com.mx/Tulips-Housing-Bubble-Overwhelms-Catastrophe-ebook/dp/B00R71YGOQ/ref=pd_rhf_se_p_img_1?ie=UTF8&psc=1&refRID=G3YZTPMY22J9P74M194N.

3 Una burbuja económica se basa en elevar el precio de un producto hasta que el nivel de ese producto se aleja dramáticamente del valor que en realidad tiene; esto provoca que cuando la demanda termina, las pérdidas relacionadas con el producto en el que se basaron todas sus expectativas termine por ser su propia tumba.

4 Ordeig, Enrique Gimbernat. “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?” en *Problemas Actuales del Derecho Penal y Procesal*, España, Editorial Universidad de Salamanca, 1971, pp. 87-109.

5 Véase con especial interés los escritos de *El federalista*, publicados por Hamilton, A. y Madison, J. que ahondan sobre la importancia en los incipientes Estados Unidos de América en continuar teniendo relaciones de carácter internacional con las potencias, Inglaterra incluida, tras terminar el movimiento de independencia.

mundo del derecho. Los inventos más grandes de la humanidad llegan tras investigar fuera de la línea en la que se mueve toda la corriente.⁶

El 11 de septiembre de 2001⁷, el mundo amaneció de manera normal. A las 7:00 AM no había ninguna razón para que el mundo político, económico y jurídico cambiara. Había pasado Y2K⁸ sin problemas, parecía que el mundo iba rumbo a una consolidación de la paz y a un esparcimiento de las ideas democráticas a través de todo el mundo.

A las 8:46:30⁹ del mismo día, el mundo político, económico y jurídico en realidad cambió. El derecho penal garantista, que a la vista del público lego solo protegía a los criminales se vio rebasado. ¿Por qué no podemos darle pena de muerte a alguien que tenga conexiones con los terroristas? ¿Por qué no hacemos todo lo posible, no legalmente sino físicamente posible, para frenar las posibles amenazas de terrorismo? ¿Por qué no crear una especie de policía de las ideas que pueda perseguir los delitos antes de cometerse?

Todas estas preguntas eran buenas. Todas estas preguntas valían la pena de ser estudiadas, desafortunadamente eso no es lo que pasó. Pensamos que las teorías eran muy radicales. El problema es que el derecho penal, más que el derecho civil o el derecho administrativo, tiene que escuchar las opiniones del vulgo. Un derecho penal que ha dejado de escuchar el debate del vulgo¹⁰, sobre el cual se supone debe aplicarse y al cual se supone que debe proteger, es un derecho penal rumbo al colapso.

El derecho penal garantista sufrió entonces de algo que se llama “falacia de la mano caliente”:¹¹ al aplicar esta teoría del basquetbol, dentro del derecho, empezamos a creer que

6 Por Ejemplo la oposición que al sistema heliocéntrico, calificado de herético e inexacto, encontró Galileo en los equivocados astrónomos geocentristas.

7 Nos referimos con esto a los atentados terroristas realizados en los Estados Unidos de América en esta fecha en particular.

8 Y2K era señalado como un posible *bug* o error en el software informático que hacía pensar que en el año 2000, los programas computacionales sufrirían un colapso por no estar preparados para cambiar de siglo. Es decir el formato 19-- no podría ser sustituido por el 20-- para señalar los años, lo que causaría problemas graves que podrían llevar a apagar sus sistemas.

9 Hora exacta en la que el primero de los aviones (*American Airlines 11*) se impacta con la Torre Norte del *World Trade Center*.

10 Me apego a la definición que sobre la palabra expone la Real Academia Española: 1. Parte más numerosa de la ciudadanía, que no destaca sobre los demás por ningún rasgo positivo ni negativo. 2. Conjunto de personas que no están especializadas en una determinada materia y que solo tienen conocimientos superficiales sobre ella.

11 La falacia de la mano caliente es creer que si ha experimentado éxito en los primeros intentos, la posibilidad de ser exitoso en los siguientes es más grande. Este estudio conducido por los científicos Gilovich y Tversky, se basan en preguntar a cien personas si creían que un jugador podía estar “en racha”, anotando tiros dentro de un juego de basquetbol, después de preguntarles, se examinaban las estadísticas del mismo jugador, solo para descubrir que no solamente el comportamiento era aleatorio, sino que el número de constantes y variables que tendrían que examinarse era tan amplio, que podría decirse que “la racha” era impredecible y por tanto, no podía de ninguna manera limitarse dentro del mundo científico. Para más información véase: Green, Brett y Zwiebel, Jeffery. “The

haciendo un derecho con más garantías, tanto para inculpados como para víctimas, creábamos *mejor derecho penal*. Esta idea no está de más decirlo y como su nombre lo indica, es una falacia.

Uno de los mayores obstáculos al medir el éxito o fracaso de teorías dentro de la ciencia del derecho es quien maneja las estadísticas. Nos han hecho creer que el derecho penal garantista genera mejores resultados, pero también tenemos teorías que las contradicen. Abunda pues en la ciencia del derecho penal un falso causalismo estadístico. Académicos y teóricos del derecho se han presentado en contra de Gunther Jakobs¹² y su derecho penal del enemigo, sin darse cuenta que enunciar la existencia de un movimiento no es apoyarlo ni promoverlo. Pero al igual que los holandeses y los tulipanes, negar el fenómeno solo lleva al colapso.

¿Cómo podemos evitar el colapso del derecho penal? Partamos de una idea. Tenemos desde el Código de Hammurabi, 3744 años de codificación penal. Es probable que el derecho penal exista desde mucho tiempo antes, por lo tanto es posible que estas crisis ya las haya sufrido y que incluso pueda sobrevivirlas, saliendo de nuevo adelante y fortalecido. A lo que sí me refiero cuando hablo de un colapso en derecho penal es sobre un agotamiento conceptual, una ausencia de ideas revolucionarias.

Ahora mismo las ideas jurídicas contemporáneas abogan por un derecho penal como *mínima ratio*, tememos por tanto al Estado absolutista, al que para hacer más abominable algunos doctrinistas inmediatamente relacionan con el nacionalsocialismo, fascismo o franquismo, y por tanto buscamos que la facultad punitiva del Estado sea limitada a su grado mínimo. Esto es deseable e incluso debería ser el objetivo que los activistas del derecho deberían ponerse en mente durante toda su vida.

El activismo del derecho penal (como ponerse afuera de una cárcel en Texas con letreros en contra de la pena de muerte) y la ciencia del derecho penal (hacer estudios de carácter estadístico sobre los efectos de la pena de muerte en la disminución de las tasas de criminalidad) que pudieran parecer desenvolverse por los vericuetos del amplísimo derecho penal, no tienen por qué estar en una confrontación pura; sin embargo, parece que los actuales doctrinistas saben de los beneficios, de carácter político o mediático, mas no académico, de crear este falso debate, el cual solo termina por convertirse en ataques básicos a las teorías en las aflora su posición moral antes que su posición sobre el fenómeno estudiado por ejemplo la teorización del derecho penal del enemigo, es observada como perjudicial para el desarrollo general del derecho penal, solamente en base a que si se llevara a la realidad una práctica generalizada de este tipo de derecho dentro de los sistemas de construcción penal, podría causar efectos adversos a lo que buscan los penalistas eminentemente garantistas.

Hot Hand Fallacy: Cognitive Mistakes or Equilibrium Adjustments? Evidence from Baseball", *Stanford Graduate School of Business*, Estados Unidos de América, Editorial *Stanford Graduate School of Business*, 1985. Visible en: <https://www.gsb.stanford.edu/faculty-research/working-papers/hot-hand-fallacy-cognitive-mistakes-or-equilibrium-adjustments>.

12 Si bien el jurista alemán ha explicado en varios textos que no propone como solución a los problemas penales actuales el derecho penal del enemigo, sino que solo hace frente a esta teoría una labor descriptiva, hoy es señalado como el principal promotor de esta teoría. Para más información acerca de esto véase: Martínez Álvarez, Isabel. *El derecho penal del enemigo*, México, Porrúa, 2009.

I. LOS LIMITES DE LA CIENCIA JURÍDICO PENAL

Como toda ciencia social, la ciencia jurídico penal enfrenta un reto en su implementación. Las ciencias sociales no pueden o al menos les es difícil desarrollarse como ciencia, como lo decía el filósofo estadounidense William James; las ciencias sociales pueden entenderse como “una serie de meros hechos, pequeños diálogos y altercados sobre opiniones; parcas clasificaciones y generalización en un plano meramente descriptivo... pero ni una sola ley como la que nos proporciona la física; ni una sola proposición de la cual pueda deducirse causalmente consecuencia alguna... Esto no es ciencia, es solamente un proyecto de ciencia”.¹³

El mismo filósofo amante de la verificabilidad de la verdad nos plantearía frente al momento que vive el derecho penal: ¿Es verificable que el derecho penal de *mínima ratio* sea la mejor opción para la disminución de la criminalidad? ¿Es verificable que el derecho penal deba apostar por la disminución de la criminalidad o debería apostar por la eliminación de la misma de forma radical? Estas preguntas (y otras del estilo) no son válidas dentro de las ciencias sociales, sin embargo, de su cita anterior podemos obtener varias de las funciones que parece que son válidas dentro de las ciencias y que la ciencia jurídico penal ha abandonado. *Pequeños diálogos y altercados de opiniones* menciona James, entonces nos da a entender que la primera función del científico y aún más en el científico social, principalmente del derecho, la teorización y la propagación en cualquier forma de las ideas.

En segunda medida, su función tiene que ser el debate, pero no cualquier tipo de debate; este debe ser prolífico, retar a los juristas no solamente a conocer el fenómeno sino a conocer sus efectos, sus consecuencias, la forma de implementación y los retos que enfrentaría tanto en el mundo académico como en el mundo físico la puesta en marcha de esas ideas. *Parcas clasificaciones y generalización en un plano meramente descriptivo*, continúa el filósofo americano, y observada en perspectiva es otra de las ventajas de las ciencias jurídico penales, podemos hablar de punibilidad y abarcar con nuestras parcas clasificaciones desde rehabilitación hasta abolicionismo, desde pena de muerte hasta los sistemas auburnianos de centros penitenciarios y mucho más.

También al hablar en un plano meramente descriptivo tenemos una ventaja: nadie le exigiría a Mezger, Welzel o Kelsen soluciones a los grandes problemas de su tiempo que fueran a prueba de debate; sin embargo, al igual que cualquier científico al internarnos en la explicación del fenómeno deberemos observarlo para describirlo de manera adecuada. Este es sin duda uno de los grandes retos del científico del derecho y a diferencia del naturalista Charles Darwin en el *HMS Beagle*¹⁴, no podemos ir hacia el fenómeno, pues este no se encontrará exclusivamente en un lugar geográfico; lo que podemos hacer, sin embargo, es sumergirnos en las profundidades

13 Brett, George. *Historia de la psicología*, Argentina, Editorial Paidós, 1963, p. 87.

14 En este buque de la Marina Real Británica, se embarcó Darwin de 1831 a 1836 para hacer observaciones de carácter naturalista con especial interés en las islas Galápagos, observaciones que volcaría en la creación de su libro *El origen de las especies*. Si bien el efecto de la evolución podría ser observado en cualquier del mundo, la gran cantidad de aves que habitaban estas islas hizo posible que Darwin formulara teorías sobre la forma de sus picos o alas, dependiendo del lugar donde vivían y de sus alimentos, es decir su forma de adaptarse al medio.

del estudio no solamente de las teorías sino, a diferencia de lo que se hace hoy en día, de sus más obstinados detractores para conocer todo el fenómeno y después formular posiciones.

Siguiendo la definición de William James, “*pero ni una sola ley como la que nos proporciona la física; ni una sola proposición de la cual pueda deducirse causalmente consecuencia alguna*” es uno de los puntos más interesantes en cuanto al ataque que hace a las ciencias sociales, pues como científicos jurídico penales, podemos no solamente formular teorías sino participar dentro de los procesos legislativos y crear leyes, de otro tipo, muy diferentes a las de la física, pero leyes al fin. Sin embargo, las leyes que formulamos como científicos del derecho no tienen por qué apegarse a la realidad; las leyes pueden por tanto ser abstractas y aunque alejadas del mundo real; si se apegan de manera cabal al proceso legislativo serán válidas.

Esta simplificación del argumento es uno más de los retos del derecho penal. En un afán de teorización fácil nos hemos alejado del estudio de los fenómenos; es decir en la búsqueda de la verdad doctrinal, nos hemos olvidado de la realidad; sin embargo, la realidad inmutable en su existencia, tiende a alcanzar al derecho penal para realizarle preguntas que evidencian su desconexión con el ambiente social.

El derecho penal se enfrenta cada día a una escalada de criminalidad para la cual no está preparada y a la que parece, desde el punto de vista de las ciencias naturales, hemos dejado de estudiar, medir y examinar sus relaciones de causalidad.

El terrorismo puso en jaque al derecho existente pues este, frente a las acciones que pudiera usar para frenarlo, se le acabaron las ideas. Había sin lugar a dudas varios caminos. Sin embargo, el derecho penal tenía que apegarse a su propia realidad, a la realidad que un constante apego a la teoría de la *mínima ratio* lo había condenado a llevarlo a la ineffectividad. Menciono esto porque la forma en que se manejó la información acerca de las detenciones ilegales, la tortura o incluso la perfilación criminal en aeropuertos, nos hacía suponer que los Estados participantes no estaban dispuestos a adoptar un derecho penal donde la supresión de garantías pudiera ser una realidad. El derecho penal no había estudiado a este nuevo tipo de criminalidad, cuya motivación enteramente religiosa no estaba psicológicamente mal estructurada, de un tipo de delincuente que no solamente buscaba los resultados físicos sino mostrar a la sociedad que debería estar atemorizada de sus próximas acciones; no había en ellos pasión ni imprudencia sino una amplia preparación y visualización del delito.

La única forma de frenar al terrorismo era con algunas figuras a las que el derecho penal como ciencia había alejado de la codificación: la anticipación en la punibilidad, las pesquisas al azar y la intervención de las comunicaciones sin orden judicial, por mencionar algunas, eran las respuestas que la población en general demandaba ahora al derecho penal y que si se hubieran hecho con apego a la idea pura de democracia griega, el ágora, probablemente se hubieran llevado a la práctica generalizada y visible, incluyéndose en manuales de policía, directrices para los jueces y para cualquier otra persona conectada con el derecho penal; sin embargo, ya que no fue así, permanecieron existentes pero en las sombras.

Después de haber dado un simple análisis de los límites de la ciencia del derecho penal, podemos ver por qué esta misma pronto colapsará. Las ideas, su propagación y publicación son más lentas que antes, aunque pareciera que vivimos en un mundo donde la información es cada vez más fácil de difundir, pues hay cada vez menos interés por las nuevas ideas del derecho penal.

Conocemos durante los estudios básicos de derecho y rumbo a la obtención del título de licenciado en derecho, a solamente algunos nombres y algunas posturas; estas teorías estarán limitadas por el interés del catedrático de la materia elegida, otras por la postura de la universidad y algunas podrán estar limitadas incluso por un clasismo, elitismo o racismo que debe ser eliminado de manera directa de las aulas. Sin embargo, las universidades, si su búsqueda es el conocimiento, deberán buscar la forma de informar al jurista en formación sobre todas, o al menos el mayor número posible de teorías para que este las abrace, desarrolle, rete o deseche como mejor le parezca. Deberán hacerle conocer a los grandes científicos de su tiempo e invitarlos a que intenten ponerse a su par, crear un interés en el mundo científico del derecho penal.

Michael J. Burry fue uno de los primeros dentro del mundo de Wall Street en advertir que la burbuja económica de las hipotecas estaba por reventar. Lo detectó con anticipación, en un área del desarrollo humano donde los minutos y los segundos valen millones de dólares; él estimó con dos años de anticipación que la base de la economía de Estados Unidos estaba por quebrar, compró a tiempo, soportó, vendió y se hizo rico cuando al fin sus estudios dieron los resultados probados. Tristemente su único comentario sobre esto fue que cualquier persona que hubiera estudiado los mercados financieros en 2003, 2004 y 2005 pudo haber reconocido el riesgo creciente los mercados; también señaló que los reguladores federales fallaron al escuchar las advertencias fuera de su círculo de consejeros.

En este breve ejemplo vemos los problemas que pueden llevar al colapso a la ciencia penal. Por un lado no se fomenta el estudio de la misma, ni su teorización e incluso aquellos que lo hacen son aislados. En una segunda perspectiva es mencionar que este “círculo de consejeros” también existe en las ciencias penales, pues los catedráticos prefieren no escuchar a aquellos que no siguen sus mismas teorías e incluso empiezan en la creación de “voces autorizadas” o “vacas sagradas,” cuya opinión no debe ponerse nunca a debate.

Habrán algunos que puedan mencionar que en la economía la predicción es más fácil y que las variables son menores que las que puedan existir en el derecho penal; sin embargo, las dos son ciencias relacionadas con el comportamiento humano con lo cual su nivel de predictibilidad tiende a ser muy semejante.

II. EL DERECHO PENAL (Y SU ESTUDIO) YA HA COLAPSADO ANTES

Decir que el derecho penal se extinguirá es, como mencionamos antes, imposible. El derecho penal seguirá existiendo pero si se vuelve cerrado, su cambio será repentino y destructivo, más no gradual y adaptativo, como debería. Tomamos una falsa idea de Darwin y su origen de las especies, extrapolamos los conceptos del naturalista para entender que la evolución eminentemente

será “la supervivencia del más fuerte”; en este orden de ideas, buscamos embarnecer las teorías dentro del derecho penal y con esto las volvemos “más fuerte”; sin embargo, si estudiamos a conciencia, entenderemos que Darwin no proponía la supervivencia del más fuerte, sino del que mejor se adapte.¹⁵ Hoy podemos encontrar en nuestro código algún tipo de delito que descienda directamente del Código de Hammurabi, como el robo, y también alguno que venga desde el derecho romano, como lo es el peculado; sin embargo, figuras como los excluidos sociales en campos de concentración o la eugenesia, existieron en algún momento y dejaron de existir de manera drástica de un momento a otro.

Esta enunciación no es una proposición a favor de la eugenesia o la exclusión social; sin embargo, creo que tampoco dentro de estos tipos hubo un análisis de si debían eliminarse de golpe de los códigos. El derecho generado durante el nacionalsocialismo sucumbió con la muerte del Führer pero algunas de sus ideas permanecieron con vida en el ideario jurídico porque en su tiempo no se justificó doctrinalmente la importancia de eliminarlas. Se sabía que estaban moralmente *mal* y se sabía que en su construcción se había usado falsa ciencia pero en realidad no examinamos ni su sustento teórico ni metodológico. Solo por mencionar un ejemplo, acerca de la exclusión social, al día de hoy, centros de detención como Diego García o Guantánamo¹⁶ son los ejemplos tal vez mas mediáticos de que la exclusión social sigue existiendo y que de nuevo han podido ser justificados pues, como lo mencioné antes, la teorización sobre ellos es amplia (demasiadas voces y pocas ideas) pero no profunda (con muchas voces y un número similar de ideas).

El problema con la eliminación radical de ideas sin explorarlas es que los científicos del derecho penal cierran el mundo del conocimiento a nuevas ideas aplicables a su campo de estudio y que como tal pueden presentar soluciones. No puede haber, dentro del mundo de lo científico y de las universidades, una idea más aberrante que cerrar las puertas a la revolución de las ideas. Por ejemplo, actualmente no son pocas las personas dentro del mundo penal que conocerán la teoría del derecho penal del enemigo. Sin embargo si señalamos que la teoría de Jakobs está íntimamente ligada con teoría de los sistemas del sociólogo alemán Niklas Luhmann, encontraremos que un porcentaje menor de penalistas conocen la misma y si decimos que incluso Luhmann (y por lo

15 Como nota aclaratoria es importante mencionar que Darwin no menciona en su libro el origen de las especies la supervivencia del mejor adaptado; este concepto nace de la reinterpretación que hace Herbert Spencer del naturalista ingles en su libro *Principios de Biología*, haciéndolo de la siguiente manera: “*This survival of the fittest, which I have here sought to express in mechanical terms, is that which Mr. Darwin has called natural selection, or the preservation of favoured races in the struggle for life.*” (Esta supervivencia del más adaptado, que yo he aquí dicho en términos mecánicos, es aquella que el Sr. Darwin ha llamado selección natural o preservación de las razas favorecidas en la lucha por la vida).

16 Si bien Guantánamo es reconocida como un centro de detención para población altamente peligrosa, principalmente señalada como terrorista, la base militar de Diego García no es reconocida por el gobierno de los Estados Unidos como un centro de detención regular. Sin embargo el 6 de mayo de 2004 en una entrevista televisiva el general estadounidense Barry McCaffrey señaló que tenían “3000 personas detenidas entre Bagram, Guantánamo, Diego García y 16 campos en Irak”, lo que sirvió para determinar que Diego García sí se usaba como centro de detención. La entrevista está disponible en internet en el siguiente enlace: <http://www.nbcnews.com/id/4924989#.V924iDsSflc>.

tanto, Jakobs) se basan en las ideas de los biólogos chilenos Maturana y Varela¹⁷ sobre autopoiesis, nos encontraremos que los científicos del derecho penal que conocen este laberinto de conexiones son tan pocos que podríamos reunirlos con facilidad en un salón de clases.

Siguiendo por esta línea explicativa, tomemos la idea de la autopoiesis¹⁸, para enfocarla en nuestro tema principal; el colapso de la ciencia del derecho penal. La ciencia del derecho penal, y después de señalar la relación conceptual que realizó Luhmann entre autopoiesis y una teoría de sistemas universal, es un organismo de características autopoyéticas. Ahora mismo en el mundo del derecho penal proliferan una vez más las ideas de Rousseau,¹⁹ el Leviatán de Hobbes²⁰, las de los doctrinistas de los movimientos autoritarios (nacionalsocialismo, fascismo), la ausencia de garantías penales procesales y un largo etcétera. Esto es entendido como que los teorizadores del derecho están en cierta forma abrazando estas ideas como una forma de radicalizar la conversación pero ¿no es posible que esta sea la forma en que el sistema (ciencia del derecho penal) reproduzca, repare, cree o elimine elementos para seguir apegado a su esencia? ¿No es posible que hayamos caído, de manera bien intencionada, en excesos de las situaciones contrarias a las de estas radicalizaciones? y por último ¿cuál sería el verdadero límite de una ciencia del derecho penal que aborde el estudio de todas las teorías, incluso aquellas que puedan parecerle moralmente aberrantes?

Las respuestas a estas preguntas no son fáciles de conseguir, pero el solo planteamiento de las preguntas abona al debate. La ciencia del derecho penal tiene que estar atenta para saber si la proliferación de ideas radicales puede ser definida como la forma del sistema de repararse o si es esta la perturbación en el medio; es decir ¿es la proposición de ideas que apoyan la limitación de garantías procesales una cura o es el principio de una enfermedad sistémico penal? La respuesta a esta cuestión es simplemente el estudio de las ideas penales sin la desacreditación, la exploración sin prejuicios y el debate libre dentro de los centros de estudio.

III. EL SER HUMANO RECHAZA IDEOLÓGICAMENTE EL DERECHO PENAL

Cuando el 25 de mayo de 1961 el presidente John F. Kennedy decidió que los científicos de los Estados Unidos debían realizar todos los esfuerzos posibles para llevar al hombre por primera

17 Maturana, Humberto y Varela, Francisco. *Autopoiesis and Cognition: The Realization of the Living*, 1ª ed., Editorial Boston *Studies in the Philosophy of Science*, 1991. Visible en: http://topologicalmedialab.net/xinwei/classes/readings/Maturana/autopoiesis_and_cognition.pdf.

18 La autopoiesis entendida en términos básicos puede explicarse como la capacidad que tiene un organismo para reproducirse, repararse, crear y eliminar a todo tipo de elementos con tal de permanecer con su misma esencia, sin ser afectado por las perturbaciones del medio

19 Martínez Álvarez, Isabel. *El derecho penal del enemigo*, México, Porrúa, 2009, pp. 19-21.

20 *Ibid.* pp. 21-23

vez a la Luna²¹, hubo algunos que posiblemente se mostraron en contra de este fin; sin embargo, la gran mayoría, ya sea por un deseo de aventura, de exploración, avance científico e incluso por curiosidad, tomaron la orden del presidente como un rayo esperanzador. Cuando catorce años antes, en 1947, Jonás Salk se decidió, junto con un grupo de científicos, a desarrollar y aplicar una cura para la poliomielitis, no hubo ni siquiera una persona por poco docta que fuera que se opusiera a este noble fin. Después de estos ejemplos, las preguntas son: ¿Con qué clase de entusiasmo se abrazaría la exploración de la punición?, ¿cómo ha reaccionado el ser humano a las implementaciones del derecho penal?, ¿cuál es la confianza que se tiene en las instituciones encargadas de la impartición de justicia penal? y principalmente, ¿cree el ser humano en que el derecho penal es bueno para el desarrollo social? La respuesta a la última pregunta es especialmente preocupante: no. Ahora hay todo un movimiento en el que parece que el derecho penal y las autoridades encargadas de aplicarlo atacan principalmente a aquellos que no deberían y que los agentes de la ley deberían tener facultades más amplias con tal de defender a la población.

No estoy, por tanto, negando, como lo mencioné antes, que desde hace 3744 años podamos encontrar ejemplos de codificación penal, no estoy diciendo que no podamos seguir los inicios de los centros penitenciarios hasta la Cárcel Mamertina en la antigua Roma o que incluso desde hace 252 años, a partir de Cesare Beccaria²², no nos hayamos enfrascado en el estudio de las ciencias penales; lo que sí niego rotundamente es que el ser humano haya recibido todas estas ideas con gran aceptación. El ser humano entiende entonces al derecho penal como un mal necesario y también lo relaciona ampliamente con los abusos de la autoridad, además de ser una rama del derecho al servicio de los poderosos y no a la protección de los bienes populares.

La ciencia del derecho penal sufre a diferencia de otras ramas del derecho un desprecio social causado principalmente porque el ser humano es inherentemente rebelde. Muestra poco aprecio por cualquier institución limitadora y su impulso es a la destrucción o mínimo al debilitamiento de estas instituciones. Podemos verlo en los doctrinistas garantistas, cuyo miedo a dar más facultades punitivas al Estado se basa principalmente en que piensan que la autoridad que imparte justicia no tendría freno y terminaría excediéndose en sus facultades.

Pero no solo ahí se observa este desprecio a las autoridades. Podemos mencionar ejemplos dentro de la cultura popular, como Robin Hood, al que podríamos mencionar que no solamente atacaba a las autoridades tributarias sino que podía con facilidad ser señalado imputado de robo, delincuencia organizada, lesiones, rebelión y sedición, pero que se escapaba del castigo social pues es, junto con el fraile Tuck y el Pequeño Juan, un arquetípico héroe social. Es decir, existe (o existía al menos en la Inglaterra medieval) una figura que era abiertamente criminal y a la que en un ejercicio de justificación se señalaba como el héroe, quien no debería ser perseguido por el derecho penal, el cual ahí sufría, como ciencia, una derrota más por considerarse desapegada

21 NASA, (2016), *The Decision to Go to the Moon: President John F. Kennedy's May 25, 1961 Speech before Congress*. History.nasa.gov. Consultable en: <http://history.nasa.gov/moondec.html>.

22 Tomamos como punto de medida, la publicación de su obra cumbre *De los Delitos y las penas* en 1764.

del sentir popular. Pero no solamente eso; tenemos en el otro extremo normativo a toda una camada de superhéroes idolatrados por jóvenes y no tan jóvenes, pero entre los que sobresale el guardián de la ficticia Ciudad Gótica, Batman²³. Es un policía, es un detective y es un vengador del crimen, pero que, aunque viva solo en la ficción, no tiene que apegarse a ninguna ley limitadora de su capacidad de castigar a los criminales, para él no existen la presunción de inocencia, las detenciones arbitrarias o cualquier ley que proteja a los criminales de la tortura con tal de obtener su confesión; sin embargo, la sociedad ficticia, pero muy cercana a la real, acepta todo esto pues lo cree dotado de unos valores morales altos e inviolables que hacen que no se exceda en este poder.

Los movimientos punk de los 70, ideológicamente eran un nuevo ataque a las instituciones; sin embargo, su capacidad para permear dentro del colectivo de los juristas en formación, (puede ser de interés para los juristas que aspiran a la *mínima ratio*, escuchar *Police on my Back* o *I fought the Law*²⁴ del grupo británico The Clash) por lo que las ideas más cercanas al fin del siglo apostaron más por limitar a las autoridades y aumentar las garantías procesales penales.

Como habíamos señalado, en el mundo jurídico que existió después del atentado a las Torres Gemelas, debió haber puesto atención al ideario colectivo que ahora abandonaba al punk rock, para abrazar a figuras como Jack Bauer, interpretado por Kiefer Sutherland en la serie policiaca antiterrorismo de televisión *24*²⁵, el cual tenía facultades ilimitadas para detener, torturar y eliminar a todas las personas con tal de acabar con las amenazas terroristas. Ese ataque a las garantías procesales que se muestra episodio tras episodio es un acercamiento a lo que en realidad la población esperaba (o espera) del derecho penal; detener al criminal *sin importar el costo*.

IV. EL DERECHO PENAL Y SU PARADIGMA AGOTADO

El científico alemán Thomas S. Kuhn fue claro en su libro “Las estructuras de las revoluciones científicas” sobre el proceso que siguen las ciencias para su formación, su revolución y su cambio²⁶; sin embargo, en el mismo texto Kuhn es omiso en mostrar cuál es el proceso social que se da dentro de las ciencias rumbo al cambio de paradigma²⁷, pero sí menciona las etapas que abarca el

23 Si bien Batman fue creado en 1939 por Bob Kane, las características que le atribuimos llegan a su máximo esplendor en 1986, cuando sus historias son retomadas por Frank Miller y después Alan Moore, quien será creador de otro personaje sin límites procesales penales, V, el personaje principal de la novela gráfica *V for Vendetta*. Moore, Alan. *V for Vendetta*, 16ª ed., México, Editorial Vértigo, 2008 y Miller, Frank. *The Dark Knight Saga*. 12ª ed., México, Editorial DC Comics, 2015.

24 *Police on My Back* del álbum *Sandinista* y *I fought the Law*, en el álbum *The Cost of Living* ambos del grupo británico The Clash.

25 La serie terminaría extendiéndose por ocho temporadas en las que el personaje principal pelearía contra terroristas en todas ellas, llegando en su punto más álgido a tener 14 millones de televidentes según *ABC Medianet*.

26 Kuhn, Thomas S., *Estructura de las Revoluciones Científicas*, 23ª ed., México, Editorial Fondo de la Cultura Económica, 2013.

27 Si bien Kuhn menciona hasta 23 significados diferentes de paradigma, en este caso en específico tomaremos

modelo kuhniano y que trataremos de emparejar con el proceso que a mi parecer sufre la ciencia del derecho penal.

La primera etapa dentro del modelo kuhniano es la ciencia inmadura, en este momento la ciencia tiene diferentes escuelas y subescuelas que no han decidido cuáles serán los paradigmas que regirán su actuar científico, momento que a mi parecer, ha superado la ciencia del derecho penal, y ahora parece existir una polarización de las teorías formándose dos grandes escuelas relativamente radicales. Por un lado, estará aquella que defiende un derecho penal garantista extremo y que se inclina más por el principio de mínima ratio y por otro lado el derecho penal del enemigo, que se inclina por una participación aún más activa del Estado en la prevención del delito, llegando incluso a buscar una punibilidad anticipada a la conducta. Hemos pasado entonces a la siguiente etapa del modelo kuhniano en que pareciera que la ciencia se ha asentado, y en la que pensamos que se ha formado una base para el desarrollo de la ciencia penal; esta base es un derecho penal garantista aglutina a varias otras ramas o subescuelas pero todas en el mismo orden de ideas²⁸ rumbo al garantismo y al derecho penal de *mínima ratio*, a esta etapa es la que el científico alemán denomina ciencia normal.

Lo que nos interesa principalmente es que después de estas etapas, la ciencia del derecho penal deberá llegar inminentemente a una crisis. Es de observar, que la crisis no quiere decir siempre que la ciencia se colapse, sino como sucede actualmente, el paradigma no da respuestas a todos los fenómenos e incluso, aun cuando intenta dar respuestas, estas tienden a ser insuficientes.

Respecto a la forma de castigar a las personas que cometen actos terroristas, la ciencia del derecho penal hoy ofrece respuestas insuficientes que pueden ser señaladas de esta manera porque a diferencia de otro tipo de delitos, el terrorismo parece inmune a la prevención general y al realizar varias conductas típicas y a veces ninguna (como en los casos en que cierto número de *hackers* se dedican a difundir por los medios noticias falsas con el fin de causar perturbaciones sociales o económicas, pero que no son conductas posibles de calificar como delictuales), se escapa de la teorización que hoy se realiza en el grupo científico del derecho penal, este es solo un ejemplo de que la ciencia del derecho penal se ha acercado a la crisis, por lo menos en el modelo kuhniano.

V. CONCLUSIONES

No está por demás decir que el concepto *burbuja jurídica* no existe. Pero probablemente debería existir. Después de este breve análisis conceptual puedo determinar que dentro de la ciencia del derecho penal no solamente se ha desarrollado una burbuja, sino que está próxima a estallar. Hay que admitir que el derecho es una estructura o construcción social endeble pero capaz de

como paradigma al conjunto de normas y teorías que rigen a un grupo científico determinado.

28 Mencionaremos con especial atención la escuela abolicionista penitenciaria y todas las escuelas que buscan una disminución de la facultad punitiva del Estado, con especial atención a aquellas que han sido críticas y que han señalado que el derecho penal sufre una expansión como podemos ver en el texto de Jesús María Silva Sánchez, en su libro: *La expansión del derecho penal*, España, Editorial Civitas, 2001.

ser fortalecida. La ciencia del derecho penal requiere hoy más que nunca determinar cuáles son las formas de fortalecerse y en el mundo de las ideas, la única forma de lograrlo es mediante la exploración y estudio de todas las teorías.

Conceptos como pena de muerte, supresión de garantías procesales, anticipación de la punibilidad y otros del mismo tipo, no deben estar vetados de las aulas ni, aunque pudieran serlo, pueden dejar de ser estudiados por considerarse en forma mayoritaria como moralmente aberrantes. La ciencia del derecho penal, como cualquier otra ciencia social debe de nuevo escuchar el debate a pie de calle, no solamente el que se desarrolla entre los doctrinarios; esto es, apostar por una ciencia del derecho penal, democrática, pero también popular.

Es labor de todos los científicos, catedráticos, académicos e incluso de los jóvenes juristas, evitar el colapso del derecho penal como ciencia, afrontar los retos conceptuales que pueden tener básicamente como ciencia social, pero también retomar los retos que puede tener el derecho penal de ser eminentemente social y democrático. Las preguntas serán muchas y en varias de ellas el empuje del derecho penal nos llevará hacia laberintos conceptuales. Tomemos una teoría: el derecho penal como *mínima ratio*, y busquemos a su más grande detractor, que se debata, que se generen conceptos intermedios o radicales; que se logren nuevas teorías, se fortalezcan las anteriores o mueran en las aulas de ser necesario, pero que no se permita que la ciencia del derecho penal adquiera una línea donde las ideas no puedan entrar.

Si en la actualidad las respuestas que plantea la ciencia del derecho penal para enfrentarnos al terrorismo no son suficientes, declaremos muerto el paradigma e iniciemos uno nuevo pues acercarse al estudio de los fenómenos con una nueva forma de trabajo generará nuevas ideas y nos acercará a una nueva constelación de conocimientos. Los juristas y más aún aquellos que se dedican a la ciencia del derecho penal, están obligados a conocer el mayor número posible de teorías y deberán tener también la obligación de retarlas, desarrollarlas o desecharlas, siempre desde la proposición científica y no desde la moral.

Dejemos de señalar voces autorizadas dentro de las ciencias y hagamos a los grandes estudiosos del derecho penal el mejor homenaje; usar sus ideas para el debate y hacerlas la realidad.

Por primera vez será también la labor del científico del derecho enfrentar al derecho penal como un sistema autopoyético, que se repara por sí solo pero en la que como uno de los principales organismos que los componen tenemos una labor de anticuerpos que pelearán no contra la teorización sino contra la desacreditación prejuiciosa y contra el ataque a las personas y no a las ideas.

Con especial importancia se debe mencionar que las figuras dentro del derecho penal, ya sea impartición de justicia, funcionarios encargados de hacer cumplir la ley, científicos, catedráticos o juristas deben volver a ocupar un lugar preponderante en todas las áreas de la vida social, aunque esto solo sea posible renunciando al elitismo científico y haciendo cada vez más una ciencia del derecho penal cercana a la población que demanda él protección y atención.

Por último, y parafraseando a Thomas S. Kuhn, los científicos nos convertimos en filósofos

cuando tenemos que escoger entre teorías opuestas.²⁹ Cuando negamos una parte del espectro científico lo que hacemos es trabajar en la destrucción del paradigma; la única forma de fortalecer al conocimiento será entonces ponerlo a prueba pero en este momento de desarrollo científico los espacios de debate son cada vez menores; tomemos cualquier póster de un simposio, coloquio o conferencia sobre derechos penal y encontraremos que la corriente es hacia al garantismo, hacia el respeto a los derechos humanos, en pocas palabras, hacia un derecho penal cada vez más bondadoso y aun así habrá sin lugar a dudas algún trabajo retando a la corriente, un ensayo que como un salmón se enfrente a la fuerza del río científico pese al riesgo de ser devorado. Sin embargo, este esfuerzo aunque noble será insuficiente pues hemos aislado a otra parte de los teóricos, científicos y jóvenes juristas, dejándolos en la oscuridad y evitando el debate. Esto, si no queremos que la ciencia del derecho penal desaparezca al menos, en la ciencia del derecho penal, la discusión es construcción y refuerzo.

VI. FUENTES CONSULTADAS

Bibliografía

KUHN, Thomas S., *Estructura de las Revoluciones Científicas*, 23ª ed., México, Editorial Fondo de la Cultura Económica, 2013.

LEWIS, Michael. *The big short: Inside the doomsday machine*, 8ª ed., Estados Unidos de América, Editorial WW Norton & Co Inc., 2011.

MARTÍNEZ ÁLVAREZ, Isabel. *El derecho penal del enemigo*, México, Ed. Porrúa, 2009.

ORDEIG, Enrique Gimbernat. “¿Tiene futuro la dogmática jurídico penal?” en *Problemas Actuales del Derecho Penal y Procesal*, España, Editorial Universidad de Salamanca, 1971.

SILVA SÁNCHEZ, Jesús María. *La Expansión del derecho penal*, 1ª ed., España, Editorial Civitas, 2001

Textos electrónicos

GREEN, Brett y ZWIEBEL, Jeffery. “The hot hand fallacy: cognitive mistakes or equilibrium adjustments? evidence from baseball”, *Stanford Graduate School of Business*. Estados Unidos de América, Editorial Stanford Graduate School of Business, 1985, [en línea], visible en: <https://www.gsb.stanford.edu/faculty-research/working-papers/hot-hand-fallacy-cognitive-mistakes-or-equilibrium-adjustments>.

KUHN, Thomas S. *Logic of discovery or psychology of research?* 1ª ed., Estados Unidos de América, Editorial University of Indiana, [en línea], visible en: http://www.informatics.indiana.edu/jbollen/I501F13/readings/kuhn_en.pdf

29 “Only when they must choose between competing theories do scientists behave like philosophers” esta es la frase original que puede traducirse a “solo cuando deben escoger entre teorías en competencia, los científicos se comportan como filósofos”. Véase: Kuhn, Thomas S. *Logic of Discovery or Psychology of Research?*, Estados Unidos de América, Editorial University of Indiana. 1970. Recuperado de: http://www.informatics.indiana.edu/jbollen/I501F13/readings/kuhn_en.pdf.

MAYER, Bob. *From tulips to the housing bubble: greed overwhelms reality (Anatomy of catastrophe book 11)*, Estados Unidos de América, 1ª ed., Editorial Cool Gus Publishing, 2014, [en línea], visible en: https://www.amazon.com.mx/Tulips-Housing-Bubble-Overwhelms-Catastrophe-ebook/dp/B00R71YGOQ/ref=pd_rhf_se_p_img_1?ie=UTF8&psc=1&refRID=G3YZTPMY22J9P74M194N.

MONTORO BALLESTEROS, Alberto. El funcionalismo en el Derecho: Notas sobre N. Luhmann y G. Jakobs. *Anuario de Derechos Humanos*, 1ª ed., España, Editorial UCM, 2008, [en línea], visible en: <https://revistas.ucm.es/index.php/ANDH/article/viewFile/ANDH0707110365A/20789> 17 de septiembre 2016.

LA PONDERACIÓN Y LOS CONFLICTOS ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES

Claudia A. JIMÉNEZ GONZÁLEZ*

SUMARIO: I. *Un nuevo paradigma en materia de derechos.* II. *Los derechos fundamentales como principios y como reglas.* III. *¿Son posibles las colisiones entre derechos?* IV. *La interpretación constitucional como criterio de solución al dilema del conflicto entre derechos.* V. *A guisa de conclusión: nuestra toma de postura.* VI. *Fuentes de información.*

I. UN NUEVO PARADIGMA EN MATERIA DE DERECHOS

En junio de 2011 se publicaron en Diario Oficial de la Federación dos reformas constitucionales sobre temas de profunda importancia para los estudiosos del derecho nacional y la sociedad en general. Por medio de estas modificaciones a la normativa constitucional se dio paso a un nuevo paradigma en materia de derechos humanos² y a una profunda modificación del régimen procesal del juicio de amparo. Ambas reformas a la Ley Fundamental, fueron acontecimientos postergados por largo tiempo y, en no pocos sentidos, ansiados por los juristas, jueces y abogados que a diario invocan la protección de los derechos fundamentales a través de las sentencias de la justicia federal.³

Sin embargo, dichas modificaciones constitucionales no pueden explicarse como hechos aislados en la evolución constitucional de nuestro país, sino solo insertas en el contexto de una auténtica “revolución constitucional”, como la ha llamado, con toda razón, el eminente constitucionalista italiano Mauro Cappelletti. Definitivamente no es exagerado afirmar que después de la Segunda Guerra Mundial se plantean una serie de dilemas a la ciencia jurídica que suponen un cambio de paradigma no solo para el campo del derecho constitucional, sino en general para

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Guanajuato y postulante a obtención de grado de Maestro en Ciencias Jurídico Penales de la misma institución.

2 Al respecto véase el libro de Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Ugarte, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-IJ/UNAM, 2012, en donde se da cuenta de este cambio en la forma de entender y operar con los derechos fundamentales en el sistema jurídico mexicano.

3 Es interesante analizar la polémica que se generó en torno a las dos reformas constitucionales; por ejemplo en lo que hace al juicio de amparo puede verse la postura en contra en la obra de Burgoa Orihuela, Ignacio, *¿Una nueva ley de amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001; y en contra de las ideas de Burgoa, se puede consultar el texto de Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo Fernando, *Hacia una nueva ley de amparo*, 3ª ed., México, Porrúa-IJ/UNAM, 2010, en donde se da cuenta de las razones que en 2012 desencadenaron la expedición de un nuevo ordenamiento para regular al juicio constitucional. Por lo que hace a las reformas en materia de derechos humanos, tomamos como principal punto de referencia para este trabajo, a la obra de García Ramírez, Sergio y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., México, Porrúa-IJ/UNAM, 2012.

los cimientos en los cuales descansaba la teoría del derecho de cuño positivista, cuyas pretensiones de pureza habían entronizado la insularidad del conocimiento jurídico.

En esencia, a partir de la segunda mitad del Siglo XX, la justicia constitucional y la ideología que le subyace, —es decir, la noción de que el gobierno por esencia debe estar limitado por las normas constitucionales, aplicadas a través de procedimientos e instituciones creadas para garantizar su superioridad⁴— ha encontrado las condiciones necesarias para una formidable expansión. Aunque, en términos amplios la lucha por los derechos humanos puede perderse en la noche de los tiempos —piénsese, verbigracia, en las reivindicaciones de los barones ingleses frente al rey Juan en 1215, o en la defensa de los derechos realizada por el justicia de Aragón⁵— lo cierto es que “el movimiento contemporáneo de derechos humanos se gestó a causa de las heridas de la Segunda Guerra Mundial”.⁶ Dicho en otras palabras, lo cierto es que el dilema moral del holocausto⁷ confrontó dos concepciones antagónicas sobre el fenómeno jurídico:

1. Por un lado, la tesis que sostenía que el derecho es un sistema de normas identificables a través de procedimientos formales, prescindiendo de cualquier carga axiológica en lo que respecta a su contenido, por ello esta tesis se podría resumir en la conocida cita de Kelsen para el cual “cualquier contenido puede ser derecho”⁸.
2. En otro sentido podemos ubicar a la concepción no positivista, en la que existe una desvinculación entre la validez y la vigencia de las normas, lo que implica sostener desde luego una carga valorativa sobre el contenido del derecho, que debe justificarse también en términos de moralidad o de justicia; por eso esta segunda posición puede resumirse en la frase del segundo Radbruch⁹ y de Alexy, para los cuales “la injusticia extrema no es derecho”.¹⁰

4 Sobre este tema es interesante, por sintética, la obra de Fix Zamudio, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santiago de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho Administración y Política y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002, pp. 26-46.

5 Fix Zamudio, Héctor, y Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-III/UNAM, 2011, pp. 52-53.

6 Ramírez García, Hugo Saúl, y Pallares Yabur, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011, p. XIX.

7 Garzón Valdés, Ernesto, “Para ir terminando”. *En*: Atienza Rodríguez, Manuel, *El derecho como argumentación*, 2ª ed., México, Fontamara, 2009, pp. 43-50.

8 Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, traducción de Moisés Nilve, 3ª ed., México, Ediciones Coyoacán, 2012, p. 74.

9 Radbruch, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de Wenceslao Roces, 11ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2013, pp. 43-45.

10 Alexy, Robert, “En defensa de la fórmula de Radbruch”. *En*: Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, 3ª ed., México, Fontamara, 2006.

Precisamente por ello decimos que las reformas en materia de derechos fundamentales y juicio de amparo, no pueden entenderse como muestras de un movimiento jurídico parroquiano, sino más bien como el signo de la revolución constitucional a la que se refería Cappelletti, en virtud de la cual los derechos fundamentales constituyen indudablemente el eje vertebrador de todo el proceso de constitucionalización del ordenamiento.

II. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES COMO PRINCIPIOS Y COMO REGLAS

El proceso de constitucionalización que describimos en el apartado anterior, necesariamente nos hace suponer la existencia de un cambio de paradigma en la forma de entender y operar con el derecho. Para ello también es necesaria una teoría explicativa de este profundo proceso de transformación jurídica; esta doctrina es, sin lugar a dudas, el neo constitucionalismo. A decir de Ferrajoli, el neoconstitucionalismo puede captarse —en su corriente mayoritaria— como una superación del positivismo jurídico que supone una conexión conceptual entre el derecho y la moral, o bien —en el sector minoritario representado fundamentalmente por el propio Ferrajoli y en parte por la escuela de Génova— como un perfeccionamiento culminante de las propias tesis positivistas que no solamente establecen la forma de producción del derecho, sino que también determinan sus contenidos.¹¹

Esta dicotomía tiene una amplia repercusión para el tema de nuestro interés, pues si se concibe al neoconstitucionalismo como la aceptación definitiva de la tesis de la vinculación entre el derecho y la moral, necesariamente tendrán que aceptarse las proposiciones que le siguen, a saber: que el derecho para ser tal tiene que aceptar ciertos contenidos de moralidad —esto es, como afirma el profesor Carlos Nino, que las normas jurídicas no son *per se* razones justificativas de la acción, sino que el razonamiento jurídico debe estar abierto y obedecer a las razones morales para la acción¹²—, pero además, que el derecho no es solo un sistema de reglas —como lo sostiene Dworkin en la crítica más demoleadora a la teoría positivista de signo hartiano— sino también un conjunto de principios que sirven de vehículo comunicante entre las exigencias de signo moral y las normas jurídicas, los que a su vez aseguran la “pretensión de corrección del derecho”¹³; y en tercer lugar, esta asunción implica aceptar el novedoso rol que tienen los jueces y la ponderación para resolver los conflictos entre derechos fundamentales.

Para el tema que aquí tratamos, y siguiendo las ideas de Jesús Everardo Rodríguez Durón¹⁴,

11 Ferrajoli, Luigi, “Constitucionalismo principalista y constitucionalismo garantista”. En: *DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho*, Núm. 34, Universidad de Alicante, 2011, pp. 15-53.

12 Nino, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, 2ª ed., Buenos Aires, Siglo XXI, 2014, p. 67.

13 Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, *op.cit.*, (nota 9), p. 89.

14 Rodríguez Durón, Everardo, *El control constitucional ante el desafío democrático*, tesis para obtener el grado de Maestro por la Universidad de Guanajuato, 19 de junio de 2017.

son de particular significado las asunciones relativas a la existencia de reglas y principios como componentes del derecho y al método ponderativo como medio para zanjar las eventuales tensiones entre los derechos fundamentales. Esencialmente, la aceptación de que los derechos fundamentales adquieren la forma de principios; es decir de “mandatos de optimización”¹⁵ que ordenan que una conducta se cumpla en la mayor posibilidad que permitan las condiciones jurídicas y fácticas; o bien, como dice García Figueroa, que los derechos fundamentales posean la estructura de normas de principio, implica que estos son por esencia derrotables¹⁶, dicho en otras palabras, en ciertos casos un derecho fundamental —o una de sus manifestaciones concretas, si queremos ser más sutiles en el uso del lenguaje— pueden ser “clausurados” o “derogados” cuando entran en colisión con otro derecho o manifestación de este, de donde resulta necesaria la ponderación como medio para eliminar esta clase de tensiones.

Para el constitucionalismo argumentativo, principialista o iusnaturalista, el positivismo jurídico es una teoría que ya no alcanza a explicar satisfactoriamente la irrupción de los principios éticos y morales que subyacen en los textos constitucionales y que han abierto definitivamente las puertas del sistema jurídico a las exigencias de la moralidad. Bajo esta tesitura, los derechos son valores o principios morales esencialmente distintos a las reglas, en cuanto a que están dotados de una normatividad más débil —son mandatos de optimización o normas derrotables— cuya aplicación queda confiada más que a la subsunción a la ponderación legislativa y judicial.¹⁷

Sin embargo, el neoconstitucionalismo dista de ser una corriente unitaria, por lo que en la vertiente minoritaria —de signo normativista o positivista— el hecho de que los modernos sistemas constitucionales estén dotados de leyes fundamentales “largas” o densamente pobladas de derechos fundamentales, no es evidencia del anacronismo de la escuela del derecho positivo, sino que antes bien significa la culminación de esta teoría. En efecto, a decir del que es su exponente más notable, Luigi Ferrajoli “el constitucionalismo rígido, no es una superación, sino que es un reforzamiento del positivismo jurídico. Por ello el constitucionalismo garantista completa tanto al positivismo jurídico como al Estado de derecho: completa al positivismo jurídico porque positiviza no solo el “ser” sino también el “deber ser” del derecho; y completa al Estado de derecho porque comporta la sujeción, también de la actividad legislativa, al derecho y al control de constitucionalidad.”¹⁸

Es decir, para el neoconstitucionalismo ferrajoliano, las Constituciones modernas de ninguna forma implican la asunción de la falacia iusnaturalista que confunde la validez con la justicia, por tanto es posible ser neoconstitucionalistas sin aceptar la tesis de la vinculación entre

15 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012, p. 69.

16 García Figueroa, Alfonso, “¿Hacen los jueces justicia? Sobre Principios y reglas. En: Gascón Abellan, Marina (coordinadora), *Argumentación jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2015, pp. 191-215.

17 Ferrajoli, Luigi, *op.cit.*, (nota 10), p. 20.

18 *Ibidem*, p. 24.

el derecho y la moral, y sin suponer, tampoco, que los derechos fundamentales son mandatos de optimización derrotables, sino que se comportan en la práctica y son estructuralmente auténticas y comunes normas jurídicas; es decir —en la propia terminología de Alexy¹⁹— mandatos definitivos que se cumplen o no y que no admiten espacio para ninguna reflexión o ponderación por el obligado a realizar la conducta que ellos describen.

La postura del constitucionalismo garantista supone que los derechos fundamentales son normas y con ello obedece a la más pura tradición del positivismo kelseniano. En este aspecto es célebre la polémica sostenida entre Hans Kelsen y Josef Esser sobre la existencia de los principios en el derecho; así para el ilustre jurista vienés no era posible tal situación en vista de que estos principios de la moral

...tienen que ser separados claramente de las normas jurídicas cuyos contenidos coinciden con los principios mencionados. El hecho de que se les designe principios de derecho no significa —como la palabra parece indicar— que sean derecho, que tengan carácter de derecho. La circunstancia de que influyen en la generación de normas jurídicas no significa —como supone Esser— que se hagan positivos; es decir, que se conviertan en partes integrantes del derecho positivo. Solo ciertas normas, esto es, las que ordenan actos coercitivos específicos se positivizan, es decir, son derecho positivo, ya que fueron generadas de una manera específica por el propio derecho.²⁰

En síntesis, para el constitucionalismo garantista, normativo o ferrajoliano los derechos fundamentales se comportan y presentan la estructura de una norma, pues implican la existencia o imponen la introducción de las reglas consistentes en las prohibiciones de lesión —derechos de libertad— u obligaciones de prestación —derechos sociales— que son sus respectivas garantías²¹. El constitucionalismo de las reglas excluye la necesidad de la ponderación, al dotar a los derechos fundamentales de la máxima eficacia que el sistema jurídico puede conferirles, al concebirlos como mandatos definitivos dotados de la virtualidad propia de la supremacía y la rigidez constitucionales.

Como se ha visto a lo largo de este apartado, incluso dentro de la corriente neoconstitucionalista derivada del fenómeno de constitucionalización del ordenamiento, existen dos formas de entender la estructura de los derechos fundamentales: ya sea como reglas o bien, en la forma de los principios. Ambas posturas inciden, además, sobre profundos aspectos de la teoría del derecho, pues suponen la aceptación de la tesis de la vinculación o de la separación entre el derecho y la moralidad, en cada caso. Este tema no es un hecho menor dentro de la ciencia jurídica, pues se trata de un tema que ha ocupado a los juristas por más de 2000 mil años, como

19 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op.cit.*, pp. 95-112.

20 Kelsen, Hans, *Teoría general de las normas*, traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 2010, p. 124.

21 Ferrajoli, Luigi, *op.cit.*, p. 21.

lo reconoce Robert Alexy²². Él mismo, también se ha referido a estas dos maneras de entender a los derechos fundamentales, pues sostiene que “hay dos construcciones diferentes que son esenciales respecto de los derechos fundamentales, una de ellas estrecha y estricta, y otra *lata* y amplia. La primera puede ser denominada “construcción de las reglas”, y segunda “construcción de los principios”, en donde ambas representan diferentes tendencias básicas, y la pregunta acerca de cuál de ellas es la mejor, es una cuestión nuclear de la hermenéutica de cada constitución que caracteriza los derechos fundamentales y la jurisdicción constitucional.”²³

Sobre la cuestión planteada por el ameritado jurista tudesco gira el presente estudio, precisamente en relación a si es posible o incluso lógicamente necesaria la colisión entre derechos fundamentales, lo que amerita su ponderación e implica asumir la postura argumentativa del constitucionalismo, o si bien los derechos fundamentales son reglas —o podríamos decir incluso “principios que se comportan como reglas”, como lo sugiere Ferrajoli²⁴ y en nuestro medio Alfredo Muñoz Delgado— lo que supone dotarlos de la máxima eficacia posible.

III. ¿SON POSIBLES LAS COLISIONES ENTRE DERECHOS?

El amplio catálogo de temas y problemas que comporta el neoconstitucionalismo fue tempranamente estudiado y nombrado por Susanna Pozzolo, quien afirma —en sintonía con Luigi Ferrajoli— que una de las notas más importantes de las modernas constituciones es la “positivización del contenido de justicia del ordenamiento, que ya no es un ideal externo, sino que se convierte en un elemento constitutivo e intrínseco, suministrado por los valores constitucionales”²⁵; sin embargo, Pozzolo advierte que:

La adopción de una concepción preceptivo-sustantiva de la constitución conlleva la necesidad de compatibilizar los principios constitucionales.... se puede afirmar que un cierto grado de conflicto entre principios, derechos fundamentales, y valores constitucionales es un dato “natural” de las constituciones largas y densas, es decir, no se trata tanto de un vicio de origen cuanto de un elemento característico.²⁶

En este estado de cosas, parece que la tesis del constitucionalismo principialista, que concibe los derechos fundamentales como mandatos de optimización, le hace pagar un alto precio;

22 Alexy, Robert, *El concepto y la validez del derecho*, op.cit., p. 40.

23 Alexy, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En: Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, IJ/UNAM-Trotta, 2010, p. 106.

24 Ferrajoli, Luigi, op.cit., p. 34.

25 Pozzolo, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la Constitución”. En: Carbonell, Miguel y García Jaramillo, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, IJ/UNAM-Trotta, 2010, p. 173.

26 *Ibidem*, p. 176.

pues por una parte sí es posible que los derechos entren en colisión, se hace necesario un método que permita dirimir este tipo de complicaciones; lo que implica, al propio tiempo, restar fuerza jurídica a las disposiciones constitucionales que contienen derechos, porque la ponderación supone establecer en cada caso “una relación de referencia condicionada” o una “jerarquía axiológica móvil”²⁷ que inclina al operador jurídico a salvaguardar un derecho fundamental en perjuicio de otro que también es plenamente aplicable y que se halla en liza con el primero. Ante este dilema, *prima facie*, parece que el modelo de las reglas sale mejor librado.²⁸

En este apartado, queremos enfrentar el tema de la cuestión genérica sobre los conflictos entre derechos, para ello primero nos referiremos a la propuesta de Fernando Toller, quien resuelve la cuestión mediante la aplicación del principio lógico de la no contradicción, para después referirnos en especial a la propuesta del constitucionalismo alexyano, para el cual la ponderación es un elemento fundamental de la teoría de los derechos fundamentales.²⁹

1. El principio de contradicción y la imposibilidad lógica de conflictos entre derechos

El jurista argentino Fernando Toller formula una interesante teoría para excluir lógicamente los conflictos entre derechos fundamentales a partir de la aplicación del principio de no contradicción. Toller comienza su exposición del tema señalando que:

Las relaciones entre los derechos, es usualmente abordada en términos de irrefrenable colisión u oposición entre los mismos. El resultado es que, en gran parte, la resolución de los litigios constitucionales pasa hoy en día por la elección de uno de los bienes en juego y el diferimiento o anulación del otro, como ocurre con la teoría hegemónica del derecho comparado, tanto en el ámbito de la doctrina, como de la jurisprudencia.³⁰

Después de haber reflexionado sobre los dos modelos de constitucionalismo y sus diferentes concepciones sobre los derechos fundamentales, no podemos dejar de reconocer la acertada observación de Toller en la cita que antecede, idea que además comparto con Everardo Rodríguez Durón.³¹ Sin embargo, la doctrina principialista, aun en el caso en el cual el operador jurídico debe escoger entre la salvaguarda de un derecho fundamental frente a la inaplicación de otro, no puede renunciar a la justificación racional de la elección.

27 Guastini, Riccardo, *op.cit.*, p. 124.

28 Rodríguez Durón, Everardo, *op.cit.*, p. 147.

29 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales, op.cit.*, p. 138.

30 Toller, Fernando M., “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”. En: Flores Saldaña, Antonio (coordinador), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional, México, Tirant lo Blanch-Universidad Panamericana, Campus Guadalajara*, 2013, p. 530.

31 Rodríguez Durón, Everardo, *op.cit.*, p.208.

Ante esta exigencia propia del Estado constitucional, la visión conflictivista de los derechos tiene dos alternativas: o bien recurrir a una jerarquía objetiva entre derechos fundamentales, lo que implica suponer que existen categorías *a priori* de derechos cuya protección es más importante que otros, o bien, recurrir al balanceo de los derechos en liza a través de la aplicación del principio de proporcionalidad y en especial a la técnica de la ponderación.³²

Lo cierto es que para el profesor argentino ambas opciones son inaceptables porque desconocen la aplicación del principio lógico de no contradicción, que excluye la posibilidad de conflictos entre derechos. Según Eduardo García Máynez, el principio aludido implica que en el orden lógico “dos juicios contradictorios no pueden ser ambos verdaderos”, lo cual aplicado al mundo de las normas supone que “dos normas de derecho contradictorias no pueden ser válidas ambas” o dicho de otra forma: “dos normas se oponen contradictoriamente cuando, teniendo ámbitos iguales de validez material, espacial y temporal, una permite y la otra prohíbe a un mismo sujeto la misma conducta.”³³

Así las cosas, de acuerdo con las ideas de Fernando Toller, las concepciones conflictivistas de los derechos desconocen que la no contradicción elimina la posibilidad lógica de las colisiones. Visto en un ejemplo³⁴: pensemos en un litigio constitucional donde el sujeto “A” afirma que se ha lesionado su derecho al honor a través de una publicación periodística calumniosa que afecta su buen nombre y la concepción social que se tiene de él, y “B” resiste la reclamación del actor, esgrimiendo que la publicación se encuentra amparada por la libertad de prensa. Si este caso fuese resuelto por el tribunal en el sentido de que la conducta de “B” sí resulta lesiva para el buen nombre de “A” no es porque haya existido una tensión entre la libertad de prensa y el derecho al honor, sino porque probablemente la nota periodística supuso un ataque a la moral, afectó los derechos de tercero, provocó algún delito, o perturbó el orden público, que son las limitantes que el artículo 6º constitucional consagra para la libertad de prensa.³⁵

Lo anterior es de esta forma, porque en el mismo tiempo y bajo las mismas circunstancias del caso, “A” no puede tener y no tener el derecho al honor si la publicación es calumniosa, y, por identidad de razón, “B” no puede tener y no tener la libertad de prensa, pues la nota periodística ha sido judicialmente calificada como calumniosa.

1. La tesis de Fernando Toller es persuasiva porque simplifica de manera notable los problemas de aplicación de los derechos fundamentales, aunado a que el ejemplo propuesto es académicamente puro para demostrar el punto que trata de sostener el jurista argentino. Pero esta postura tiene al menos dos flancos abiertos para la crítica:

32 *Ibíd.*, p. 531.

33 García Máynez, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Colofón, 2009, pp. 23 y 27.

34 Este ejemplo hipotético es tomado, con algunos cambios y adiciones, del mismo trabajo de Toller, Fernando, *op.cit.*, pp. 569-575.

35 Rodríguez Durón, Everardo, *op.cit.*, p. 211.

2. El primero lo podemos sintetizar señalando que si bien la argumentación constitucional no prescinde de la lógica jurídica, lo cierto es que la aplicación de los derechos fundamentales en muchos casos requiere de ejercicios más complejos a los que sugiere un simple silogismo judicial³⁶, por lo que la aplicación del derecho no puede quedar confiada a los puristas de la lógica, como ya alguna vez lo ha hecho notar Atienza.

Pero la cuestión más importante que se puede objetar a la tesis de Toller, es que el conflictivismo de los derechos surge precisamente porque en un mismo caso concreto dos derechos entran en liza y la aceptación de uno conduce necesariamente a cerrar el paso del otro, siendo ambos derechos perfectamente válidos.³⁷

Como ya lo hicimos antes, traduzcamos esta línea de crítica en un ejemplo³⁸: supongamos que un sujeto menor de edad se encuentra gravemente enfermo y para salvarle la vida es necesario realizarle una transfusión sanguínea, pero en virtud de la creencia religiosa de los padres, estos se niegan a dar su consentimiento. La situación es crítica, por lo cual los médicos del menor deciden llevar el caso a los tribunales; en este supuesto es evidente la tensión entre el derecho a la salud y la vida, por un lado, y la libertad de credo, por el otro. Ambos derechos son plenamente aplicables en este supuesto, pues no puede decirse que la creencia de los padres excluya el derecho a la salud, ni que el tratamiento médico pueda desconocer el contexto religioso de los padres y del propio menor. Lo cierto es que un ejemplo así, parece no tener otra respuesta que la que aporta la argumentación constitucional del principio de proporcionalidad a través de la ponderación de los derechos implicados. Si esto es así, la resolución del caso escapa al menos en un primer momento³⁹, a la aplicación del principio de no contradicción, lo cual resta gran parte de la fuerza persuasiva original de la tesis enunciada por Toller.

El constitucionalismo de las reglas podría argumentar que el recurso a la ponderación para resolver un caso como el del ejemplo planteado, implica desconocer que en ciertos supuestos existen principios que se comportan como reglas y que tienen una preferencia incondicionada, como podría ser el derecho a la vida o a la dignidad personal —como lo dice el profesor Muñoz Delgado—. ⁴⁰ Sin embargo, el constitucionalismo de los principios aún podría señalar que la

36 Al respecto confróntese el libro de Atienza Rodríguez, Manuel, *El derecho como argumentación*, 2ª ed., México, Fontamara, 2009, pp. 67-131.

37 Rodríguez Durón, Everardo, *op.cit.*, p. 214.

38 En este caso sacado de la jurisprudencia de la Corte Constitucional de Colombia.

39 Decimos que en un primer momento, porque en la sentencia judicial la última operación será siempre un silogismo, lo que no excluye la necesidad de que en el *iter* argumentativo del fallo se recurra a operaciones distintas a las de la lógica, como lo demuestra la moderna teoría estándar de la argumentación. Al respecto, Atienza Rodríguez, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2012, en donde se abordan las diferentes concepciones sobre la argumentación jurídica.

40 . Al respecto puede verse el trabajo de Ferrajoli, Luigi, *op.cit.*, p. 37, y García Figueroa, Alfonso, *op.cit.*, p. 201.

consagración de estos derechos es tan amplia que impide conocer *a priori* todos los supuestos en los que pueden tener aplicación o entrar en conflicto estos principios con otros derechos; o lo que es más, la entidad de la afectación del derecho a la vida o a la libertad religiosa puede variar dependiendo del caso concreto, lo que impide descartar la posibilidad de que un caso distinto en el que ambos “principios” se vieran implicados, pudiera ser resuelto en la misma forma, si, por ejemplo, la afectación a la libertad religiosa fuera más intensa en contraposición a un menoscabo leve al derecho a la vida⁴¹, pues como afirma García Figueroa, clausurar algunas manifestaciones de un principio no implica, desde luego, desconocer el derecho en sí.⁴²

2. La visión conflictivista de los derechos

Si nos hemos apartado de la postura que sustenta la imposibilidad lógica de los conflictos entre derechos, entonces la noción del conflicto, como lo señala Susanna Pozzolo, es un dato necesario al operar con los textos constitucionales contemporáneos. Podríamos decir, incluso, que frente a la colisión entre derechos, el destinatario de estos tiene lo que podríamos llamar “un derecho a la ponderación”; es decir, el derecho a que se determine judicialmente cuál de los derechos en liza debe prevalecer en el caso concreto, o bien a que se precise racionalmente, por vía de interpretación constitucional, la relación de precedencia condicionada que debe prevalecer en el caso concreto.⁴³

Lo cierto es que la ponderación o el balanceo de derechos es una consecuencia necesaria de la propia estructura principal de estos. A decir de Bernal Pulido:

Los principios son normas, pero no normas dotadas de una estructura condicional hipotética con un supuesto de hecho y una sanción bien determinados. Más bien, los principios son mandatos de optimización que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, de acuerdo con las posibilidades jurídicas y fácticas que juegan en sentido contrario. Los derechos fundamentales son el ejemplo más claro de principios que tenemos en el ordenamiento jurídico.⁴⁴

En esta tesitura, la teoría de los principios tiene ante sí un reto importante por resolver, pues en primer término debe encontrar la forma de asegurar que la ponderación sea un procedimiento racional de aplicación del derecho y, sobre todo, cómo garantizar la fuerza normativa de los derechos fundamentales aun en los casos de colisión.

41 . Rodríguez Durón, Everardo, *op.cit.*, p. 194.

42 . *Ibidem*, p. 194.

43 Tal vez precisamente por eso Toller sostiene que las tesis de la ponderación y de la jerarquía de los derechos suponen que antes del pronunciamiento judicial las partes en conflicto “tienen” y “no tienen” un derecho, pues será precisamente el fallo judicial el que determinará cuál de los dos derechos debe prevalecer. Al respecto véase Toller, Fernando, *op.cit.*, p. 531.

44 Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como instrumento para interpretar los derechos fundamentales”, en Flores Saldaña, Antonio (coordinador), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch-Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, 2013, p. 93.

IV. LA INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL COMO CRITERIO DE SOLUCIÓN AL DILEMA DEL CONFLICTO ENTRE DERECHOS

Señalamos al principio del apartado anterior que la posibilidad de colisiones entre derechos fundamentales es un acontecimiento natural de los sistemas constitucionales que poseen normas de principio. Por ello la dogmática constitucional ha ideado dos mecanismos para resolver los problemas derivados de las colisiones entre principios, a saber: la jerarquización de derechos y la ponderación.

El primer método que ha tenido una afortunada existencia en la jurisprudencia anglosajona presenta algunas deficiencias cuando intenta aplicarse a sistemas constitucionales como el mexicano, donde la ley fundamental no establece una jerarquía expresa entre derechos fundamentales; por lo cual la decisión de preferir un derecho sobre otro implicado, dependería en gran parte de la discrecionalidad judicial. Aquí la objeción que formula el constitucionalismo de las reglas, parece que toma un nuevo impulso difícil de contener.

Sin embargo, aún queda la opción de resolver este tipo de colisiones a través de la técnica de la ponderación, que ha sido un argumento común en la historia de los pronunciamientos del Tribunal Constitucional alemán —y en general de diversos países de Europa y Latinoamérica, como es el caso de España y Colombia— cuyo principal exponente es sin duda el profesor Robert Alexy.⁴⁵

1. El principio de proporcionalidad y sus tres subespecies de análisis

La técnica de la ponderación es un ejercicio argumentativo que constituye el último parámetro de análisis para determinar la proporcionalidad o razonabilidad de una medida restrictiva de los derechos fundamentales; por eso se ha dicho que el examen de proporcionalidad, al que recurre frecuentemente la justicia constitucional para dirimir los casos que son llevados a su conocimiento, parte de “un análisis complejo y secuencial”.⁴⁶ Esto es acertado pues para superar el test de proporcionalidad, la medida restrictiva de derechos debe superar tres juicios distintos: primero debe acreditarse que es idónea, luego necesaria y finalmente proporcionada en sentido estricto, lo cual nos posiciona de plano en el terreno de la ponderación.⁴⁷

La doctrina discute si los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto son parte integrante del principio de proporcionalidad en sentido amplio, o si por el contrario se trata de una simple yuxtaposición de principios diversos e inconexos. Contra esta postura, parece tener razón Prieto Sanchís en el sentido de que la ponderación —y en sí el principio de proporcionalidad— ha sido objeto de una construcción y un análisis jurisprudencial

45 Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, op.cit., pp. 117-149.

46 Al respecto véase el capítulo tercero de la investigación de Jiménez González, Claudia, *Una criatura de la fatalidad: el derecho penal del enemigo*, tesis profesional, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2014, p. 132.

47 Prieto Sanchís, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México, Ubijus, 2014, p. 123.

y académico bastante cuidadoso.⁴⁸ En esencia, podemos decir que:

...cada uno de estos tres criterios representan un aspecto esencial de la proporcionalidad, tanto que en su conjunto determinan si una medida del poder público afecta legítimamente un derecho fundamental o no; pues basta con que se repruebe –por así decirlo– el examen de alguno de estos tres subprincipios para que se estime la medida como desproporcionada y, consecuentemente, ilegítima e inconstitucional.⁴⁹

Así las cosas, por medio del análisis de idoneidad se determina si la medida que limita un derecho fundamental persigue un fin constitucionalmente legítimo y en segundo lugar, que sea prácticamente útil para lograr el fin que se propone.⁵⁰ Cuando se realiza el análisis de adecuación siempre debe realizarse un estudio de carácter teleológico que tenga como punto de llegada la consecución de alguna de las finalidades propias del Estado constitucional; pero además el examen de idoneidad debe ser particularmente meticuloso en la medida en que debe respetarse la libertad configurativa del legislador, pues en todo caso, la argumentación deberá ser suficiente para demostrar que la finalidad querida por el legislador es contraria al orden constitucional.

La necesidad implica que la medida restrictiva de un derecho fundamental debe cumplir dos requisitos esenciales, en primer lugar, que de entre todas las opciones posibles, la elegida sea la menos gravosa para el derecho afectado y, en segundo lugar, que no exista otra medida para satisfacer el fin que se persigue, bien porque resulta la más apta o porque las existentes implican un sacrificio mayor para el derecho de que se trata.⁵¹

Finalmente, la proporcionalidad en sentido estricto, implica como bien refiere Everardo Rodríguez, siguiendo a Víctor Manuel Roja Amandi, un ejercicio de ponderación propiamente dicho entre los bienes constitucionales en conflicto, para determinar si el beneficio obtenido con el menoscabo del derecho fundamental es mayor que la intensidad con la que se interviene en el ámbito del derecho de que se trata.⁵² Por ello nos parece que el juicio de ponderación es el nudo del examen de proporcionalidad, pues implica un análisis sobre los costes que conlleva la salvaguarda de un derecho contra la derrotabilidad del principio que postula un derecho diferente.⁵³

Como se ha visto, la ponderación es el medio para aplicar los principios y resolver las

48 *Ibidem*, p. 127.

49 Jiménez González, Claudia, *op.cit.*, p. 133.

50 Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007, p. 430.

51 Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, IJ/UNAM, 2007, p. 45.

52 Rojas Amandi, Víctor Manuel, *Ronald Dworkin y los principios generales del derecho*, México, Porrúa, 2008, p. 34.

53 Larenz, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Manuel Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001, p. 465.

colisiones que pueden presentarse entre ellos.⁵⁴ Bernal Pulido señala que la palabra “ponderación” deriva del término latino *pondus* que significa peso. Por tanto, la ponderación implica una actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto a fin de determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por lo tanto, cuál de ellos determina la solución del caso.⁵⁵

En este sentido, existe una colisión de principios siempre que en un caso concreto son relevantes dos o más disposiciones jurídicas que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser propuestas como soluciones para el caso.⁵⁶ Como hemos dicho es Robert Alexy quien ha elaborado una estructura de la ponderación con mayor éxito.⁵⁷

Para Alexy la ley de la ponderación puede enunciarse de la siguiente forma: “Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios, tanto mayor debe ser la importancia de la satisfacción de otro”.⁵⁸ Esta ley implica que el operador jurídico, en primer lugar, debe determinar el grado de la no satisfacción o afectación de uno de los principios en liza; en segundo término, deberá determinar el grado de importancia que supone la salvaguarda del segundo de los principios implicados, para finalmente definir si la importancia de uno de los principios justifica la derrota del otro. Alexy usa para ello una escala tríadica que permite determinar la afectación en tres diferentes intensidades: leve, medio y grave.

La cuestión de cómo se relacionan estos niveles lleva al autor alemán a ocuparse de la fórmula del peso que permite determinar cuál es el grado de afectación del derecho, así como el peso específico de cada uno de los principios en pugna para determinar cuál es el que debe orientar la solución del caso concreto. Además, para Alexy es necesario atender a las cargas de la argumentación, como último paso antes de establecer la relación de precedencia condicionada entre los derechos implicados; una vez que se ha realizado esta operación, el litigio puede ser resuelto mediante la elección del principio que en el caso debe prevalecer y determina la forma en que ha de eliminarse el conflicto.

V. A GUISA DE CONCLUSIÓN: NUESTRA TOMA DE POSTURA

Aunque la ponderación es una construcción teórica bastante acabada, lo cierto es que ha recibido duras críticas, al menos en dos distintos frentes: primero porque resta fuerza vinculante a los derechos fundamentales y, después, porque confía demasiado en las bondades de la aplicación judicial del derecho, como medio para eliminar las colisiones entre principios encontrados.

54 Rodríguez Durón, Everardo, *op.cit.*, p. 137.

55 Bernal Pulido, Carlos, *La ponderación como instrumento para interpretar los derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 94.

56 *Ibidem*, p. 95.

57 Alexy Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, *op.cit.*, p. 123.

58 *Ibidem*, p. 125.

Comenzaremos por la segunda línea de crítica. Parece que la ponderación está destinada a ser un modelo de aplicación judicial del derecho, lo cual replantea las añejas discusiones sobre el papel de los jueces y la base de legitimación para que la justicia constitucional anule una determinación del ejecutivo o del legislativo, quienes tienen una legitimación democrática directa. Lo cierto es que en el Estado constitucional este acercamiento entre la jurisdicción y la política es inevitable, y en todo caso, consideramos que dadas las particularidades de los derechos fundamentales como triunfos frente a la mayoría, los tribunales son el espacio propicio para dirimir esta clase de controversias entre principios en colisión.

Por otro lado, la ponderación —y con ello entro a la segunda cuestión controvertida— aunque concibe a los derechos como normas derrotables, permite encontrar un modo de eliminación de colisiones entre normas constitucionales, colocadas en un mismo plano de jerarquía, además de que evidencia que la lógica o la subsunción no son el modelo ideal para operar con los derechos fundamentales, que se caracterizan primero por la amplitud de sus términos y, en segundo lugar, porque expresan ciertos ideales de justicia que caracterizan al ordenamiento constitucional.

Los problemas interpretativos que plantean los derechos fundamentales son mucho más complejos de los que supone la aplicación de cualquier norma secundaria, porque en la determinación del sentido y alcance de alguna disposición constitucional se afirma o se menoscaba, de acuerdo con la elección, el modelo ideal de Estado que el Constituyente consideró como deseable al momento de expedir su obra. Aquí la ponderación y las virtudes del constitucionalismo principialista parecen incrementarse.

Para evidenciar este punto quiero ocuparme de un caso recientemente estudiado en mi tesis profesional, relativo a las complicaciones axiológicas y jurídicas de la constitucionalización del derecho penal del enemigo, como un caso de franca contradicción de estas normas constitucionales de excepción con los valores que inspiran el resto del ordenamiento constitucional de los Estados democráticos.⁵⁹

En particular sostengo que la cuestión el derecho penal del enemigo —aun cuando se ubique en la Constitución— resulta contrario a una especie de núcleo duro de la Ley Fundamental, al menos por dos cuestiones: en primer lugar porque resulta opuesto a las reglas del derecho internacional y en segundo término porque esta clase de normas penales vulneran el principio de proporcionalidad.⁶⁰ Especialmente debemos detenernos en la segunda línea argumental, pues la fuente de demostración de su criterio le permite demostrar que el derecho penal del enemigo es abiertamente contrario a las exigencias del Estado constitucional, en la medida en que la afectación a los derechos que impone es sensiblemente mayor a los beneficios que genera.

Para ello es menester recurrir a un análisis ponderativo que, de acuerdo con el modelo

59 Jiménez González, Claudia, *Una criatura de la fatalidad: el derecho penal del enemigo*, tesis profesional, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2014, pp. 118-148. En donde la autora hace un análisis de proporcionalidad sobre el derecho penal del enemigo, siguiendo expresamente la metodología de Robert Alexy.

60 . *Ibidem*, pp. 115-178.

teórico planteado en su estudio, le permite resolver el problema de la llamada constitucionalización del derecho penal del enemigo; —es decir, cuando estas normas forman parte de la misma Constitución— en sentido acorde con las coordenadas del principio de proporcionalidad. En esencia, parece que el ejercicio hermenéutico propuesto, aplicado en su caso al ámbito penal, nos permite reconocer a la ponderación como el medio ideal para zanjar los distintos y complejos problemas que conlleva la operación con las normas constitucionales fuertemente cargadas de valores e incluso resolver los problemas derivados de ciertas clases de antinomias axiológicas que pueden presentarse dentro de los propios textos constitucionales, de lo cual parece que no puede dar cuenta un modelo teórico que desconozca a la ponderación como medio para eliminar los conflictos entre derechos fundamentales. Con lo cual queda reducida, creemos, la fuerza persuasiva de las críticas que se han dirigido a la teoría de la ponderación y de los derechos fundamentales como principios.

VI. FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

- ALEXY, Robert, “Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad”. En: CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, IJ/UNAM-Trotta, 2010.
- “En defensa de la fórmula de Radbruch”. En: Vigo, Rodolfo Luis, *La injusticia extrema no es derecho. De Radbruch a Alexy*, 3ª ed., México, Fontamara, 2006.
- *El concepto y la validez del derecho*, traducción de Jorge M. Seña, 4ª ed., Barcelona, Gedisa, 2011.
- *Teoría de los derechos fundamentales*, traducción de Carlos Bernal Pulido, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2012.
- ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2012.
- *El derecho como argumentación*, 2ª ed., México, Fontamara, 2009.
- BERNAL PULIDO, Carlos, “La ponderación como instrumento para interpretar los derechos fundamentales”. En: FLORES SALDAÑA, Antonio (coordinador), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch-Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, 2013.
- *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, 2ª ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2007.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *¿Una nueva ley de amparo o la renovación de la vigente?*, México, Porrúa, 2001.
- CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro, *La reforma constitucional de derechos humanos. Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-IJ/UNAM, 2012.
- CORONADO, Mariano, *Elementos de derecho constitucional mexicano*, 3ª ed., México, Librería de Ch. Bouret, 1906.

- FERRAJOLI, Luigi, “Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”. En: DOXA. Cuadernos de filosofía del derecho, Núm. 34, Universidad de Alicante, 2011.
- FIX ZAMUDIO, Héctor, *Introducción al derecho procesal constitucional*, Santiago de Querétaro, Fundación Universitaria de Derecho Administración y Política y Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2002.
- y FERRER MAC-GREGOR, Eduardo, *Derecho de amparo*, México, Porrúa-IIJ/UNAM, 2011.
- GARCÍA DE ENTERRÍA, Eduardo, *La constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4ª ed., Madrid, Thomson-Civitas, 2006.
- GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “¿Hacen los jueces justicia? Sobre Principios y reglas. En: GASCÓN ABELLÁN, Marina (coordinadora), *Argumentación jurídica*, México, Tirant lo Blanch, 2015.
- GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción a la lógica jurídica*, México, Colofón, 2009.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio y MORALES SÁNCHEZ, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, 2ª ed., México, Porrúa-IIJ/UNAM, 2012.
- GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “Para ir terminando”, en ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *El derecho como argumentación*, 2ª ed., México, Fontamara, 2009.
- GUASTINI, Ricardo, *Estudios de teoría constitucional*, 2ª ed., México, Fontamara, 2007.
- JIMÉNEZ GONZÁLEZ, Claudia, *Una criatura de la fatalidad: el derecho penal del enemigo*, tesis profesional, Universidad Autónoma de Aguascalientes, 2014.
- KELSEN, Hans, *Teoría general de las normas*, traducción de Hugo Carlos Delory Jacobs, México, Trillas, 2010.
- *Teoría pura del derecho. Introducción a la ciencia del derecho*, traducción de Moisés Nilve, 3ª ed., México, Ediciones Coyoacán, 2012.
- LARENZ, Karl, *Metodología de la ciencia del derecho*, trad. Manuel Rodríguez Molinero, 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001.
- NINO, Carlos Santiago, *Derecho, moral y política*, 2ª edición, Buenos Aires, Siglo XXI, 2014.
- POZZOLO, Susanna, “Reflexiones sobre la concepción neoconstitucionalista de la constitución”, en CARBONELL, Miguel y GARCÍA JARAMILLO, Leonardo, *El canon neoconstitucional*, Madrid, IIJ/UNAM-Trotta, 2010.
- PRIETO SANCHÍS, Luis, *Neoconstitucionalismo, principios y ponderación*, México, Ubijus, 2014.
- RADBRUCH, Gustav, *Introducción a la filosofía del derecho*, traducción de Wenceslao Roces, 11ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2013.
- RAMÍREZ GARCÍA, Hugo Saúl, y PALLARES YABUR, Pedro de Jesús, *Derechos humanos*, México, Oxford University Press, 2011.
- RAMÍREZ MARTÍNEZ, Francisco, *Apuntes de derechos fundamentales*, Aguascalientes, Epiqueia,

2014.

ROJAS AMANDI, Víctor Manuel, *Ronald Dworkin y los principios generales del derecho*, México, Porrúa, 2008.

SALAZAR UGARTE, Pedro, *La democracia constitucional. Una radiografía teórica*, 3ª ed., México, Fondo de Cultura Económica, 2010.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, IIJ/UNAM, 2007.

TOLLER, Fernando M., “La imposibilidad de las colisiones entre derechos: aplicaciones del principio de no contradicción a la hermenéutica constitucional”. En: FLORES SALDAÑA, Antonio (coordinador), *Interpretación y ponderación de los derechos fundamentales en el Estado constitucional*, México, Tirant lo Blanch-Universidad Panamericana, Campus Guadalajara, 2013.

VIGO, Rodolfo Luis, *De la ley al derecho*, México, Porrúa, 2003.

ZALDÍVAR LELO DE LARREA, Arturo Fernando, *Hacia una nueva ley de amparo*, 3ª ed., México, Porrúa-IIJ/UNAM, 2010.

Tesis de Grado

RODRÍGUEZ DURÓN, Everardo, *El control constitucional ante el desafío democrático*, tesis para obtener el grado de Maestro por la Universidad de Guanajuato, 19 de junio de 2017.

LOS DERECHOS HUMANOS DE LAS VÍCTIMAS EN EL PROCESO ORAL

Title: Human Rights Of The Victims In The Oral Process

Gilberto Antonio GARCÍA MANZO* *

SUMARIO: *Introducción. I. Definición de víctima. II. Reformas constitucionales de 2008 y 2011. III. Derechos humanos reconocidos en nuestro sistema legal mexicano. IV. Retos del sistema mexicano actual para el tema de la victimización y la desvictimización. V. Conclusión. VI. Fuentes de información.*

RESUMEN: El presente artículo se centrará en el estudio de los derechos humanos de las víctimas, pues se ha podido ver en años recientes que se ha empezado abundar en el tema, pues antes el derecho se centraba más en el criminal; es decir, los factores que llevaron al criminal a realizar dicha acción, y no en las personas más vulnerables del proceso penal; las víctimas y los derechos que ellos tienen.

Palabras clave: Derechos humanos, México, Víctimas, Criminales, Constitución, proceso oral, derecho penal, derecho constitucional.

ABSTRACT: *This article will focus on the study of human rights of victims, as has been seen in recent years, that has begun to elaborate on the subject, since before the right was more focused on the criminal; that is, the factors that led the criminal to perform that action, and not in the most vulnerable of criminal proceedings; victims and rights they have.*

Keywords: *Human rights, Mexico, Victims, Criminals, Constitution, oral proceedings, criminal law, constitutional law.*

INTRODUCCIÓN

Considero importante hacer un estudio minucioso acerca del tema de las víctimas de los delitos, de las víctimas en el proceso acusatorio u oral, y de plantear una reflexión acerca de esta tema tan importante y vital para el sistema jurídico mexicano, así como para el sistema de los derechos humanos ya reconocidos en nuestro país a través de diversos cuerpos legales, siendo la Constitución Política de nuestro país, la más importante, aunque con la reforma del 10 de Junio de 2011, también se reconocen principios internacionales en materia de derechos humanos, tales como el

* Licenciado en Derecho por la Universidad de Guanajuato y postulante a la obtención de grado de Maestro en Ciencias Jurídico Penales de la misma institución.

de conformidad, o el de pro-persona, estipulado en el primer artículo, el cual me permito citar:

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...².

De esta forma nuestro país entró en una nueva era, en la cual reconoce los derechos que toda persona posee por el simple hecho de serlo.

Asimismo, y gracias a los casos trascendentales en que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, ha pronunciado sentencia en contra del Estado mexicano sobre víctimas en contra de las cuales se cometió un grave delito y en contra de las víctimas indirectas como la familia, es que se dio esta gran reforma en materia de los derechos humanos; para solo puntualizar mencionaré los casos en que la Corte ha tenido que ver con asuntos en materia de derechos humanos de las víctimas en el Estado mexicano, las cuales son:

- Caso Martín del Campo Dodd. (2004) (Sentencia: Expediente archivado sin sentencia).
- Caso Castañeda Gutman. (Sentencia: agosto de 2008).
- Caso Radilla Pacheco. (Sentencia: noviembre de 2009).
- Caso González y otros –campo algodoner–. (Sentencia: noviembre de 2009).
- Caso Fernández Ortega. (2010).
- Caso Rosendo Cantú. (Sentencia: octubre de 2010).

No obstante, anterior a la reforma en materia de los derechos humanos, se dio otra gran reforma en junio del 2008, cuando se modificaron 0 diez artículos de la Constitución, lo cual trajo grandes cambios en estas áreas: delincuencia organizada, procesos penales, seguridad pública, readaptación social, defensoría pública, ejecución de sanciones, investigación policial, la introducción de un sistema acusatorio u oral, a partir del que cambiará todo el sistema penal en México, y el tema del presente trabajo, que es el victimal. Aunque esta reforma aborda en el artículo 20 de la Constitución, Apartado “C”, el tema de las víctimas, no se ha tratado como debería ser, pues si bien es cierto en México siempre se ha tratado el tema de la teoría del delito, el de las razones que llevaron a una persona a cometer un delito, una conducta contraria a la moral que sabe que es sancionada con una pena, creo que se ha descuidado a la persona que más sufre en

2 CPEUM, artículo 1º, Diario Oficial de la Federación, visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

este proceso, y esa es la víctima, Hasta el momento se han hecho intentos para que esto no pase desapercibido, a esto me refiero con las leyes promulgadas de manera general para todo el país y de manera particular en cada Estado, como la Ley General de Víctimas (LGV), la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 20 apartado “C”, el Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP) y de manera particular la Ley de Atención y Apoyo a la Víctima y Ofendido del Delito en el Estado de Guanajuato, así como algunos tratados internacionales, de los cuales el Estado mexicano es parte.

Me permitiré analizar de forma sistemática el tema, comenzando con el concepto de la víctima según la doctrina y según la ley vigente en México, para después pasar a las reformas efectuadas en materia de víctimas y derechos humanos, así como dar un listado de leyes vigentes o cuerpos normativos donde aparecen la víctima y los derechos que deben de estar con ellos, para después observar cómo las autoridades deben tratar a estas víctimas, entre otros temas relacionados con el objeto de estudio.

I. DEFINICIÓN DE VÍCTIMA

Dentro de este primer apartado me permitiré exponer algunos conceptos y definiciones que famosos tratadistas han dado sobre el concepto de “víctima”:

- Diccionario de la Real Academia Española. “Víctima. (Del. lat. *víctima*) f. persona o animal sacrificado o destinado al sacrificio. // 2. fig. Persona que se expone u ofrece a un grave riesgo en obsequio de otra /// 3. fig. Persona que padece daño por culpa ajena o por causa fortuita”³.
- Para Francesco Carnelutti víctima es “la persona cuyo interés ha sido lesionado por el delito”⁴.
- Para Marco Antonio Díaz de León define a la víctima como “la persona que sufre los efectos del delito. Quien padece el daño por culpa ajena o por caso fortuito”⁵.

Asimismo, dentro de las legislaciones o cuerpos normativos se puntualiza lo siguiente:

- Declaración sobre los principios fundamentales de justicia para las víctimas de delitos y del abuso de poder, de la Asamblea General de las Naciones Unidas. En su artículo 1º define “1. Se entenderá por “víctimas”, las personas que, individual o colectivamente, hayan sufrido daños, incluidos lesiones físicas o mentales, sufrimiento emocional,

3 Real Academia Española, *Diccionario de la lengua española*, visible en: <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=0MNteghEED66xOC9Cf>.

4 Colón Morán, José, “Los derechos humanos de las víctimas del delito”, *En: Revista Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México*, visible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/19/pr/pr28.pdf>.

5 Díaz de León, Marco Antonio. *Diccionario de derecho penal*. Tomo II, México, Porrúa. .2000, pp. 157.

pérdida financiera o menoscabo substancial de sus derechos fundamentales, como consecuencia de acciones u omisiones que violen la legislación penal vigente en los Estados Miembros, incluida la que proscribe el abuso de poder⁶.

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁷. Incluye a las víctimas en sus artículos 16, 19, 20 de acuerdo a lo siguiente:

- a). En el artículo 16, apartado 14, cita:

Los Poderes Judiciales contarán con jueces de control que resolverán, en forma inmediata, y por cualquier medio, las solicitudes de medidas cautelares, providencias precautorias y técnicas de investigación de la autoridad, que requieran control judicial, **garantizando los derechos de los indiciados y de las víctimas u ofendidos**. Deberá existir un registro fehaciente de todas las comunicaciones entre jueces y Ministerio Público y demás autoridades competentes.

- b). En el artículo 19, segundo apartado, cita:

El Ministerio Público sólo podrá solicitar al juez la prisión preventiva cuando otras medidas cautelares no sean suficientes para garantizar la comparecencia del imputado en el juicio, el desarrollo de la investigación, **la protección de la víctima**, de los testigos o de la comunidad, así como cuando el imputado esté siendo procesado o haya sido sentenciado previamente por la comisión de un delito doloso. El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

- c). En el artículo 20, inciso B), dentro de los derechos del imputado, apartado V, cita:

Será juzgado en audiencia pública por un juez o tribunal. La publicidad sólo podrá restringirse en los casos de excepción que determine la ley, por razones de seguridad nacional, seguridad

6 Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, artículo 1º, visible en: <http://www2.ohchr.org/spanish/law/delitos.htm>.

7 CPEUM, artículo 16, 19 y 20, Diario Oficial de la Federación, visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/htm/1.htm>.

pública, **protección de las víctimas**, testigos y menores, cuando se ponga en riesgo la revelación de datos legalmente protegidos, o cuando el tribunal estime que existen razones fundadas para justificarlo.

- d). En el artículo 20, inciso C) dentro de los Derechos de las víctimas, cita siete fracciones con tales derechos.
- Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP)⁸, en su artículo 108 define a las víctimas de la siguiente manera:

Artículo 108. Víctima u ofendido. Para los efectos de este Código, se considera víctima del delito al sujeto pasivo que resiente directamente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva. Asimismo, se considerará ofendido a la persona física o moral titular del bien jurídico lesionado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en la ley penal como delito. En los delitos cuya consecuencia fuera la muerte de la víctima o en el caso en que ésta no pudiera ejercer personalmente los derechos que este Código le otorga, se considerarán como ofendidos, en el siguiente orden, el o la cónyuge, la concubina o concubinario, el conviviente, los parientes por consanguinidad en la línea recta ascendente o descendente sin limitación de grado, por afinidad y civil, o cualquier otra persona que tenga relación afectiva con la víctima. La víctima u ofendido, en términos de la Constitución y demás ordenamientos aplicables, tendrá todos los derechos y prerrogativas que en éstas se le reconocen.

- Ley General de Víctimas (LGV)⁹ en su artículo 4º, las define como:

Artículo 4. Se denominarán víctimas directas aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea Parte. Son víctimas indirectas los familiares o aquellas personas físicas a cargo de la víctima directa que tengan una relación inmediata con ella. Son víctimas potenciales las personas físicas cuya integridad físico o derechos peligren por prestar asistencia a la víctima ya sea por impedir o detener la

8 Código Nacional de Procedimientos Penales, artículo 108, Diario Oficial de la Federación, visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>.

9 Ley General de Víctimas, artículo 4º, Diario Oficial de la Federación, visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>.

violación de derechos o la comisión de un delito. La calidad de víctimas se adquiere con la acreditación del daño o menoscabo de los derechos en los términos establecidos en la presente Ley, con independencia de que se identifique, aprehenda, o condene al responsable del daño o de que la víctima participe en algún procedimiento judicial o administrativo. Son víctimas los grupos, comunidades u organizaciones sociales que hubieran sido afectadas en sus derechos, intereses o bienes jurídicos colectivos como resultado de la comisión de un delito o la violación de derechos.

- Ley de Atención y Apoyo a la Víctima y al Ofendido del Delito en el Estado de Guanajuato¹⁰, por su parte las define en su artículo 3º:

Artículo 3. Se entiende por víctima a la persona que haya sufrido daños en su integridad física o mental, en su patrimonio o cuando sus derechos humanos se vean afectados sustancialmente, como consecuencia de conductas susceptibles de ser tipificadas como delito. También se consideran víctimas a los familiares o personas que tengan dependencia directa con el ofendido del delito y se vean afectadas por las consecuencias inmediatas de dichas conductas.

Ahora bien, y después de estas definiciones tomaré como base la que enuncia la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas (ONU) en su resolución 40/34, de 29 de noviembre de 1985, la cual define que “víctima es toda aquella persona o grupo de personas, que sufrieron daños, lesiones o un menoscabo en sus derechos humanos como consecuencia de un delito”.

II. REFORMAS CONSTITUCIONALES DE 2008 Y 2011

En el mismo sentido me permitiré explicar las reformas que desde mi punto de vista han sido más significantes en nuestro país, pues han marcado un paradigma de conocimiento, en lo que se refiere a la antigua práctica del sistema penal y la integración de los derechos humanos como fundamento para que se observe un estado de legalidad y derecho, apegado a los lineamientos internacionales de respetar los derechos humanos de las víctimas.

Comenzando con la significativa *reforma de junio del 2008*, cuya piedra angular fue el tránsito al sistema inquisitivo o mixto, para dar lugar al nuevo sistema de justicia penal o sistema acusatorio o adversarial, en que implica la realización de juicios orales, para dar una mayor publicidad y celeridad, al proceso penal y así se pueda acabar con la impunidad en los malos procesos y llegar

10 Ley de Atención y Apoyo a la Víctima y al Ofendido del Delito en el Estado de Guanajuato, artículo 3º, Diario Oficial de la Federación, visible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Provincia/1LEGISLACIÓN/2Estatal/Guanajuato/Guanajuato_Ley_Victimas.pdf.

a la tan anhelada justicia. Pero como mencioné en líneas anteriores, esta reforma no solo trajo consigo la integración de un más eficaz sistema penal en México, sino que también trae consigo los derechos de las víctimas, que desde mi humilde punto de vista, el legislador ni los encargados de procurar o hacer justicia se han preocupado demasiado por el tema.

Dentro de la presente reforma se integró en el artículo 20 de la Constitución, apartado “C”, los derechos de las víctimas, una nueva fracción VII, que otorga a las víctimas un nuevo derecho, que es el derecho a impugnar ante la autoridad judicial (juez) las omisiones del ministerio público en la investigación del delito, así como las resoluciones que emita este, y si no están cubiertas las reparaciones del daño; otro derecho incorporado fue el de la privacidad a las víctimas del delito, en síntesis los artículos reformados en esa ocasión fueron los siguientes: 16, 17, 18, 19, 20, 21, 22, 73, 115, 123.¹¹

Ahora bien la reforma del 6 de junio del 2011, hace alusión fundamentalmente al juicio de amparo, que es la institución protectora de los derechos fundamentales por excelencia de todo el derecho en general, pues se amplía la procedencia del amparo respecto de cualquier norma general, y en los casos de violaciones a los derechos humanos plasmados en la Constitución mexicana y en tratados internacionales de los que México sea parte. Es aquí donde se adquieren las figuras del amparo adhesivo, se contempla la violación de autoridades por omisión, la creación de los plenos de circuito, los intereses colectivos e individuales, etc. Asimismo en la posterior reforma del 10 de junio se incorporan los derechos humanos a nivel general, algo que pareciera insignificante pero es trascendental; el concepto de los derechos humanos a lo largo de la Constitución, empezando con el cambio de Título Primero llamado “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, y con sus modificaciones a los artículos 1º, 3º, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102, y 105.¹² Esta reforma que va ligada íntimamente con la del 6 de junio, evidencia el reconocimiento a los derechos humanos e incorpora figuras como el principio *pro persona* como interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que favorezcan y brinden mayor protección a las personas.

III. DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS EN NUESTRO SISTEMA LEGAL MEXICANO

De la misma manera, abordo el tema de los derechos humanos reconocidos por los cuerpos legales en México, y desprendiendo de lo hablado en líneas anteriores obtengo que los derechos reconocidos para la víctima, son los siguientes:

Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos:

Derecho de recibir asesoría jurídica.

11 Cámara de Diputados, LXIII legislatura, Reformas constitucionales en orden cronológico, Diario Oficial de la Federación, visible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm.

12 Ídem.

Este derecho está inmerso en la fracción I del apartado “C” del artículo 20, pues así como el inculpado desde la averiguación previa tiene derecho a asistencia jurídica y legal, sea particular o de oficio, la víctima debe contar con el ministerio público, no como un mero asesor sino como un verdadero asistente legal, que le ilustre, le aconseje y le patrocine gratuitamente.

Derecho a la reparación del daño.

Este derecho está inmerso en la fracción IV, del apartado “C” del artículo 20, pues a la víctima del delito le asiste el derecho de que el daño que sufra con motivo de la comisión de delitos le sea reparado.

Derecho de coadyuvar con el ministerio público.

Este derecho está inmerso en la fracción II del apartado “C” del artículo 20. Mediante este derecho, el ofendido o, en su caso, la víctima, tiene la facultad de participar junto con el ministerio público en la investigación de los hechos con el objeto de llegar a la consignación de la averiguación previa y, posteriormente, durante el proceso a aportar pruebas para que, además de dictarse sentencia condenatoria, se imponga la sanción sobre la reparación de daños. Al respecto me permito citar el planteamiento que hace el doctor García Ramírez en el sentido de que, “*para lograr una condena respecto a la reparación del daño, es necesario que previamente se hayan justificado los elementos del tipo penal y la responsabilidad penal del acusado y, por tanto, es dable que también le asista a la víctima el derecho de aportar pruebas sobre esos puntos*”¹³.

Derecho a la prestación médica de urgencia.

Este derecho está en la fracción III del apartado “C” del artículo 20. Este es un derecho que, sin duda, no solo es inherente al ofendido, sino a todo habitante del pueblo mexicano; posiblemente hubiera sido más adecuado el uso del término “necesaria” y no “de urgencia”, porque de esta manera se comprende algún otro servicio médico importante como pudiera ser la asistencia médica en abortos derivados de violaciones, tratamiento psicológico, etc.

Derecho a la privacidad.

Tale derecho se reconoce en la fracción V, del apartado “C” del artículo 20, en el cual se menciona que se puede interpretar en que el derecho a la privacidad de las víctimas no tendrá un ejercicio tan restringido dentro de la nueva justicia penal oral; por el contrario, tanto las víctimas como los testigos podrán acceder al sistema de justicia con la garantía de que su privacidad será debidamente protegida a través del resguardo de su identidad y de sus datos personales, así como de cualquier otra medida que el juez considere necesaria.

En cuanto a la Ley General de Víctimas, esta tiene un capítulo destinado a los derechos

13 García Ramírez, Sergio, “El Acceso de la víctima a la jurisdicción internacional sobre derechos humanos”. En: Revista del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos, volumen 32-33, p. 266, visible en: https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/5_2010/Doc_linea_Articulos/Accesojusticia.pdf.

de las víctimas, en su Título Segundo, artículo 7, en el cual destina 34 fracciones para enumerar estos derechos¹⁴, entre los más importantes son:

- A una investigación pronta y eficaz que lleve, en su caso, a la identificación y enjuiciamiento de los responsables de violaciones al Derecho Internacional de los derechos humanos, y a su reparación integral;
- A ser reparadas por el Estado de manera integral, adecuada, diferenciada, transformadora y efectiva por el daño o menoscabo que han sufrido en sus derechos como consecuencia de violaciones a derechos humanos y por los daños que esas violaciones les causaron;
- A conocer la verdad de lo ocurrido acerca de los hechos en que le fueron violados sus derechos humanos para lo cual la autoridad deberá informar los resultados de las investigaciones;
- A que se le brinde protección y se salvaguarde su vida y su integridad corporal, en los casos previstos en el artículo 34 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada;
- A ser tratadas con humanidad y respeto de su dignidad y sus derechos humanos por parte de los servidores públicos y, en general, por el personal de las instituciones públicas responsables del cumplimiento de esta Ley, así como por parte de los particulares que cuenten con convenios para brindar servicios a las víctimas;
- A solicitar y a recibir ayuda, asistencia y atención en forma oportuna, rápida, equitativa, gratuita y efectiva por personal especializado en atención al daño sufrido desde la comisión del hecho victimizante, con independencia del lugar en donde ella se encuentre, así como a que esa ayuda, asistencia y atención no dé lugar, en ningún caso, a una nueva afectación;
- A la verdad, a la justicia y a la reparación integral a través de recursos y procedimientos accesibles, apropiados, suficientes, rápidos y eficaces;
- A la protección del Estado, incluido el bienestar físico y psicológico y la seguridad del entorno con respeto a la dignidad y privacidad de la víctima, con independencia de que se encuentren dentro un procedimiento penal o de cualquier otra índole. Lo anterior incluye el derecho a la protección de su intimidad contra injerencias ilegítimas, así como derecho a contar con medidas de protección eficaces cuando su vida o integridad personal o libertad personal sean amenazadas o se hallen en riesgo en razón de su condición de víctima y/o del ejercicio de sus derechos;

14 Ley General de Víctimas, Diario Oficial de la Federación, visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>.

- A solicitar y a recibir información clara, precisa y accesible sobre las rutas y los medios de acceso a los procedimientos, mecanismos y medidas que se establecen en la presente Ley;
- A solicitar, acceder y recibir, en forma clara y precisa, toda la información oficial necesaria para lograr el pleno ejercicio de cada uno de sus derechos;
- A obtener en forma oportuna, rápida y efectiva todos los documentos que requiera para el ejercicio de sus derechos, entre estos, los documentos de identificación y las visas;
- A conocer el estado de los procesos judiciales y administrativos en los que tenga un interés como interviniente;
- A ser efectivamente escuchada por la autoridad respectiva cuando se encuentre presente en la audiencia, diligencia o en cualquier otra actuación y antes de que la autoridad se pronuncie;
- A ser notificada de las resoluciones relativas a las solicitudes de ingreso al Registro y de medidas de ayuda, de asistencia y reparación integral que se dicten.

IV. RETOS DEL SISTEMA MEXICANO ACTUAL PARA EL TEMA DE LA VICTIMIZACIÓN Y LA DESVICTIMIZACIÓN

Ahora bien, dentro de este último capítulo me detendré para hacer una reflexión en el ámbito de que, a mi manera de ver y observar, el actual sistema mexicano no cuenta con un correcto mecanismo, en lo que concierne a las víctimas del proceso penal, pues como se puede observar muchas veces a la persona que es víctima de un delito, es decir, de un suceso que podría llegar a ser traumante jamás se les toma en cuenta, ni se les brinda la correcta atención como personas que desgraciadamente han pasado por esta clase de sucesos.

Asimismo se advierte que a las “víctimas” no se les otorgan todos los derechos que se observaron a lo largo del presente trabajo, pues una cosa es que el legislador asuma una postura en la cual expida leyes protectoras de derechos humanos en el particular tema de las víctimas, y otra muy distinta que los operadores de justicia inmiscuidos en el proceso penal, en los cuales se pueden puntualizar las figuras de los jueces, magistrados, abogados litigantes, la defensa, el ministerio público, peritos, psicólogos, entre otros muchos que participan en el proceso penal, cumplan tales derechos y se otorgue por parte del Estado la tan anhelada “justicia”.

Es de plena consideración someter a los operadores de justicia a una nueva enseñanza acerca de cómo interactuar con una víctima, pues se debe comprender el papel de víctima en primer lugar, asumir el dolor o sufrimiento al que pudieron estar expuestos, para entonces comenzar con el proceso de “*desvictimización*”, que consiste en varios pasos sistematizados en los

cuales la persona puede dejar de sentirse víctima, recuperar su dignidad y que le sea reparado el daño causado por el criminal.

He de observar que en un plano comparativo internacional, hay varios países que llevan demasiadas ventajas en relación con Estado mexicano en el plano de la victimización, pero sobre todo en el de la “desvictimización”.

Es así que en varios países de América Latina como Colombia o en países de Europa como Francia, existen centros de “desvictimización o centros de victimo-asistencia”, en los que el Estado, es decir, los legisladores, no solo se han preocupado por entender el concepto de víctima y brindarle derechos, sino que el Estado ha destinado una parte del erario para crear estos centros donde las víctimas resultantes de tormentosos delitos, reciban ayuda psicológica, psiquiátrica, médica, o la que pudieran llegar a necesitar, en estos centros se destina gente capacitada para ayudar a las víctimas y asumen el proceso de desvictimización, que consiste de varias etapas, las cuales son: ciudadano normal, víctima de un delito, proceso de desvictimización y reinserción a la sociedad como persona nuevamente normal. Este proceso debe realizarse de manera inmediata en nuestro país, pues pienso que si el Estado mexicano empieza a destinar más atención en las víctimas y asimismo a su desvictimización, puede que en un futuro cercano disminuya la tasa de delincuencia lo cual es muy necesario, pues desgraciadamente ha resultado que en muchas ocasiones las víctimas pasan a ser delincuentes porque no fueron atendidas de la manera adecuada.

V. CONCLUSIÓN

A manera de conclusión me queda claro que en la realidad el sistema mexicano basó su definición actual de víctima en la *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y Abuso de Poder*, proveniente de la Asamblea General de la ONU, de códigos y leyes actuales, siendo que la definición oficial que da el Estado mexicano proviene de la Ley General de Víctimas (LGV) en la cual define a la víctima como:

Aquellas personas físicas que hayan sufrido algún daño o menoscabo económico, físico, mental, emocional, o en general cualquiera puesta en peligro o lesión a sus bienes jurídicos o derechos como consecuencia de la comisión de un delito o violaciones a sus derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los que el Estado mexicano sea Parte.

Asimismo me queda claro que el actual sistema mexicano tiene destinadas leyes en donde se puntualizan los derechos de las víctimas, comenzando con la piedra angular que es la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para después incluirlos en la Ley General de Víctimas (LGV), y consiguientemente se toma el tema de las víctimas en el nuevo Código Nacional de Procedimientos Penales (CNPP), para después materializar las normas de manera individual en cada Estado, por ejemplo en la Ley del Proceso Penal para el Estado de Guanajuato, (LPPEG), pero que esta dejó de ser vigente a partir de la entrada en vigor del Código Nacional del Procedimientos Penales; sin embargo, es vigente la Ley de Atención y Apoyo a la Víctima y

al Ofendido del Delito para el Estado de Guanajuato.

De igual manera, las reformas constitucionales de 2008 y 2011 han creado una pauta en el sistema y la sociedad mexicana, pues han generado un nuevo paradigma en lo que tiene que ver con la justicia penal mexicana y con el tema de los derechos humanos, gracias a que han venido a reformar todo un sistema completo de justicia, cambiando del antiguo sistema inquisitivo o mixto, para pasar al nuevo proceso penal acusatorio y adversarial, en donde ya se previene de mejor manera el cuidado a las víctimas de los delitos, y en la posterior reforma del 2011, ya se les da la categoría de los derechos humanos que todas las personas poseemos por dignidad humana.

Análogamente, los derechos que percibí en el presente trabajo en materia de las víctimas son demasiados en el plano constitucional y después pasando a la Ley General de Víctimas (LGV), como son: el derecho a recibir asesoría jurídica, derecho a la reparación del daño, derecho a coadyuvar con el ministerio público, derecho a la privacidad de datos y a la prestación médica de urgencia; igualmente, en el plano de la ley general pude observar mucho más derechos contenidos, como lo son: a una investigación pronta y eficaz, derecho a conocer la verdad de lo ocurrido acerca de los hechos, derecho a ser tratados con humanidad, respeto, dignidad y cuidar de sus derechos humanos, así como el derecho a la obtención rápida y eficaz de los documentos para ejercicio de sus derechos, etcétera.

Por tanto, el legislador no se ha quedado atrás a la hora de reconocer los derechos de toda víctima, pero ahora y después de haber realizado el presente trabajo, veo que desgraciadamente es el Estado mexicano quien se ha quedado atrás para hacer cumplir todas estas leyes tan importantes y relacionados con los derechos humanos, pues como ya puntalicé en líneas anteriores, creo que muchos de estos derechos que consagran nuestras leyes han quedado olvidados y rezagados en letra muerta, quienes deben de hacer cumplir estos derechos deberían ser los operadores de justicia, tales como los jueces, ministerios públicos, abogados, entre otros muchos que participan.

Por último quiero retomar el reto de que México ha quedado desfasado en materia de la desvictimización, pues el Estado debería empezar a crear muchos centros de victimo-asistencia para que se lleve a cabo este proceso de reinserción social.

FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

DÍAZ DE LEÓN, Marco Antonio. Diccionario de Derecho Penal, Tomo II, México, Porrúa, 2000.

Textos electrónicos

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, (CPEUM), Diario Oficial de la Federación, [en línea], visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/hm/1.htm>.

Diccionario de la real Academia Española, [en línea], visible en: <http://lema.rae.es/dpd/srv/search?id=0MNtegbEED66xOC9Cf>.

- COLÓN MORÁN, José “Los Derechos Humanos de las Víctimas del Delito”, Artículo publicado en la revista Jurídica de la Universidad Nacional Autónoma de México, [en línea], visible en: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/derhum/cont/19/pr/pr28.pdf>.
- CÁMARA DE DIPUTADOS, LXIII LEGISLATURA, Reformas constitucionales en orden cronológico, [en línea], visible en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum_crono.htm.
- DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN, Ley General de Víctimas, [en línea], visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/LGV.pdf>.
- Ley de atención y apoyo a la víctima y al ofendido del delito en el Estado de Guanajuato, [en línea], visible en: http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/Programas/Proviclima/1LEGISLACION/2Estatal/Guanajuato/Guanajuato_Ley_Victimas.pdf.
- Código Nacional de Procedimientos Penales, [en línea], visible en: <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cnpp.htm>
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “El Acceso De La Víctima A La Jurisdicción Internacional Sobre Derechos Humanos”. En: *Revista del Instituto Interamericano de los Derechos Humanos*, volumen 32-33, pág. 266, [en línea], visible en: https://www.iidh.ed.cr/multic/UserFiles/Biblioteca/IIDH/5_2010/Doc_linea_Articulos/Accessojusticia.pdf.
- NACIONES UNIDAS DERECHOS HUMANOS OFICINA DEL ALTO COMISIONADO *Declaración sobre los Principios Fundamentales de Justicia para las Víctimas de Delitos y del Abuso de Poder*, adoptada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas en su resolución 40/34 del 29 de noviembre de 1985, [en línea], visible en: <http://www.obchr.org/SP/ProfessionalInterest/Pages/VictimsOfCrimeAndAbuseOfPower.aspx>

LÍMITES A LOS PRINCIPIOS DE PROGRESIVIDAD, NO REGRESIVIDAD E IRRETROACTIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS

Limits to principles of progressivity, non-digressively and non-retroactivity of human rights

Jorge Eduardo ORTIZ GARCÍA* *

SUMARIO: *Introducción. I. Principio de irretroactividad. II. Principio de progresividad III. Principio de no regresividad. IV. Aspecto negativo de los principios de irretroactividad y progresividad. V. Conclusión. VI. Bibliografía.*

Resumen: Con la reforma constitucional en derechos humanos, se realizó un cambio completo del pensamiento jurídico en México; sin embargo, el presente texto intenta producir en el lector un análisis crítico de los aspectos de aplicación de derechos humanos en contra de la voluntad de una gran parte de la población, siendo tres los principios fundamentales que se analizan respecto a los efectos negativos: irretroactividad, progresividad y no regresividad.

Palabras claves: principios, derechos humanos, irretroactividad, progresividad, no regresividad.

Abstract: *The constitutional reform in human rights, it had made a totally change in Mexican legal; thought, all the same this wrote tries to make the lector a critically aspects about the human rights against the feel of one important part of the population, three are the fundamentals principles: progressivity, non-digressively and non-retroactivity.*

Key words: *principles, human rights, progressivity, non-digressively and non-retroactivity.*

INTRODUCCIÓN

Se registra un auge y efervescencia de los derechos humanos en México a raíz de la reforma constitucional del 10 de junio de 2011, que implica un parteaguas de cambio de normatividad en favor de los gobernados desde la creación de la Constitución. Tan cierto es que la Suprema Corte de Justicia de la Nación decidió mediante acuerdo emitido por el Pleno cambiar de época²,

* Licenciado en derecho por la Universidad Michoacana de San Nicolás de Hidalgo. Actualmente cursa la maestría en Ciencias Jurídico Penales por la Universidad de Guanajuato.

2 Cfr. Acuerdo General número 9/2011 de veintinueve de agosto de dos mil once, del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, por el que se determina el inicio de la Décima Época del Semanario Judicial de la Federación.

siendo además el cambio de ideología de las autoridades en el ámbito de sus competencias para aplicar lo más favorable para el ciudadano, realizando un trabajo más garantista, con el que se ha forjado un sentimiento sumamente positivo entre los operadores jurídicos, situación que ha impedido un análisis crítico respecto a la aplicación y los alcances de los derechos humanos tras la reforma constitucional.

Por lo que partiendo de lo señalado por Jorge Carpizo, a través de una paráfrasis se establece que los únicos límites que tienen los derechos humanos son los mismos derechos humanos³, misma idea que forja un sentido impenetrable de otros derechos mientras no se consideren lesivos para el gobernado, amén de lo establecido por el principio *pro hominem*⁴.

Para el caso particular, se analizarán dos principios fundamentales consagrados en nuestra Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en diversos tratados internacionales, que son: irretroactividad y progresividad; el primero, contemplado en el artículo 14 primer párrafo, y el segundo, en el artículo 1º en su párrafo tercero, que por su condición a primera vista resultan ser benévolos en todo ámbito, pero cuya aplicación pueden contener trasfondos turbios que pueda ser aprovechados de distintas formas, como por ejemplo retirar las pensiones vitalicias a los ex presidentes o las plazas laborales que se crean a través de compadrazgos. por citar algunos ejemplos, mismos que se analizarán a lo largo del presente trabajo.

I. PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD

El principio de irretroactividad se encuentra en nuestra Carta Magna desde que el Constituyente Permanente se encargó de crear la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en 1917, inclusive se encontraba prescrito en el artículo 14º de la Constitución de 1857, donde se centraba en la irretroactividad de las leyes pero enfocada al efecto de prohibir al legislador crear las normas.

Respecto al principio ya mencionado señala Héctor Fix-Zamudio que “en términos muy amplios se puede afirmar que un ordenamiento o su aplicación tienen carácter o efectos retroactivos cuando afectan situaciones o derechos que han surgido con apoyo en disposiciones legales anteriores, o cuando lesionan efectos posteriores de tales situaciones o derechos que están estrechamente vinculados con su fuente y no pueden apreciarse de manera independiente”.⁵

3 Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”. En: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, julio-diciembre 2011, número 25, p. 25.

4 Principio que se encuentra establecido en el artículo 1º, segundo párrafo de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y que a la letra dice: *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.*

5 Fix-Zamudio, Héctor, *Comentario al artículo 14, en Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Porrúa, 1995, p. 133.

Si bien es cierto dicho principio surge con fines de protección en materia penal, en la actualidad se puede, mejor dicho, se debe aplicar en materias sustantivas de carácter familiar o civil, dando una amplitud en el espectro protector del referido derecho, denotando la necesidad de que no solo no se en sentido negativo la irretroactividad de los gobernados, sino que sí existe un derecho adquirido se respete su protección con el fin de dar certeza y seguridad jurídica a los gobernados. En caso de que se busque la aplicación de una norma reciente para situaciones jurídicas previas no deberá aplicarse la retroactividad, debido a que causaría un perjuicio a una de las partes, produciendo un estado de inseguridad para las personas. Incluso en materia de pensiones, los Tribunales Colegiados de Circuito han emitido un criterio jurisprudencial y obligatorio en materia constitucional respecto al caso que se ha considerado como violatorio al principio de irretroactividad de la ley, mismo que a continuación se transcribe:

PENSIONES PARA LOS TRABAJADORES DEL GOBIERNO DEL ESTADO DE OAXACA. LOS ARTÍCULOS DÉCIMO PRIMERO Y DÉCIMO SEGUNDO TRANSITORIOS DE LA LEY RELATIVA, AL FIJAR A LOS JUBILADOS APORTACIONES AL FONDO DE PENSIONES EQUIVALENTES AL 6% DE SU PENSIÓN, VIOLAN EL PRINCIPIO DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.

Los artículos décimo primero y décimo segundo transitorios de la Ley de Pensiones para los Trabajadores del Gobierno del Estado de Oaxaca, publicada mediante Decreto número 885 en el Periódico Oficial local el 28 de enero de 2012, al fijar a los jubilados aportaciones al fondo de pensiones equivalentes al 6% de su pensión, afectan sus derechos adquiridos que surgieron bajo la vigencia de la abrogada Ley de Pensiones para los Empleados del Gobierno del Estado, publicada en el señalado medio de difusión el 7 de junio de 1958, en cuyo artículo 6o., establecía que el déficit que en cualquier tiempo y monto presentara dicho fondo, sería cubierto por el propio gobierno del Estado. Consecuentemente, los preceptos inicialmente citados violan el principio de irretroactividad de la ley previsto en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (...)⁶

Lo que deja en claro que en cualquier cuestión que se suscite, independientemente de la condición del solicitante de la revisión de los derechos humanos que existen y se consagran en su favor, deberán respetarse sus derechos fundamentales, tales como el principio de irretroactividad de la ley, de manera benévola, inaplicando para el caso concreto una nueva ley que le impida gozar de sus derechos adquiridos, como el goce de una pensión, las condiciones para otorgársela, la cantidad de la misma o demás circunstancias análogas en clara interpretación de la jurisprudencia antes citada que la hace obligatoria de acuerdo con la Ley de Amparo en vigor.⁷

6 Tesis: XIII.T.A. J/1 (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 2001989, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 4, P.2177, Jurisprudencia (Constitucional).

7 "Artículo 217. La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia de la Nación, funcionando en

II. PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD

El principio de progresividad, que se refiere a “...que en todas las cuestiones relativas a los derechos humanos, tales como su reconocimiento y protección, deben buscarse un constante avance o mejoramiento; y en contrasentido, apunta a la no regresividad, esto es, a que una vez que se ha alcanzado a un determinado estándar no se admitan medidas en retroceso”.⁸ Mientras que los Tribunales Colegiados de Circuito, señalan ahondando en el principio en comento que su ámbito de aplicación es en dos sentidos complementarios: “...por un lado, el reconocimiento de que la satisfacción plena de los derechos supone una cierta gradualidad; es decir, que la plena realización de los derecho no podrá lograrse completamente en un corto tiempo, al tratarse de un mecanismo necesariamente flexible, que refleja la existencia de recursos limitados y las dificultades que representa para todo país asegurar la plena realización del derecho y, por otro, el de progreso, consistente en la obligación estatal de mejorar las condiciones de goce y ejercicio del derecho. Así, la prohibición de regresividad indica que una vez logrado el avance en el disfrute de los derechos, el Estado no podrá, salvo ciertas circunstancias, disminuir el nivel alcanzado.”⁹, teniendo un principio de corte progresiva, contrario a la aplicación regresiva de derechos humanos, o como señala Roberto Gustavo Mancilla Castro: “El principio de progresividad es un principio interpretativo que establece que los derechos no pueden disminuir, por lo cual, al solo poder aumentar, progresan gradualmente. Es importante notar que la naturaleza de este principio depende del ámbito en el que esté incorporado y de la actividad para la que se aplique”¹⁰.

Incluso la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Segunda Sala, realizó en el año 2015 una interpretación histórica y la función que el principio en comento realiza en el Estado mexicano, de la siguiente manera:

PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO. El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere

Pleno o en Salas, es obligatoria para estas tratándose de la que decrete el Pleno, y además para los Plenos de Circuito, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales. La jurisprudencia que establezcan los Plenos de Circuito es obligatoria para los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, los Juzgados de Distrito, tribunales militares y judiciales del orden común de las entidades federativas y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales que se ubiquen dentro del circuito correspondiente. La jurisprudencia que establezcan los Tribunales Colegiados de Circuito es obligatoria para los órganos mencionados en el párrafo anterior, con excepción de los Plenos de Circuito y de los demás Tribunales Colegiados de Circuito. La jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

8 Silva Meza, Juan N., *Derechos humanos, Parte general*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013, p. 44.

9 Tesis VI.3o.A.16 A (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro XV, diciembre de 2012, t. 2, p. 1518. Reg. IUS. 2002364.

10 Mancilla Castro, Gustavo Roberto, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”, *En: Cuestiones Constitucionales, Revista de Derecho Constitucional* número 33, julio-diciembre 2015, p. 83.

a que, generalmente, la efectividad de los derechos humanos no se logra de manera inmediata, sino que conlleva todo un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazos. Por su parte, el progreso implica que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. En tal sentido, el principio de progresividad de los derechos humanos se relaciona no solo con la prohibición de regresividad del disfrute de los derechos fundamentales, sino también con la obligación positiva de promoverlos de manera progresiva y gradual, pues como lo señaló el Constituyente Permanente, el Estado Mexicano tiene el mandato constitucional de realizar todos los cambios y transformaciones necesarias en la estructura económica, social, política y cultural del país, de manera que se garantice que todas las personas puedan disfrutar de sus derechos humanos. Por tanto, el principio aludido exige a todas las autoridades del Estado Mexicano, en el ámbito de su competencia, incrementar el grado de tutela en la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos y también les impide, en virtud de su expresión de no regresividad, adoptar medidas que sin plena justificación constitucional disminuyan el nivel de la protección a los derechos humanos de quienes se someten al orden jurídico del Estado mexicano (...) ¹¹

Es una interpretación del máximo órgano judicial, en la que establece la necesidad y obligación de la no regresividad de los derechos fundamentales, maximizando el espectro de protección de los derechos y adoptando medidas que prohíban la disminución de la protección de derechos.

El jurista Bidart Campos al analizar respecto a las generaciones de los derechos humanos, señala: "...La situación política del hombre en el Estado ha ido ampliando la imagen y la pretensión de cómo se ambiciona que sea, y en ese punto no hay duda que el sistema de valores que presta apoyo social, cultural e histórico a los derechos humanos, registra un notable crecimiento y una dimensión muchísimo más amplia que en la época de la primera generación de derechos".¹² Con esto se forma una idea histórica del avance que han tenido los derechos humanos y la implicación que tiene el buscar siempre un progreso en ese rubro.

III. PRINCIPIO DE NO REGRESIVIDAD

Con respecto al tercero de los principios, se le ha catalogado como dependiente al principio de progresividad, pues intrínsecamente ambos dependen de sí mismos, y si bien el principio de progresividad implica que siempre se busque un avance en los derechos humanos de las personas y no aplicando lo que sea un claro retroceso para el mismo, en sentido negativo se estaría tomando

11 Tesis: 2a. CXXVII/2015 (10a.) Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Décima Época, 2010361, Segunda Sala, Libro 24, noviembre de 2015, Tomo II, p. 1298, Tesis Aislada (Constitucional).

12 Bidart Campos, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, 2da reimp., México, UNAM, 1993. P. III-2.

el principio de no regresividad, no volteando a utilizar o tomar medidas en perjuicio, cuando existía un derecho adquirido para el humano y en clara tendencia al progreso de los derechos que le asisten. Incluso los tribunales colegiados de circuito han optimizado dicho criterio unificador de ambos principios en la siguiente tesis:

PROGRESIVIDAD Y NO REGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. LOS ARTÍCULOS 478 Y 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, AL LIMITAR LA CANTIDAD DE NARCÓTICOS QUE DEBE CONSIDERARSE PARA EL ESTRICTO E INMEDIATO CONSUMO PERSONAL, NO VULNERAN DICHS PRINCIPIOS.

Del análisis de los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud, se advierte que no vulneran los principios de progresividad y no regresividad previstos en el artículo 26 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues como lo refirió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la jurisprudencia 1a./J. 73/2010, publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XXXIII, febrero de 2011, página 471, de rubro: “IGUALDAD Y DERECHO A LA SALUD. EL ARTÍCULO 479 DE LA LEY GENERAL DE SALUD, NO ES VIOLATORIO DE LOS CITADOS PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES AL LIMITAR LA CANTIDAD DE NARCÓTICOS QUE DEBE CONSIDERARSE PARA SU ESTRICTO E INMEDIATO CONSUMO PERSONAL.”, la medida adoptada por el Estado Mexicano de limitar la cantidad de narcóticos que debe considerarse como de estricto e inmediato consumo personal atiende a fines constitucionalmente válidos, consistentes en respetar un ámbito acotado de libertad conferido a los farmacodependientes, así como eficientar el combate al narcomenudeo, lo cual constituye un propósito inmediato para alcanzar un fin de mayor trascendencia como es proteger la salud pública. Además, dicha postura es necesaria para evitar que una cantidad superior a la considerada como dosis máxima, pueda llegar a manos de otras personas y, con ello, propiciar la inducción al consumo de drogas. También se estima proporcional la medida porque los beneficios que aporta su adopción representan un mayor provecho en la protección de la sociedad en general, frente a la particular libertad del farmacodependiente, de quien no se restringe el consumo de las sustancias que requiere por el problema de salud que presenta, sino que evita la posesión indiscriminada de narcóticos que ponga en peligro la salud de terceros. En virtud de lo anterior, se destaca que la medida adoptada tiende a buscar la mejor y mayor protección de los derechos humanos tanto de la sociedad (salud pública), como del farmacodependiente (salud particular) y, por ende, no contraviene los principios de progresividad y no regresividad, que consisten en la búsqueda o tendencia de que el disfrute de los derechos sea mejor y mayor cada día y que se impida que los logros adquiridos se vean disminuidos en perjuicio de las

personas, ya que la disposición cumple con los estándares de razonabilidad, necesidad, adecuación y proporcionalidad y busca la coexistencia de los derechos humanos, de salud pública y la salud particular. De ahí que con la limitación de la cantidad de narcótico que puede poseerse para el estricto e inmediato consumo personal, no se disminuye el alcance del derecho a la salud de los farmacodependientes, sino que se amplía el derecho a la salud pública de los gobernados, ello totalmente acorde al principio de progresividad (...) ¹³

Cabe señalar, la puntualización realizada por el doctrinario Agustín Gordillo de que “No ha de olvidarse el principio de “la irreversibilidad de los compromisos comunitarios”; “jurídicamente no hay, pues, vuelta atrás en la Comunidad. No está permitido poner de nuevo en tela de juicio los compromisos una vez asumidos; no está admitido nacionalizar de nuevo los sectores que han pasado ya bajo la autoridad de la Comunidad”¹⁴, refiriendo en clara muestra de que este principio pondera que no exista un retroceso en derecho, que siempre se esté en búsqueda de un espectro más amplio de protección, y con esto, prohibiendo aplicar derechos de forma retroactiva cuando perjudiquen al sujeto que tiene consagrados la protección y garantía de los derechos a través de dicha norma.

IV. ASPECTO NEGATIVO DE LOS PRINCIPIOS DE IRRETROACTIVIDAD Y PROGRESIVIDAD

La reforma constitucional de 2011, se asemeja el efecto del proceso de adecuación tras la victoria de la Revolución Mexicana, donde el pueblo estaba tan ansioso de un cambio que no importaba las consecuencias y a ciencia cierta no se conocía los efectos del movimiento armado: ¿Quién ostentaría el poder? y ¿de qué forma lo haría?. Lo único que importaba en ese momento era que había existido un cambio y que, como la mayoría lo creía, sería para bien de todos. Probablemente esta comparación podría parecer extremadamente pesimista, pero como precisa Montesquieu “el pueblo que tenga mal concepto del que está en funciones –refiriéndose al Poder Legislativo– se consolará con la esperanza de que sea mejor el que siga, pero si siempre es el mismo, el pueblo que ha visto una vez su corrupción ya no esperará nada de sus leyes, o se enfurecerá, o acabará por caer en la indolencia”¹⁵. En el caso que se aborda en este particular trabajo, sucedió un efecto similar, donde se considera que con las reformas constitucionales suceden dos etapas del entendimiento: la primera de incertidumbre, cuando la mayoría de la población desconoce su contenido, por lo que se comienza a especular sobre ella; posteriormente una vez que se ha adentrado más al tema y se ha conocido a ciencia cierta los aspectos generales de la reforma y los derechos que contempla, viene la especialidad de la misma, donde se abordan particularidades en concreto y

13 Tesis: XXVI.5o. (V Región) 2 P (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, 2003710, Tribunales Colegiados de Circuito, Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 3, p. 2033., Tesis Aislada (Constitucional).

14 Gordillo, Agustín, *Derechos Humanos*, 4ª ed., Buenos Aires, Fundación de Derecho Administrativo, 1999, p. III-1.

15 Montesquieu, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 2013, p. 150.

con ellos las respectivas críticas, además de que se ha aplicado el derecho en diversas ocasiones y se han observado los distintos casos en los que se ha aplicado, así como sus efectos. Esta última en la cual nos encontramos, cuando ya se han comprendido los derechos que se han reformado y se han mostrado distintos casos aislados de relevancia jurídica, ahora sigue el proceso de analizar de forma profunda las consecuencias y aspectos negativos, por así decirlo, en los que se podrían aplicar los derechos en perjuicio de la población en general y en favor de unos cuantos.

Una vez explicados los principios de irretroactividad de la ley, progresividad y no regresividad, es menester abordar la crítica latente que se pudiera realizar a los efectos de los mismos, porque a lato sensu, se muestra que los principios son obligatorios de aplicar para el Estado mexicano en favor siempre del gobernado, sin importar la condición o el derecho que se intenta privar; esto es, a través de la vía de amparo, en caso de que este proceda, podría concederse con los efectos de que se respete el derecho que se inaplica al caso concreto sin importar la condición del sujeto solicitante.

Ahora bien, y con base en dos ejemplos, se pretende resaltar el problema que nos enfrentamos como población al momento de aplicar los multicitados principios: primeramente piénsese en el caso de un político que tiene el poder y la facultad constitucional para crear plazas laborales o derechos en favor de sus allegados, una vez que exista el cambio de gobierno o que un grupo social se entere de tal privilegio y exija eliminar dicho derecho, el adquirente podrá solicitar la aplicación de los principios en beneficio del mismo; como segundo ejemplo, una situación que está en boga en los medios de comunicación, la cual consiste en quitar el privilegio de los ex presidentes del goce de una pensión vitalicia por considerarse un mal para la sociedad, en el momento que se aprobara una reforma a efecto de retirarles dicho privilegio, los ex presidentes podrían solicitar en términos de lo establecido por la irretroactividad de la ley, el principio de progresividad o de no regresividad de la norma, que no se les destituyera de dicho beneficio. Ambos ejemplos muestran la forma en que, en el primer caso, un grupo de personas con las facultades que le otorga la ley podría malversar los derechos en favor de un grupo minoritario, y en el segundo los ex presidentes podrían ampararse en la no vulneración de sus derechos, a pesar de considerarse injustos por la mayoría o aprovecharse de la situación en que se encuentran.

La aplicación de ambos principios sí son vistos desde una perspectiva crítica; son derechos que se deben aplicar de forma universal¹⁶, sin importar la condición del solicitante, o que este se haya adquirido de forma contraria a la ley, con el fin de obtener un beneficio particular en contraposición al “sentir” de la población.

Por ello es indispensable que se establezcan los lineamientos y los alcances de los mismos, a efecto de que se analice la verdadera razón de las reformas, el espíritu del legislador y la finalidad de estipular dichos derechos, pues no basta con abocarnos a revisar las exposiciones de motivos,

16 Entendiendo que la universalidad “...implica, entonces, que todos los miembros de la especie humana, sin importar su sexo, edad, raza, lugar de residencia, nacionalidad, religión, situación económica o cualquier otra condición semejante, gozan de ellos,” Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, colección Estructuras y procesos, 1999, p. 23.

sino que cada vez es más importante que nuestro máximo tribunal interprete las normas y genere una unificación de criterios para establecer la partitura de los derechos, como en el caso concreto, siempre buscando el bien común y la justicia.

V. CONCLUSIÓN

Se colige que deben existir limitantes a los derechos a efecto de que si alguien se aprovecha de ellos de forma injusta sean inaplicados en esos casos concretos. Debe señalarse que con la postura presentada en el actual trabajo no se está en contra de la reforma constitucional de los derechos humanos, ni mucho menos en su aplicación, sino por el contrario, se considera como de gran avance en el proceso democrático en México; sin embargo, es menester cada vez en la investigación jurídica presentar puntos contrarios a efecto de fomentar un análisis crítico y desarrollar la ciencia jurídica en su máxima potencia, como señala el profesor de la Universidad de Buenos Aires, Germán Bidart: “La doctrina refleja la propensión a ahondar en el estudio y la difusión de la ciencia de los derechos humanos. Las normas, tanto constitucionales como internacionales, los acompañan; habremos de ir viendo si la realidad se les acomoda o no, y cuál es la reacción en cada caso, de las valoraciones que enjuician una cosa y la otra”.¹⁷ Esperamos que esta sea una base para el ahondamiento en estos derechos y sus alcances y se pueda producir una perspectiva diferente.

Cabe hacer el análisis de las normas que en su carácter sean contrarias al sentir de la mayoría de la población o de un alto porcentaje de la misma. Al respecto Edgar Bodenheimer señala la importancia del derecho en la regulación del hombre señala: “Como hemos visto, el derecho es un término medio entre la anarquía y el despotismo. El peligro de la anarquía consiste en la posibilidad de un abuso arbitrario de poder por parte de todos y cada uno de los individuos. El riesgo del despotismo estriba en la posibilidad del abuso arbitrario de poder por parte de un hombre. El tipo ideal de derecho evitará a la vez los dos peligros. *El derecho en su forma pura y perfecta se realizará en aquel orden social en el que esté reducida al mínimo la posibilidad de abuso de poder tanto por parte de los particulares como por parte del gobierno*”.¹⁸

De esta forma el derecho es un órgano de control del despotismo y no de privación de derechos; reforzando la idea de forma indirecta señala Jonh Locke: “Así, pues, en las repúblicas bien ordenadas, donde el bien del conjunto es considerado como se debe, el poder legislativo se halla en manos de diversas personas, las cuales, debidamente reunidas, gozan de por sí, o conjuntamente con otras, el poder de hacer las leyes; mas hechas estas, de nuevo se superan y sujetos quedan a las leyes que hicieran ellos mismos, lo cual es otro vínculo estrecho que les induce

17 Bidart Campos, Germán J. “Panorama de los derechos humanos a fin de siglo”. En: *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas México 1998, p. 96. ISBN 968-36-6885-2.

18 Bodenheimer, Edgar, *Teoría del derecho*, 8ª reimp., México, Fondo de la Cultura Económica, 2012, p. 34.

a cuidar de hacerlas por el bien público”¹⁹. Ello implica una obligación del legislador de siempre actuar conforme al bien común, si esto no sucede así, tendrán que imponerse ciertos límites, a efecto de garantizar la voluntad de la mayoría.

VI. BIBLIOGRAFÍA

- BIDART CAMPOS, Germán J., *Teoría general de los derechos humanos*, 2da reimp., México, UNAM, 1993.
- BODENHEIMER, Édgar, *Teoría del derecho*, 8ª reimp, México, Fondo de la Cultura Económica, 2012.
- CARBONELL, Miguel (coord.), *Derechos fundamentales y Estado*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.
- CARPIZO, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”. *En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, julio-diciembre 2011, número 25
- CONCHA CANTÚ, Hugo Alejandro, “Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada”, 7ª ed., México, Instituto de investigaciones jurídicas-Porrúa, 1995.
- FERNÁNDEZ SOBERANES, José Luis, *La ciencia del derecho durante el siglo XX*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 1998.
- FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Madrid, Trotta, colección Estructuras y procesos, 1999.
- GORDILLO, Agustín, *Derechos Humanos*, 4ª ed., Fundación de Derecho Administrativo, Buenos Aires, 1999.
- HERNÁNDEZ BARROS, Julio, “La justiciabilidad de los derechos de las víctimas”, *En: Compromiso*, Febrero 2013, no. 140
- HERRENDOR, Daniel E. y BIDART CAMPOS, German J., *Principios de derechos humanos y garantías*, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiero, Buenos Aires, 1991.
- HITTER, Juan Carlos, *Derecho internacional de los derechos humanos*, Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiero, Buenos Aires, 1991.
- LOCKE, Jonh, *Ensayos sobre el gobierno civil*, 7ª ed., México, Porrúa, 2014.
- MANCILLA CASTRO, Gustavo Roberto, “El principio de progresividad en el ordenamiento constitucional mexicano”. *En: Cuestiones Constitucionales*, Julio-diciembre 2015.
- MONTESQUIEU, *Del espíritu de las leyes*, México, Porrúa, 2013.
- SILVA MEZA, Juan N., *Derechos humanos, Parte General*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

19 Locke, Jonh, *Ensayos sobre el gobierno civil*, 7ª ed., México, Porrúa, 2014, p. 87.

SORIANO FLORES, José Jesús, “El nuevo paradigma de los derechos humanos en México y la importancia de la especificidad de la interpretación constitucional”, En: VIDAURRI Aréchiga, Manuel (coords.), *Panorama jurídico iberoamericano*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2015.

PÉREZ VÁZQUEZ, Carlos, “*El camino, reforma constitucional de derechos humanos*”, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2013.

CONTROL INTERNO DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO. SU INSTRUMENTACIÓN Y ARTICULACIÓN HACIA UNA JUSTICIA CONSTITUCIONAL INTEGRAL

Rosa María RODRÍGUEZ MORALES* *

SUMARIO: *Introducción. I. Marco teórico conceptual. II. Control de la convencionalidad en México. III. Tipos de control de convencionalidad. IV. Control de convencionalidad en interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. V. Supremacía constitucional y control constitucional. VI. Procedimiento de interpretación del control de convencionalidad. VII. Fuentes de información.*

INTRODUCCIÓN

El control de convencionalidad en la modalidad difusa que se instituye en nuestro país como consecuencia de los compromisos internacionales de los que México es parte, bajo la premisa de que mantiene inconsistencias innegables que repercuten en el retroceso del mecanismo de protección a los derechos humanos, dado que su naturaleza es eminentemente supranacional, y compete únicamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), por lo que su implantación como una especie del control de convencionalidad primigenio converge en un mecanismo jurídico inacabado.

El objeto general de este trabajo es demostrar las inconsistencias que involucran la naturaleza del control de convencionalidad, alcance y competencia del mismo, así como el retroceso que propicia al mecanismo de protección de los derechos humanos, pues carece de independencia jurídica para su aplicación en México como nueva figura jurídica derivada de una sentencia condenatoria a nuestro Estado, es decir, implementada por cumplimiento a una obligación de carácter internacional, y por ende, propicia un debilitamiento de nuestro orden jurídico cuya base esencial es la Constitución, convulsionando la estructura jurídica interna. Es por ello que se considera la redefinición que establece a los sistemas de control constitucional adoptados por nuestro país, partiendo de interpretaciones quebrantables e inconclusas que desvirtúan su contenido; por tal motivo se pugna por un redimensión conceptual de “control difuso de convencionalidad” por una “interpretación omnímoda pro-persona” de los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

En virtud de lo que antecede, se desprenden los siguientes objetivos particulares que robustecerán la problemática principal sin descartar que los puntos tentativos a esgrimir en su momento se vuelvan temas con una relevancia trascendental, estos son:

* Licenciada en Derecho por la Universidad de Guanajuato y postulante a la obtención de grado de Maestro en Ciencias Jurídico Penales de la misma institución.

- Desarrollar la equívoca postura referente a la semejanza que guarda el control de constitucionalidad difuso como modelo del control difuso de convencionalidad, al grado de utilizarlos como sinónimos, cuando ambos tienen un carácter independiente.
- Construir un argumento que sostenga que el control de convencionalidad únicamente compete a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, develado como una facultad primigenia que reviste a este órgano judicial, como máximo intérprete de la Convención.
- Controvertir que el control difuso de convencionalidad proceda de oficio, toda vez que la misma Corte ha establecido que deben respetarse las regulaciones procesales que atiendan al caso en particular conforme al derecho interno, por lo cual se pretende encontrar una parificación que pueda explicar este ocuroso.

El orden jurídico nacional se ve mermado por la inducción del control difuso de convencionalidad, por consiguiente, se vuelve inestable y poco eficaz, sobre todo si contiene lagunas jurídicas de gran impacto. Al ser punto de partida de una reforma constitucional, la cual se enfoca en adoptar una obligación internacional para contrarrestar la responsabilidad internacional adquirida durante los últimos años, se aduce que la Corte IDH no se encuentra legitimada para introducir una figura jurídica que reconfigure el sistema normativo, ya que nuestro sistema debe tener como axioma la Constitución, incluso en materia de derechos humanos, por lo cual la Corte debe emitir sentencias condenatorias respetando las estructuras jurídicas nacionales.

El control de convencionalidad no es un instrumento jurídico que goce de organicidad, coherencia y unidad absoluta, por lo cual su configuración ha resultado disfuncional, toda vez que la misión de un ordenamiento es la organización que permite que para cada disidencia normativa suscitada en el derecho interno o externo, exista una solución; para que su operatividad se traduzca en un certeza y seguridad jurídica que respalde la aplicación de un derecho humano al caso en concreto.

Ahora bien, asegurar la protección y promoción de los derechos humanos es una de las obligaciones básicas de las autoridades en los Estados constitucionales. Cuando en los ordenamientos jurídicos internos no se contemplan entre los derechos fundamentales garantizados por el Estado algunos de los derechos humanos que la comunidad internacional ha reconocido, es necesario hacer las modificaciones pertinentes dentro del sistema jurídico, para lograr una sintonía entre las normas internacionales y el ordenamiento jurídico interno.

I. MARCO TEÓRICO CONCEPTUAL

La terminología del concepto del control de convencionalidad es un cuerpo de facultades que la Corte Interamericana de Derechos Humanos ejerce desde su creación como órgano supervisor capaz de determinar la compatibilidad de los ordenamientos jurídicos internos, los actos u

omisiones en que incurren los Estados, conforme a las normas, principios e interpretación de la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*; sin embargo, es hasta el caso contencioso Myrna Mack Chang contra Guatemala² que emerge esta denominación, la cual se traduce en un contraste entre la Convención IDH y las disposiciones de derecho interno de las naciones adheridas.

Para comprender el control de convencionalidad es menester conceptualizarlo en palabras del catedrático Néstor Sagüés, como:

“Una herramienta sumamente eficaz para el respeto, la garantía y la efectivización de los derechos descritos en el Pacto de San José de Costa Rica (*Convención Americana sobre Derechos Humanos*), y como instrumento para construir un *ius commune* interamericano, en materia de derechos personales y constitucionales.”³

El control de convencionalidad es entonces la facultad que ejerce la Corte Interamericana de Derechos Humanos para verificar que el marco normativo interno e incluso un acto u omisión de cualquier autoridad mexicana con apego a este, se ajusten a la *Convención Americana sobre Derechos Humanos* y a su cuerpo interpretativo.

II. CONTROL DE LA CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

En México, a partir de la sentencia condenatoria emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos,⁴ el “control de convencionalidad” se ha implantado en nuestro sistema jurídico bajo una modalidad difusa, convulsionando a la Suprema Corte de Justicia y propiciando fuertes debates, replanteamientos y modificaciones a la estructura del ordenamiento jurídico nacional con la finalidad de encauzar la búsqueda de los medios idóneos para dar cumplimiento al aludido pronunciamiento internacional. En el párrafo 339 de la mencionada sentencia se puede apreciar la obligación que la Corte IDH impone al Estado mexicano para ejercer el “control difuso de convencionalidad”, y a la letra dice:

339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean

2 Corte IDH, caso *Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*, sentencia de fondo, reparaciones y costas, 25 de noviembre de 2003, serie C, n.º 101, párr. 29.

3 Sagüés, Néstor: “Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”. *En: Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Tula, Año 8, N° 1, 2010, p. 118.

4 Corte IDH. Caso *Radilla Pacheco Vs. México*, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia del 23 de noviembre de 2009, Serie C, No. 209, párr.339.

mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Del extracto de la resolución se devela que los únicos facultados para ejercer el control de convencionalidad en México son los órganos del Poder Judicial Federal e inclusive de manera oficiosa, cuya esencia consiste en contrastar las normas que aplican al caso en concreto con el contenido e interpretación de la *Convención Americana de Derechos Humanos*, en el marco de sus competencias y salvaguardando las regulaciones procesales correspondientes. Por consiguiente, dentro del contexto mexicano se optó por inaplicar la norma contraria a los derechos humanos reconocidos en el ámbito interno o externo.

A partir de esta concepción, la Suprema Corte de Justicia de la Nación no ha descansado en la búsqueda de adecuar el control difuso de convencionalidad al sistema normativo nacional, estableciendo determinados parámetros de aplicación; empero su actuación ha trastocado su estructura, situación que se desarrollará más adelante, y por el momento resulta oportuno referir las modalidades de “control de convencionalidad”.

III. TIPOS DE CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El control de convencionalidad puede ser:

Concentrado. Es aquel que únicamente ejecuta la Corte IDH, cuando verifica que las disposiciones de carácter interno, así como los actos u omisiones de los Estados respeten el contenido de la Convención ADH y no lo trasgreden o violenten.

Difuso. Se realiza a nivel local por los Estados adheridos a la Convención ADH, facultad exclusiva de los jueces y los órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, cuya actuación consiste en contrastar la legislación interna o las conductas que realizan los distintos órganos del Estado para asegurarse que estos no contraríen la Convención Americana.

El control difuso de convencionalidad en México como modalidad variante al concentrado, ha adquirido una denotación bastante compleja, por consiguiente considero necesario partir de la conceptualización que nos brinda el jurista Juan Carlos Hitters, quien lo concibe como:

“Una institución o mecanismo depurativo, creado por las cortes internacionales, con el fin de que los tribunales nacionales evalúen y comparen el derecho

local con el supranacional para velar por el efecto útil de los instrumentos internacionales, ejerciendo un control *ex-officio*, entre las normas internas y la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, cuyo fundamento es la jerarquía de los tratados, el *ius cogens* y el efecto vinculante de la jurisprudencia de los tribunales internacionales.”⁵

Concatenado lo anterior, se instaura una directriz variable del control difuso de convencionalidad”; pues implica que, en una vía ordinaria y de manera incidental, el juzgador y ahora los órganos vinculados con la administración de justicia, analizarán la cuestión de convencionalidad, sin que esta sea el tema esencial de la controversia.

Tal postura es la que establece la Corte IDH en al resolver el caso *Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*

Ahora bien, una condición necesaria para el efectivo cumplimiento de las obligaciones del Estado radica en el pleno conocimiento de los compromisos internacionales asumidos, es por tal motivo que la SCJN presentó una consulta a trámite para determinar cuál era el alcance de las obligaciones que contemplaba la sentencia antes mencionada y que derivó en el expediente 912/2010, que en síntesis establece:

- Las sentencias condenatorias de la Corte IDH en las que el Estado mexicano sea parte son obligatorias.
- Los jueces deberán llevar a cabo un control de convencionalidad de manera oficiosa, bajo un modelo de control difuso de constitucionalidad.
- Prevé un modelo de control concentrado en los órganos del Poder Judicial de la Federación con vías directas de control, y en segundo plano, el control difuso a cargo del resto de los jueces del país en forma incidental, sin necesidad de abrir un expediente por cuerda separada.
- Todas las autoridades del país en el ámbito de sus competencias tienen la obligación de aplicar las normas correspondientes haciendo la interpretación más favorable a la persona para lograr su protección más amplia, sin tener la posibilidad de inaplicar o declarar la incompatibilidad de éstas.

Bajo este tenor, es de advertirse que se procedió a una reinterpretación del artículo 133 a la luz de artículo 1º, ambos constitucionales, conforme a la reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. La modificación constitucional introduce a nuestro orden jurídico los derechos humanos consagrados en los tratados internacionales ratificados por México. De esta forma ahora estos instrumentos jurídicos alcanzan una jerarquía máxima cuando su contenido brinde mayor protección a la persona, denominado Principio *Pro homine*.

5 Hitters, Juan Carlos: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”. En: *Estudios Constitucionales*, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de la Universidad de Tela Año 7, N° 2, 2009, p. 109.

IV. CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN INTERPRETACIÓN DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Además de los nuevos mandatos de la reforma, se reafirmaron las obligaciones internacionales de México de manera paralela con las decisiones que la Corte Interamericana de Derechos Humanos emitió en contra del Estado en los últimos años, en este caso para el control difuso de convencionalidad, con este panorama la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha optado por establecer un CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.⁶ En resumido contexto, compete a la función jurisdiccional en todos sus niveles y de manera oficiosa inaplicar la ley que considere contraria a la Constitución o a los tratados internacionales sobre derechos humanos, sin estar facultados para hacer la declaratoria de inconstitucionalidad e inconvencionalidad, es decir, no puede expulsarla del ordenamiento jurídico, de ahí que únicamente puedan argumentar que una norma o acto trasgrede un derecho humano.

Es entonces que a raíz de la interpretación efectuada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación abandona sus criterios que por largo tiempo había sostenido; en su momento estipulaba que el artículo 133 de la Constitución no autorizaba el control difuso de la constitucionalidad sustentado que otorgan las tesis que llevan por rubro:

**CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE
NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133
DE LA CONSTITUCIÓN.⁷**

**CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN
EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.⁸**

Para entender resulta oportuno, estos criterios puntualizar que los sistemas constitucionales normativos implican que hay una norma suprema de la cual surge todo el sistema jurídico, es decir, recobra importancia el principio de supremacía constitucional, el cual considera que nuestra Carta Magna es el dispositivo fundamental de la legislación vigente. Para ahondar en tal perspectiva, es necesario conceptualizar el control de constitucionalidad.

El control de constitucionalidad tiene su fundamento en el principio de supremacía jurídica de la Constitución, conforme al cual este máximo ordenamiento es la norma matriz del

6 CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. Localización: [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 535. P. LXVII/2011(9a.). Registro No. 160 589.

7 CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Agosto de 1999; Pág. 5. P./J. 74/99. Registro No. 193 435.

8 CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo X, Agosto de 1999; Pág. 18. P./J. 73/99. Registro No. 193 558.

ordenamiento jurídico de un Estado; en ese sentido, en tanto la Constitución es la norma de la cual emanan la validez, la vigencia y la exigibilidad del resto de normas que la conforman, los jueces se encuentran en la obligación de preferir la aplicación de la norma constitucional por encima de la norma legal y otras normas de inferior jerarquía.⁹

El control concentrado de constitucionalidad faculta al Poder Judicial Federal a realizar la confrontación de normas generales en abstracto que resulten contrarias a la Carta Magna, a través de las acciones de inconstitucionalidad o controversias constitucionales, tarea plenaria encomendada a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a quien corresponde la expulsión de las normas del sistema jurídico nacional con efecto *erga omnes*.

Cabe señalar que el control constitucional mexicano era parcialmente concentrado, dado que mediante el juicio de amparo se podría demandar la inconstitucionalidad de una norma general concreta con efecto *inter partes* estableciendo la decisión en la sentencia, cuyos efectos se traducen en la inaplicación del dispositivo normativo.

El control difuso de constitucionalidad es el instrumento salvaguarda de la Constitución que emerge a partir de los señalamientos de la Corte IDH, la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la interpretación de la SCJN, que consiste en la facultad que ejercen los órganos jurisdiccionales del fuero común y algunos órganos del Poder Judicial Federal en vía de amparo, de inaplicar normas inconstitucionales para el caso concreto sin hacer una declaración de invalidez.

V. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y CONTROL CONSTITUCIONAL

De lo preconcebido se aduce que el principio de supremacía constitucional y el control constitucional tienen un estrecho vínculo, ya que mientras la primera se encarga de ser el parámetro para que ningún acto de autoridad, ley o tratado pueda contravenir la ley fundamental, aparece otra figura jurídica que pretende mantener la constitucionalidad de las leyes, al otorgar los mecanismos efectivos para garantizarlo.

Ahora bien, la reforma al artículo 1º constitucional acoge la “interpretación conforme”, al establecer que todas las normas relativas a derechos humanos deberán interpretarse conforme a la Constitución y a los tratados internacionales; esto implica la creación de una especie de bloque convencional que a la luz de los criterios emitidos por la Corte IDH para aplicar el control difuso de convencionalidad lo conformarán la propia Constitución, las Convención Americana sobre Derechos Humanos, los protocolos adicionales a la Convención, la jurisprudencia que emita Corte Interamericana de Derechos Humanos en los casos contenciosos en que México sea parte y la jurisprudencia que emita la SCJN respecto a los derechos humanos, conglomerado

9 Urviola Hani, Óscar: “Control de constitucionalidad y control de convencionalidad como Herramientas y deberes del juez en el marco del Estado constitucional de derecho”, versión escrita de la ponencia presentada en el *Primer Congreso Internacional sobre Derecho y Justicia Constitucional*, Santo Domingo, República Dominicana, 29 al 31 de enero de 2013.

que deberá considerarse al realizar la interpretación correspondiente en el caso en concreto o abstracto. Conforme lo anterior se puede desencadenar una alteración al principio de supremacía constitucional, enfoque que parte de las teorías constitucionalistas; para ello es menester establecer que nuestra Carta Magna es:

Una formación total de la vida del Estado, de la ley fundamental en el sentido de una unidad cerrada, ley de leyes. Todas las otras leyes y normas tienen que poder ser referidas a esa una norma. Bajo tal significación de la palabra, el Estado se convierte en una ordenación jurídica que descansa en la Constitución como norma fundamental; es decir, en una unidad de normas jurídicas¹⁰

Una vez establecida la directriz del tema que nos ocupa, es trascendente puntualizar que todo el marco teórico, normativo y jurídico que enmarca el tema en mención es bastante complejo e incluso inconcuso, que abarca fuentes diversas pero con la finalidad de hacer efectivas las disposiciones que se consagran en la *Convención Americana sobre Derechos Humanos*, sin perjuicio que la postura que mantiene la Corte IDH sea equívoca e incluso transigible. Un partidario que ataca fuertemente la implantación del control de convencionalidad es el doctor Karlos A. Castilla Juárez, quien expone:

...Así, lo que inició como una especie de control de convencionalidad, con sus altas y sus bajas, con sus avances y retrocesos, con sus variables y constantes, ahora en votos razonados y la doctrina empieza a denominarse como control difuso o interno de convencionalidad, pese a que la Corte IDH tan solo ha establecido el término control de convencionalidad sin calificativo alguno. Su futuro está aún por construirse, su pasado tan inconsistente en estos casi 6 años de jurisprudencia debe invitarnos a reflexionar para encontrar el mejor término, determinar de manera clara sus objetivos y establecer el mejor sistema que de manera sencilla permita que el derecho internacional de los derechos humanos sea derecho de uso común por los jueces y demás autoridades en nuestros países.¹¹

VI. PROCEDIMIENTO DE INTERPRETACIÓN DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

Finalmente analizaremos el procedimiento de interpretación que deben seguir las autoridades obligadas a realizar el “control de convencionalidad” conforme a una tesis aislada emitida por la SCJN, al contrastar el marco normativo nacional con la propia Convención IDH, partiendo de la presunción de constitucionalidad de ambas disposiciones. Estos pasos son:

10 Schmitt, Carl, *Teoría de la Constitución*, 1ª ed., 6ª reimp., Madrid, Alianza Editorial, 2009, p. 146.

11 Castilla Juárez, Karlos A: “Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratado”. En: *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, vol. XIII, 2013, p. 68.

A) Interpretación conforme, en sentido amplio. Ello significa que los jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

B) Interpretación conforme en sentido estricto. Ello significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos.

C) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Ello no afecta o rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte.¹²

VII. FUENTES DE INFORMACIÓN

Bibliografía

AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco: “El principio *pro homine*: interpretación extensiva Vs. el consentimiento del Estado, *International Law*.” En: *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, Pontificia Universidad Javeriana, Núm. 005, Colombia, Julio 2005.

ARAGÓN, MANUEL: *Constitución, democracia y control*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2002.

BAZÁN VÍCTOR y NASH ROJAS, Claudio, “El control de convencionalidad: incógnitas, desafíos y perspectivas”. En: *Revista Especializada en Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales*, Colombia, Centro de Derechos Humanos Facultad de Derecho Universidad de Chile Fundación Konrad Adenauer, 2011, ISSN: 1688-826X.

BECERRA ROJASVÉRTIZ, Enrique, “Enfrentar los desafíos del control de convencionalidad”. En: *Revista Especializada en Derecho Electoral*, Núm. 8, México, 2012.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, “El juez de Control como garante de la convencionalidad de las normas en el nuevo proceso penal mexicano”. En: *Estudios Constitucionales*, vol. 10, núm. 1, 2012, pp. 145-199, Centro de Estudios Constitucionales de Chile,

12 PASOSASEGUIRE EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. Localización: [TA]; 10a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Pág. 552. P. LXIX/2011(9a.). Registro No. 160 525.

Santiago, Chile.

CABALLERO OCHOA, José Luis: “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)”. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.): *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones jurídicas, UNAM, 2011.

CASTILLA JUÁREZ, Karlos A: “¿Control interno o difuso de convencionalidad? Una mejor idea: la garantía de tratados”. En: Anuario Mexicano de Derecho Internacional, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, vol. XIII, 2013.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón: “Primeras implicaciones del caso Radilla”. En: Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Núm. 26, México, enero-junio 2010.

DEL ROSARIO RODRÍGUEZ, Marcos Francisco: “El juicio de amparo y su aparente incompatibilidad con el control difuso”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel (coords.), *El juicio de amparo a 160 años de la primera sentencia*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: “El control difuso de convencionalidad en el Estado constitucional”. En: FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALADÉS, Diego (coords.), *Formación y perspectivas del Estado en México*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.

-----“Reflexiones sobre el control difuso de convencionalidad. A la luz del caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLIV, Núm. 131, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2011.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio: “El futuro del Sistema Interamericano de protección de los Derechos Humanos”. En: FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.): *Derecho Procesal Constitucional, Tomo I*, 4ª Edición, México, Porrúa, 2003.

-----“El control judicial interno de convencionalidad”. En: *Revista del Instituto de Ciencias Jurídica de Puebla*, Año V, Núm. 28, México, 2011.

IBÁÑEZ RIVAS, Juana María: “Control de convencionalidad: precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: *Anuario de Derechos Humanos*, Centro de Derechos Humanos, Núm. 8, Chile, 2012.

SAGÜÉS, Néstor Pedro: “El “control de convencionalidad” como instrumento para la elaboración de un *ius commune* interamericano”. En: BOGDANDY, Armin Von, *et.al.*, (coords.), *La Justicia Constitucional y su Internacionalización. ¿Hacia un Ius Constitutionale Commune en América Latina?*, Tomo II, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2010.

-----“Obligaciones internacionales y control de convencionalidad”, Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Chile, Universidad de Talca, Año 8, Núm. 1, 2010.

TORRES ZÚÑIGA Natalia: “Control de convencionalidad y protección multinivel de los derechos humanos en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos», En: *Revista de la Facultad de Derecho*, Chile, PUCP, Núm. 70, 2013.

ZÚÑIGA URBINA, Francisco: “Control de constitucionalidad de la reforma constitucional”, En: *Estudios Constitucionales* Año 4, Núm. 2, Chile, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, Universidad de Talca, 2006.

Legislación

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, México, 1917.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, Diario Oficial de la Federación, México, 7 de mayo de 1981, entrada en vigor en nuestro país, 24 de marzo de 1981.

Jurisprudencia

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. CONFORME AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL LOS MEDIOS RELATIVOS DEBEN ESTABLECERSE EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y NO EN UN ORDENAMIENTO INFERIOR. Localización: [J]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XII, Diciembre de 2000; Pág. 843. P./J. 155/2000. Registro 190 669.

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. [J]; 10a. Época; Pleno; Semanario Judicial de la Federación. P./J. 20/2014 (10a.). Registro 2 006 224

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. DIFERENCIAS ENTRE SU EJERCICIO EN SEDE NACIONAL E INTERNACIONAL. [TA]; 10a. Época; 1a. Sala; Semanario Judicial de la Federación. 1a. CXLV/2014 (10a.). Registro. 2 006 165.

PRINCIPIO PRO PERSONA. DE ÉSTE NO DERIVA NECESARIAMENTE QUE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS GOBERNADOS DEBAN RESOLVERSE CONFORME A SUS PRETENSIONES. Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2; Pág. 906. 1a./J. 104/2013 (10a.). Registro 2 004 748.

TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. EL HECHO DE QUE SE APLIQUEN EN DETERMINADA INSTITUCIÓN JURÍDICA POR CONTEMPLAR UNA PROTECCIÓN MÁS BENÉFICA HACIA LAS PERSONAS, NO IMPLICA INOBSERVAR LOS PRESUPUESTOS PROCESALES QUE LA REGULAN ESTABLECIDOS EN LA LEGISLACIÓN LOCAL APLICABLE. Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV; Pág. 2902. IX.1o. J/4 (10a.). Registro 2 005 268.

DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS

ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Localización: [J]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2; Pág. 1049. 2a./J. 172/2012 (10a.). Registro 2 002 747.

PRINCIPIO PRO HOMINE Y CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. SU APLICACIÓN NO IMPLICA EL DESCONOCIMIENTO DE LOS PRESUPUESTOS FORMALES Y MATERIALES DE ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LAS ACCIONES. Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2; Pág. 1241. VI.3o.A. J/2 (10a.). Registro 2 002 861.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y DE CONVENCIONALIDAD (REFORMA CONSTITUCIONAL DE 10 DE JUNIO DE 2011). Localización: [J]; 10a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1; Pág. 420. 1a./J. 18/2012 (10a.). Registro 2 002 264.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. HIPÓTESIS QUE PUEDEN SUSCITARSE EN SU APLICACIÓN EX OFFICIO POR LAS AUTORIDADES JURISDICCIONALES Y FORMA EN QUE EL TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEBE PROCEDER EN CADA UNA DE ELLAS. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 2; Pág. 1732. XXX.1o.2 K (10a.). Registro 2 001 276.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD. PARÁMETROS PARA EJERCERLO EN EL ÁMBITO JURISDICCIONAL CONFORME A LA EJECUTORIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DICTADA EN EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010. Localización: [TA]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 2; Pág. 1303. IV.3o.A.10 K (10a.). Registro 2 002 268.

CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. SU APLICACIÓN ES DE NATURALEZA SUBSIDIARIA O COMPLEMENTARIA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO. Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 4, Marzo de 2014, Tomo II; Pág. 1360. (III Región) 5o. J/8 (10a.). Registro 2 005 942.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO. LOS TRIBUNALES DE ALZADA ESTÁN OBLIGADOS A RESPONDER DENTRO DEL ÁMBITO DE SU COMPETENCIA LOS AGRAVIOS RELATIVOS A LA VIOLACIÓN DE PRECEPTOS CONSTITUCIONALES. Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; S.J.F. y su Gaceta; Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 2; Pág. 1106. VII.2o.C. J/3 (10a.). Registro 2 003 522.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO. Localización: [J]; 9a. Época; 1a. Sala; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XX, Octubre de 2004; Pág. 264. 1a./J. 80/2004. Registro 2 002 065.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; Tomo XXV, Abril de 2007; Pág. 6. P. VIII/2007. Registro 172 667.

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. Localización: [TA]; 10a. Época; 2a. Sala; S.J.F. y su Gaceta;

Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 3; Pág. 2038. 2a. LXXV/2012 (10a.). Registro 180 240.

CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD. NO PUEDE REALIZARSE RESPECTO DE LOS PRECEPTOS DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Localización: [J]; 10a. Época; 2a. Sala; Gaceta S.J.F.; Libro 3, Febrero de 2014, Tomo II; Pág. 938. 2a./J. 3/2014 (10a.). Registro 2 005 466.

TRATADOS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS. EL HECHO DE QUE SE APLIQUEN EN DETERMINADA INSTITUCIÓN JURÍDICA POR CONTEMPLAR UNA PROTECCIÓN MÁS BENÉFICA HACIA LAS PERSONAS, NO IMPLICA INOBSERVAR LOS PRESUPUESTOS PROCESALES QUE LA REGULAN ESTABLECIDOS EN LA LEGISLACIÓN LOCAL APLICABLE. Localización: [J]; 10a. Época; T.C.C.; Gaceta S.J.F.; Libro 2, Enero de 2014, Tomo IV; Pág. 2902. IX.1o. J/4 (10a.). Registro 2 005 268.

Documento electrónico:

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo: “Voto razonado en relación con la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos”. En: Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México” del 26 de noviembre de 2010, Costa Rica. Disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/votos/vsc_ferrer_220_esp.doc

Revista Jurídica

No. 94

Año 17 Octubre - Diciembre 2017



PODER JUDICIAL

DEL ESTADO DE NAYARIT

DIRECTORIO

PLENO DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA

Dr. Pedro Antonio Enríquez Soto
Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia

SALA CONSTITUCIONAL

Dr. Pedro Antonio Enríquez Soto
Magistrado Presidente de la Sala Constitucional
Dr. José Miguel Madero Estrada
Lic. Ismael González Parra
Lic. Miguel Ahumada Valenzuela
Mtro. en D. Raúl Gutiérrez Agüero
Magistrados de la Sala Constitucional

SALA CIVIL

Mtra. en D. Rocío Esther González García
Magistrada Presidente de la Sala Civil
Lic. Rodolfo Adrián Rodríguez Alcántar
Lic. Roberto Arturo Herrera López
Magistrados de la Sala Civil

SALA PENAL

Lic. Thoth Aldrin Lomelí Aguilar
Magistrado Presidente de la Sala Penal
Lic. José Alfredo Becerra Anzaldo
Lic. Francisco Javier Rivera Casillas
Magistrados de la Sala Penal

SALA DE JURISDICCIÓN MIXTA

Lic. Rafael Pérez Cárdenas
Magistrado Presidente de la Sala de Jurisdicción Mixta
Lic. Ana Isabel Velasco García
Lic. Zaira Rivera Veliz
Magistrados de la Sala de Jurisdicción Mixta

PRIMERA SALA UNITARIA

Mtro. en D. Jorge Ramón Marmolejo Coronado
Magistrado de la Primera Sala Unitaria

SEGUNDA SALA UNITARIA

Lic. Román Carlos Rafael González Momita
Magistrado de la Segunda Sala Unitaria

TERCERA SALA UNITARIA

Lic. Pedro Álvarez Hormaeche
Magistrado de la Tercera Sala Unitaria

Mtra. Teresa Briseño Velázquez

Secretaria General de Acuerdos del Tribunal Superior de Justicia

PLENO DEL CONSEJO DE LA JUDICATURA

Dr. Pedro Antonio Enríquez Soto
Magistrado Presidente del Consejo de la Judicatura

Lic. Rafael Pérez Cárdenas
Lic. Roberto Arturo Herrera López
Lic. Miguel Ahumada Valenzuela
Mtro. en D. Jorge Ramón Marmolejo Coronado
Mtra. en D. Rocío Esther González García
Mtro. en D. Raúl Gutiérrez Agüero
Lic. Pedro Álvarez Hormaeche
Dr. José Miguel Madero Estrada
Lic. Ismael González Parra
Lic. Rodolfo Adrián Rodríguez Alcántar
Lic. Román Carlos Rafael González Momita
Lic. Ana Isabel Velasco García
Lic. Thoth Aldrin Lomelí Aguilar
Lic. José Alfredo Becerra Anzaldo
Lic. Zaira Rivera Veliz
Lic. Francisco Javier Rivera Casillas
Magistrados Consejeros

Lic. María Guadalupe Martínez Castañeda
Lic. José Ricardo Rodríguez Valdez
Jueces Consejeros

Lic. Dora Lucía Santillán Jiménez
Secretaria de Acuerdos del Consejo de la Judicatura

COMISIONES

Administración:

Lic. Thoth Aldrin Lomelí Aguilar
Lic. Pedro Álvarez Hormaeche y
Mtro. Jorge Ramón Marmolejo Coronado

Planeación:

Lic. Roberto Arturo Herrera López
Lic. Ana Isabel Velasco García
Lic. Francisco Javier Rivera Casillas

Evaluación:

Lic. José Miguel Madero Estrada
Lic. Miguel Ahumada Valenzuela
Lic. Rafael Pérez Cárdenas.

Disciplina:

Lic. Rafael Pérez Cárdenas
Lic. Ismael González Parra
Mtro. Jorge Ramón Marmolejo Coronado
Lic. Román Carlos Rafael González Momita.

Carrera Judicial:

Mtro. Raúl Gutiérrez Agüero
Lic. Román Carlos Rafael González Momita
Lic. José Ricardo Rodríguez Valdez.

COMITE EDITORIAL

Dr. Pedro Antonio Enríquez Soto
Magistrado Presidente del Tribunal Superior de Justicia

Dr. José Miguel Madero Estrada
Magistrado de la Sala Constitucional-Electoral

Dr. Julio César Romero Ramos
Secretario de la Carrera Judicial

Mtro. Francisco Flores Soria
Departamento de Comunicación Social

Lic. Rosa Evelia Medina Espinosa
Departamento de Investigación

Ing. César Omar Estrada Castañeda
Área de Compuedición y Logística.

Comisión de Normatividad

Dr. José Miguel Madero Estrada
Lic. Miguel Ahumada Valenzuela
Mtro. Raúl Gutiérrez Agüero
Lic. Thoth Aldrin Lomelí Aguilar

Capacitación:

Lic. Rodolfo Adrián Rodríguez Alcántar
Lic. José Alfredo Becerra Anzaldo
Lic. Zaira Rivera Veliz

Transparencia y Acceso a la Información Pública:

Dr. José Miguel Madero Estrada
Lic. Raúl Gutiérrez Agüero
Lic. Thoth Aldrin Lomelí Aguilar

De Equidad de Género:

Lic. Ana Isabel Velasco García
Mtra. Rocío Esther González García
Mtro. Raúl Gutiérrez Agüero.

94



Certificado de Reserva al Uso Exclusivo: 04-2016-042516352700-203
ISSN en trámite

Poder Judicial del Estado de Nayarit

Zacatecas 109 sur. Colonia Centro
Tepic, Nayarit, México
C.P. 63000
(311) 215-47-00