

UNIVERSIDAD DE GUANAJUATO



**EL PRINCIPIO PRO HOMINE O PRO PERSONA Y SU INFLUENCIA EN LA
TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS EN
MÉXICO**

**TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE DOCTOR EN
DERECHOS HUMANOS**

PRESENTA: FRANCISCO JOSÉ PARRA LARA

DIRECTOR DE LA TESIS

DR. VÍCTOR MANUEL COLLÍ EK

INTEGRANTES DEL JURADO

**DR. ALEJANDRO SAHUÍ MALDONADO
DRA. ANA XIMENA JACOBY
DR. JOSÉ ISRAEL HERRERA
DR. JORGE RIVERO EVIA**

GUANAJUATO, GUANAJUATO, 2021

Introducción

V

**Capítulo
I
Fundamentos conceptuales**

1	Introducción.....	1
2	Derechos Humanos.....	2
2.1	Características constitucionales.....	3
2.2	Otras características no contempladas expresamente en la CPEUM.....	11
3	Las restricciones constitucionales expresas y la jerarquía constitucional (según lo opinado por Zaldívar Lelo de la Larrea y Cossío Díaz en de la contradicción de tesis 293/2011).....	13
4	Principio <i>pro homine</i> o <i>pro persona</i>	16
4.1	Definiciones.....	16
4.2	Su origen universal.....	18
4.3	Su origen americano.....	20
4.4	<i>Pro homine</i> , ¿principio o regla de <i>jus cogens</i> ?.....	21
5	Sus antecedentes internacionales remotos.....	26
6	Su verdadero origen convencional americano.....	27
7	Su trascendencia interpretativa.....	29
8	El <i>pro homine</i> y la tutela judicial efectiva.....	35
9	Conclusiones.....	37

Capítulo

II

El principio *pro homine* en el derecho comparado

1	Introducción.....	40
2	En la vertiente positivista o normativa.....	41
2.1	Delimitación expresa en el Sistema Universal de Derechos Humanos.....	41

2.2	El tratado-marco del <i>pro homine</i>	43
2.3	En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos.....	49
2.3.1	Positivización interamericana expresa del <i>pro homine</i>	49
2.3.2	El <i>pro homine</i> , según la CIDH.....	55
2.3.3	El <i>pro homine</i> , de acuerdo a la Corte IDH.....	56
3	El <i>pro homine</i> en su faceta principalista o argumentativa.....	66
3.1	<i>In dubio pro reo</i>	67
3.2	<i>In dubio pro actione</i> o <i>favor actionis</i>	73
3.3	<i>In dubio pro operario</i>	74
3.4	<i>In dubio pro libertatis</i> o <i>favor libertatis</i>	77
3.5	<i>In dubio</i> o <i>favor debilis</i>	81
3.6	El interés superior del niño.....	85
3.7	Las razones de la divergencia entre el <i>pro homine</i> y sus “variantes”.....	88
4	Conclusiones.....	89

Capítulo

III

El principio *pro persona* y su interpretación por los tribunales mexicanos

1	Introducción.....	91
2	Antes de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011.....	92
2.1	El primer antecedente del <i>pro homine</i> en la sede judicial mexicana.....	92
2.2	La primera referencia textual.....	92
2.3	Su exigencia desde la interpretación de la normativa convencional.....	93
2.4	Su primera derivación o aplicación en una materia específica.....	93
2.5	La primera interrelación con el control de constitucionalidad.....	93
2.6	La presunción de inocencia en el ámbito del derecho electoral (La histórica contradicción de tesis 6/2008-PL).....	94
3	Después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011.....	96
3.1	Por la SCJN.....	96
3.1.1	La incorporación de su directriz de preferencia normativa.....	96

3.1.2	Los límites y/o restricciones (en abstracto) a la interpretación <i>más favorable</i> a la persona.....	96
3.1.3	El <i>pro persona</i> y su impacto en el juicio de amparo.....	98
3.1.4	La <i>¿infra-valorización del in dubio pro actione?</i>	98
3.1.5	La interpretación conforme y el <i>pro persona</i>	99
3.1.6	El <i>pro persona</i> y la no “ <i>pre-constitución</i> ” de derecho alguno.....	101
3.1.7	Las restricciones procesales domésticas del <i>pro persona</i>	102
3.1.8	La jurisprudencia supranacional y su incorporación en la regularidad constitucional de México.....	103
3.1.9	La transversalidad de la interpretación conforme y el <i>pro persona</i> en los asuntos de estricto derecho.....	105
3.1.10	<i>Pro persona</i> : los requisitos mínimos para acceder a su estudio..	106
3.1.11	La suplencia de la queja deficiente y el <i>pro persona</i>	107
3.1.12	El <i>pro persona</i> y sus “ <i>vertientes plausibles</i> ”.....	108
3.2	Por los Tribunales Colegiados de Circuito.....	108
3.2.1	El <i>pro persona</i> y las exenciones al orden público de tributar en favor del Estado.....	109
3.2.2	La “ <i>variante in dubio pro operario</i> ” como factor decisorio entre el estricto derecho y la suplencia de la queja deficiente.....	110
3.2.3	La <i>maximización</i> del acceso a la justicia.....	110
3.2.4	El <i>pro persona</i> y la perención de la instancia en abstracto.....	111
3.2.5	El <i>in dubio pro actione</i> en la vía recursal en el amparo.....	112
3.2.6	El <i>pro homine</i> como elemento <i>maximizador</i> de la suplencia de la queja deficiente.....	112
3.2.7	Los límites contractuales (como normas jurídicas individuales) del <i>pro homine</i>	114
3.2.8	El <i>pro persona</i> y su interrelación con los diversos principios de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora.....	114
3.2.9	El <i>pro homine</i> y las “ <i>variantes que lo componen</i> ”.....	116
3.2.10	Las antinomias y su importancia en la actualización del <i>pro homine</i>	116
3.2.11	El <i>pro persona</i> como “ <i>test de argumentación</i> ”.....	117
4	Conclusiones.....	118

Capítulo IV

El principio *pro persona* y su argumentación en el marco de la tutela jurisdiccional efectiva

1	Introducción.....	119
2	La ponderación: sus orígenes internacional y nacional.....	124
3	La interpretación y la ponderación.....	127
4	La ponderación frente a la jerarquía de las normas de <i>jus cogens</i>	129
5	La crítica de Cossío Díaz a la “regla universal de interpretación”.....	133
6	La subsunción.....	134
7	La discrecionalidad judicial.....	137
8	La ponderación y la proporcionalidad (<i>lato sensu</i>).....	146
9	La proporcionalidad y sus <i>sub-principios</i>	152
9.1	Idoneidad o adecuación.....	153
9.2	Necesidad.....	156
9.3	Proporcionalidad o juicio de proporcionalidad (<i>stricto sensu</i>).....	158
10	La proporcionalidad según la “moderna teoría de los derechos fundamentales” (Caso del uso lúdico y recreativo de la marihuana. Amparo en revisión 237/2014. Las críticas de Cossío Díaz y García Amado al respecto.....	161
11	Los demás instrumentos para argumentar sobre derechos humanos.....	167
12	La argumentación a propósito de la <i>bioética</i> y el <i>bioderecho</i>	174
13	El “ <i>soft balancing</i> ” en el mundo del “realismo jurídico”.....	176
14	Conclusiones.....	182
	Conclusiones finales	185
	Fuentes de investigación	188

INTRODUCCIÓN

Luego de hacer su aparición a nivel mundial el Derecho Internacional de los Derechos Humanos (DIDH), hace unas décadas, tanto en América como en México se hizo presente el mismo, principalmente por medio del principio *pro homine* (nombre con el que tal postulado suele ser mayormente referenciado continental e internacionalmente), pues aquel es el que mandata a los países y sus autoridades a actuar en pos de aplicar, en la medida más amplia posible, el *mayor favorecimiento a las personas*. Misma directriz que el texto de la Constitución federal mexicana consagra en su artículo 1º.

Ahora bien, dado que, como se sabe, la integración del *corpus juris* de los derechos humanos se conforma con las interpretaciones tomadas de cualquier jurisdicción del mundo, *siempre y cuando* estas resulten aplicables al caso, es que resalta el hecho de saber cuáles son los lineamientos, en sede internacional y nacional, que habrían de respetarse en pos de hacer factible el debido cumplimiento de tal apotegma.

Consustancial a la tarea anterior es la que llevó a precisar cómo el principio *pro homine* (de acuerdo a lo razonado por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) y el *pro persona* (según lo modulado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación), está conceptualizado por su doctrina; extremo que incluye las opiniones de académicos con la autoridad para pronunciarse en la materia, sin dejar de lado la obra legislativa, tanto doméstica como internacional, en donde se asienta la que, para los efectos de esta tesis se denominó la corriente "*normativa o positivista*", a fin de contrastarla con los criterios jurisdiccionales que tendrían más afinidad con la diversa "*argumentativa-principialista*".

Lo aseverado en el párrafo inmediato anterior conllevó a analizar diversos precedentes de los tribunales competentes que son sintetizados, engarzados y comentados a efecto de solidificar la congruencia interna y externa de la presente obra, esperando que con ello sean de utilidad tanto en lo académico como en su instrumentalidad o tutela efectiva para el aplicador del derecho.

Estudio en cuestión que no hubiera sido factible sin recurrir a la investigación cuantitativa, pues quedó de manifiesto que no existe ni recopilación, al menos desde la perspectiva mexicana, congruente con una sistematización de datos confiables acerca de los orígenes, estructura, funcionamiento y desarrollo como pasos previos y necesarios en la interpretación del *pro persona*. Extremo que se transpola hacia lo cualitativo pues, al sistematizarse ese datismo, como se espera haberlo hecho, se colaboraría en el desarrollo de la teoría acerca de cómo, real y operativamente, el multicitado apotegma ha venido sentando sus raíces en las últimas siete décadas, así como la consecuente trascendencia jurídica, tanto en lo internacional y/o supranacional, y más en lo doméstico, que el mismo representa.¹

Haciendo una muy rápida analogía, esperando con ello no demeritarla, podría decirse que lo investigado, según el presente trabajo, se sentaría en el puente entre la *argumentación práctica* de raíces kantianas, propia de la realidad descriptiva, y la *argumentación normativa*, más enfocada hacia lo inductiva que debiera ser la discrecionalidad del juzgador; parafraseando así lo señalado por Neil MacCormick² y Manuel Atienza.³

Aspiración, la conglomerada en los párrafos inmediatos anteriores, que bien podría considerarse con cierto apego al *realismo jurídico estadounidense del siglo XX*; esto por las demás numerosas referencias a las resoluciones de tribunales que son plasmadas en este escrito. En esta lógica, los fines teóricos objetivos de este trabajo desembocarían en el *constructivismo jurídico* del multicitado principio y los “*topois*” a este concatenados, vertidos en un “*sistema jurídico experto*”⁴.

Con base en lo anterior, se concluye, el presente documento procura trazar los límites conceptuales y de aplicación del mencionado principio que le son propios en el sistema jurídico mexicano. Dilucidación la anterior, que se estima

¹ Sistematización y síntesis de temas relacionados con la argumentación jurídica. Lo que, respetada su valía trascendental, se le reconoce a la “*Teoría de la Argumentación Jurídica*” de Robert Alexy.

² “*Legal Reasoning and Legal Theory*”, Oxford University Press, New York, 1978, p. 265.

³ Atienza, Manuel, “*Las razones del derecho*”, Teoría de la argumentación jurídica, UNAM, tercera reimpresión de la primera edición, México, 2008, p. 105 y ss.

⁴ Haciendo alusión a la defensa que hizo Atienza de la valía de la “*tópica jurídica*” de Viehweg.

insoslayable para determinar la manera correcta de interpretar y aplicar el *pro homine* o *pro persona*, primordialmente en sede jurisdiccional, a efecto de que con ello no se perjudiquen, ilegítimamente, ni los derechos de terceros ni el orden público que permite la correcta operatividad del sistema jurídico, en la especie de México.

Capítulo I Fundamentos conceptuales

1 Introducción

En este primer capítulo se traza un esbozo de lo que se entiende por principio *pro persona* o *pro homine* o de (*mayor*) *favorabilidad a la persona*, citando primordialmente las definiciones doctrinarias paradigmáticas de tal concepto, en especial las dos más conocidas y aludidas en diferentes fuentes nacionales e internacionales: la referida por Rodolfo E. Piza Escalante, en su oportunidad juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y la esgrimida por la investigadora argentina Mónica Pinto.

Así mismo, se hará una alusión general de las delimitaciones conceptuales que los máximos tribunales, constitucional, y de derechos humanos en México y el continente americano, respectivamente, han señalado respecto de tal postulado. Se hará lo propio en atención a cómo se ha apreciado la asimilación de dicho apotegma en la sede del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

A la par, se citarán diversas como variadas opiniones doctrinales que contribuyen a entender, *lato sensu*, los márgenes configurativos como sus “*restricciones constitucionales*” en que el *pro homine* se ha venido construyendo desde su vocación internacional.

Lo anterior en aras de sentar las bases de cuál sería el valor epistémico del principio *pro persona* o *pro homine* y, consustancial a este, su trascendencia jurídica, tanto en las propias sedes internacional y doméstica como en la interconexión de ambas, trazando así la manera en que debiera instrumentarse a efecto de lograr la tutela efectiva, en especial del tipo jurisdiccional, de los derechos humanos.

2 Derechos Humanos

Desde la reforma constitucional en la materia en 2011, ha transcurrido mucha tinta respecto de dicho concepto. Razón por la cual se sintetizarán los aspectos medulares para los fines de la presente investigación.

En resumen, se tiene que derechos humanos son aquellos derechos o prerrogativas derivadas de lo que le da sustento a los mismos: la dignidad humana.⁵ Siguiendo sus basamentos, su esencia es inherente a los seres humanos por el solo hecho de serlo, “*sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua, o cualquier otra condición*”.⁶

Su origen contemporáneo en el ámbito internacional devino a la Segunda Guerra Mundial gracias a la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) proclamada a través de la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas celebrada en París, Francia el 10 de diciembre de 1948. Siete décadas puede considerarse como las que han transcurrido desde la aceptación intercontinental del discurso que obliga a los países y a las personas, tanto físicas como jurídicas, a instrumentar los mecanismos jurídicos, sea en su fuero doméstico (constitucionales y legales) como en el internacional (tratados, convenciones, declaraciones, etc.), así como los que podrían considerarse como “*mixtos o transversales*” atendiendo que su origen puede ser indistinto a los

⁵ Redunda en este pensamiento lo asentado en el último párrafo del cardinal 1o. de la Constitución federal mexicana: “*Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas*”.

⁶ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *¿Qué son los derechos humanos?*, consultable en: <https://www.cndh.org.mx/derechos-humanos/que-son-los-derechos-humanos>. Fecha de recuperación: 11 de mayo de 2020. Definición que se engarza con la nota inmediata anterior.

anteriores y aun así obligar a los tribunales nacionales como internacionales a acatarlos (la jurisprudencia, los principios generales del derecho, entre otros).⁷

En concreto, a raíz de la asimilación que los países han hecho de la DUDH y demás disposiciones jurídicas que conforman el “*corpus juris de los derechos humanos*” (es decir, el conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados, como tratados, convenios, resoluciones y declaraciones), que se ha entendido que estos aglutinarían un, ciertamente, nuevo y especial tipo de derecho: el *internacional de los derechos humanos* (DIDH), el cual “*establece las obligaciones que tienen los gobiernos de tomar medidas en determinadas situaciones, o de abstenerse de actuar de determinada forma en otras, a fin de promover y proteger los derechos humanos y las libertades fundamentales de los individuos o grupos*”.⁸ Mismo cuyo espíritu se encuentra plasmado en el texto actual del artículo 1o. de la Constitución federal mexicana.

2.1 Características constitucionales

a) Deber de respeto maximizado. Como se adelantó en líneas precedentes, en su origen el DIDH requería a los gobiernos (personas públicas) el respeto de los derechos humanos de sus gobernados (en una relación vertical) y no así, propiamente dicho, en el plano horizontal, es decir, que tal obligación también fuera exigible entre particulares. Actualmente no cabría duda que tanto vertical como horizontalmente pueden exigirse la promoción, respeto, protección y garantía de tales derechos humanos.

Tal dilucidación, aunque de manera aislada, era contemplada algunos tribunales mexicanos incluso antes de la reforma constitucional *ad hoc* en 2011, tal cual lo evidencia el criterio del Tercer Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito de rubro “**DERECHOS FUNDAMENTALES. SON**

⁷ Podría decirse que tanto Norberto Bobbio –desde la perspectiva de filosofía jurídica– como Luigi Ferrajoli –desde el positivismo crítico– coincidieron en que con la emisión de la DUDH se podían considerar como definidos, positivamente, los derechos humanos.

⁸ Comisión Nacional de los Derechos Humanos, *op. cit.*

SUSCEPTIBLES DE ANALIZARSE, VÍA AMPARO DIRECTO INTERPUESTO CONTRA LA SENTENCIA DEFINITIVA QUE PUSO FIN AL JUICIO, EN INTERPRETACIÓN DIRECTA DE LA CONSTITUCIÓN, AUN CUANDO SE TRATE DE ACTOS DE PARTICULARES EN RELACIONES HORIZONTALES O DE COORDINACIÓN.”⁹

Ahora bien, respecto al *alcance prestacional* que tuvieron los derechos humanos, vale la pena señalar que la doctrina constitucional como jurisprudencial de los Estados Unidos de América, partiendo de la interpretación de la figura de la “*state action*” con asidero en el Decimocuarta Enmienda, fijan la correlación del tipo *vertical* más que *horizontal* entre las acciones del poder estatal, en cualesquiera de sus formas, y sus gobernados, más no tutelaría constitucionalmente, de forma inmediata y directa al menos, las relaciones entre particulares.¹⁰

b) Su interrelación con las “*garantías*”. El Título Primero, Capítulo I de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (en adelante CPEUM), se intitula “*De los Derechos Humanos y sus Garantías*”, siendo que en el primer párrafo de su artículo 1o. se vincula estrechamente uno y otro concepto. Para la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) por *garantías* se entiende las “(...) *técnicas y medios que permiten lograr la eficacia de los*

⁹ Tesis: I.3o.C.739 C. Número de registro electrónico (NRE) 166676. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta en el mes de agosto de 2009.

¹⁰ Cortés Araujo, Gabriela E, “*La tutela horizontal de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano*”, en: “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte*”, aplicaciones y desarrollos recientes, González Carvallo, Diana Beatriz y Sánchez Gil, Rubén, coordinadores, Centro de Estudios Constitucionales de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, primera edición, México, abril de 2021, p.12.

*mismos*¹¹; en su ausencia, el goce de los derechos que reconoce nuestro orden constitucional no puede materializarse en las personas”.¹²

c) La interpretación conforme a la CPEUM y los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su correlación con la “*favorabilidad más amplia hacia las personas*” (mandato, este último, correlacionado con el principio *pro homine* o *pro persona*). Ambas directrices constitucionales (la interpretación y el principio) de expresa señalización en el segundo párrafo del multicitado arábigo 1o. En este apartado se hablará sobre la primera, reservando el punto siguiente a dicho postulado.

Manuel L. Hallivis Pelayo refiere que

*La interpretación conforme, también llamada “adaptativa”, que adecua el significado de una disposición de jerarquía menor, al significado que se le haya establecido en otras normas de rango superior o en un principio general del derecho. En el primer caso, se trata de una interpretación condicionada por una jerarquía formal, mientras que, en el segundo, por una jerarquía axiológica.*¹³

Definiciones, las anteriores, que parten de la conceptualización del control de convencionalidad mismo que, en vía de jurisprudencia, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) plasmó en el Caso “*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006, párrafo el que se transcribe:

¹¹ La Sala se refiere a los derechos humanos, respecto de los cuales líneas antes dijo: “*El texto del artículo 1o., párrafo primero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, vigente desde el 11 de junio de 2011, establece que las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en dicho ordenamiento fundamental y en los **tratados internacionales** de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección. Conforme a dichos términos, en el contenido de los derechos humanos residen expectativas de actuación por parte de los entes de autoridad, por lo que las personas deben contar con los medios que garanticen la realidad de tales aspiraciones. Para ello, las garantías de protección de los derechos humanos son técnicas y medios que (...)*”.

¹² Tesis: 1a. CCLXXXVI/2014 (10a.). NRE 2007057.

¹³ “*Metodología para realizar el control difuso de la convencionalidad*”, Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, cuaderno “*¿Cómo argumentar los derechos humanos*”, SCJN, primera edición, México, noviembre de 2013, p. 545. Dicho autor, a su vez, cita a Velluzi, Vito, “*Interpretación Sistemática. ¿Un concepto realmente útil? Consideraciones acerca del sistema jurídico como factor de interpretación*”, en *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, trad. Amalia Amaya, No. 21-1, Universidad de Alicante 1998, pp.80-81.

124. La Corte es consciente 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 mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. 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. ¹⁴

En el ámbito jurisdiccional mexicano la Primera Sala del Alto Tribunal emitió el siguiente precedente que explica cómo interactúan la *interpretación conforme* y el *favorecimiento más amplio*, más comúnmente aludido como principio *pro homine* o *pro persona*:

INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU APLICACIÓN TIENE COMO PRESUPUESTO UN EJERCICIO HERMENÉUTICO VÁLIDO. *Conforme al principio pro persona, debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos fundamentales e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida si se busca establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, por lo que ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Este principio se relaciona con la interpretación conforme, por la cual, antes de considerar inconstitucional una norma jurídica, deben agotarse todas las posibilidades de encontrar en ella un significado que la haga compatible con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, por lo que, de ser posibles varias interpretaciones de la disposición, debe preferirse la que salve la aparente contradicción con la Norma Fundamental.*¹⁵ *En ese sentido, un presupuesto indispensable para que esas técnicas hermenéuticas puedan aplicarse es*

¹⁴ El énfasis es **propio**. Información tomada de la recopilación jurisprudencial de la misma corte inserta en su Cuadernillo de Jurisprudencia No. 7 (de título “*Control de Convencionalidad*”), 2015. p. 4. Misma fuente en donde relaciona como criterio que refuerza al anterior el derivado del Caso “*La Cantuta Vs. Perú*” (Fondo, reparaciones y costa), sentencia de 29 de noviembre de 2006, párr.173

¹⁵ El énfasis es **propio**.

que la asignación de significado a la norma jurídica sea fruto de una interpretación válida, es decir, la derivada de algún método de interpretación jurídica, ya sea el gramatical, el sistemático, el funcional, el histórico o algún otro. Así, la interpretación conforme o la aplicación del principio pro persona no puede realizarse a partir de atribuir a la norma un significado que no tiene conforme a alguno de los métodos de interpretación jurídica, porque en ese caso, la norma sujeta a escrutinio ya no será la misma, sino que habría sido cambiada por otra.¹⁶

Sobre la tesis inmediatamente antes transcrita, cabe acotar que el *favorecimiento de la persona* sería un *presupuesto hermenéutico válido en sí mismo*, pues la forma en que está inmerso en el texto constitucional mexicano le daría la fuerza normativa para así considerarlo. Presupuesto entendible como fin o propósito interpretativo y no así, propiamente, como instrumento, método técnica hermenéutica.

En la forma en que se reflexiona que se pueden *salvar* (es decir, *interpretar conforme*, valga la expresión) dicho criterio de la Primera Sala con la reflexión personal de quien escribe, a la par que se le facilitarían la labor jurisdiccional al intérprete que corresponda, sería considerar que los demás principios, técnicas o métodos distintos a la *interpretación conforme* y *pro persona* auxiliarían a estos últimos a efecto de trazar una idea, si bien mínima, básica y por ende infranqueable para dotar de seguridad y certeza jurídica respecto de dónde partir hacia maximizar el empleo de los segundos. Así pues, podría decirse que lo anterior permitiría explicar que el *pro persona*, como en su caso la *interpretación conforme*, no pueden aplicarse “*así como así*”, es decir, de manera singular, directa, inmediata y desprovista del apoyo de demás componentes exegéticos como los antes señalados.

Luego, podríamos decir, a manera de guisa, que para arribar a la determinación de lo *más favorable a la persona* es válido auxiliarse de un método de interpretación muy arraigado en el ámbito jurídico, como el sistemático. Así, este método sería la vía para desembocar en el ejercicio hermenéutico del *pro homine*.

¹⁶ Tesis: 1a. CCLXIII/2018 (10a.), NRE 2018696.

Regresando a la figura de la *interpretación conforme*, es preciso decir que no solo incluye el deber de adaptar el texto de la disposición legal a lo contemplado por la CPEUM, sino también a lo que en su caso se indique en la normativa convencional aplicable.¹⁷

Así mismo, se tiene que cuando no sea posible convalidar la constitucionalidad o convencionalidad de la norma jurídica bajo escrutinio, siendo así inaplicables la “*interpretación conforme en sentido amplio*” y en “*sentido estricto*”, entonces el paso siguiente será inaplicarla o desaplicarla. Todo esto siguiendo los “*pasos*” planteados por la SCJN:

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. *La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que 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 reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que 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 reconocidos 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; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de 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.*¹⁸

¹⁷ Como se explica en el criterio de la Primera Sala Tesis: 1a. CCCXLIV/2015 (10a.). NRE 2010426, de rubro: “**PARÁMETRO DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL. SE EXTIENDE A LA INTERPRETACIÓN DE LA NORMA NACIONAL O INTERNACIONAL**”.

¹⁸ Tesis: P. LXIX/2011(9a.). NRE 160525.

d) Sus principios, de acuerdo al párrafo tercero del ordinal 1o. constitucional:

Universalidad. Dado su origen de la misma especie, correlacionado con su asidero en la dignidad humana, esta característica los hace aplicables a todas las personas (humanas y en algunos supuestos morales) sin distinción alguna a su nacionalidad, raza, condición económica, etc., y sin importar el entorno político, jurídico, social, cultural, territorial, temporal y de cualquier otra índole en que se encuentre la persona.

Interdependencia. Este atributo enfatiza que los derechos humanos están correlacionados los unos con los otros, por lo que el origen o violación a uno de ellos importaría el de uno u otros más. Respecto a la interdependencia entre los derechos humanos que se hace patente cuando estos son violados, se le suele llamar "*integralidad*".¹⁹

Indivisibilidad. Intrínsecamente vinculada con la *interdependencia* y la *integralidad*, añadiría que no es posible jerarquizar o darle supremacía a un derecho humano sobre otro de manera que esto resulte en detrimento de la prerrogativa considerada inferior en todos los casos en que uno y otro se confronten. Raciocinio que importa que los derechos humanos no sean "*absolutos*", como más adelante se comentará. Así se entiende la necesidad de acudir a los métodos de interpretación y argumentación jurídica, como la *ponderación*, a efecto de darles la justa primacía a unos sobre otros según los específicos asuntos que se susciten

Progresividad. En resumen, podríamos decir que esta característica exige de parte de los obligados el ir en pos de maximizar el disfrute, protección o vigencia de los derechos humanos, siendo en consecuencia vedado el extremo opuesto ("*regresividad*"), el de restringir o eliminar toda medida o consideración

¹⁹ Al efecto, véase Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos curso "*Fundamentos teóricos de los derechos humanos*", Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, primera edición, México, 2011, p. 20.

previamente tomada a favor de aquellos. Aquí un criterio obligatorio de la Segunda Sala de la SCJN que lo explica:

El principio de progresividad que rige en materia de los derechos humanos implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere 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 sólo 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.²⁰

Ahora bien, es importante acotar que la Primera Sala de la misma Corte dijo que tal prohibición de *no regresividad* no es absoluta, pues habría que atender si, previo el debido ejercicio argumentativo (y no solo a través de la “ponderación de principios”, distanciándonos de lo razonado por tal Sala, a la par de adelantarnos en los términos que desarrollamos en el capítulo 4 de esta investigación), se constata si la regresión efectivamente vulnera lo que serían “derechos adquiridos”, resultando con ello un acto u omisión inconstitucional-inconvencional, a diferencia de lo pasaría si tan solo se afectan “expectativas de derechos”. Análisis que se decanta con base en las vertientes de “resultados” y “normativa” en que la Sala desglosó su exégesis respecto de tal *regresividad* (amparo en revisión 566/2015).

²⁰ Tesis: 2a./J. 35/2019 (10a.) NRE 2019325, de rubro: “**PRINCIPIO DE PROGRESIVIDAD DE LOS DERECHOS HUMANOS. SU NATURALEZA Y FUNCIÓN EN EL ESTADO MEXICANO.**”

2.2 Otras características no contempladas expresamente en la CPEUM

Imprescriptibilidad. A diferencia de otras clases de derechos (como por ejemplo, las acciones civiles o penales), los derechos humanos, como tales, no se pierden o desaparecen por el solo trascurso del tiempo.

Inalienabilidad. De forma compuesta, implicaría que los derechos humanos son propios y únicos de las personas, siendo así inviable su renuncia, enajenación, transmisión o cualquier transacción hacia otra persona que no sea su directo titular.

Absolutez. Aquí habría que hacer una importancia distinción: como característica exigible en lo positivo (vertical) y como exigible en lo negativo (horizontal). En lo positivo, se dicen que los derechos humanos son *absolutos* porque ninguna otra prerrogativa o expectativa moral, social, o legítima que no sea otro derecho humano puede derrotar, parcial o totalmente, a otro derecho humano. Así, se entiende que el derecho humano está verticalmente por encima de tales otros conceptos. Aquí cabría la “*fuerza o exigencia*” que Francisco Laporta le endilga a los derechos humanos que los distingue de los demás tópicos con un contenido moral.²¹

En cambio, al aludir al ámbito negativo u horizontal, se entiende que los derechos humanos frente a otros de la misma esencia no pueden desplazarlos o derrotarlos en todos los casos. Luego, la *absolutez horizontal* o entre derechos humanos es inaceptable porque harían nugatorias las características de la *universalidad, interdependencia e indivisibilidad* de los mismos.

Excepción habría cuando se esté frente a un derecho humano correlacionado con una norma o regla del tipo *ius cogens* (misma cuyo tipo se abundará posteriormente), tales como algunos de los que se establecerían en el segundo párrafo del artículo 29 de la Constitución federal: “(...) *la no*

²¹ Laporta, Francisco, “*Sobre el concepto de derechos humanos*”, Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho, España, núm. 4, 1987, p.36.

discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura (...)".²² La prohibición de discriminar se sustenta también, con dicha apariencia de absolutez, en el último párrafo del artículo 1º de la misma Ley Fundamental; mientras que en el párrafo cuarto se inserta una disposición de igual jerarquía respecto de la prohibición de la esclavitud. Otras conductas prohibidas y que podrían tener el mismo tratamiento constitucional los serían las inmersas en el primer párrafo del arábigo 22 constitucional.²³

A favor de los razonamientos inmediatos anteriores, estarían las opiniones relacionadas con la esencia de los derechos humanos y su transversalidad hacia los demás componentes sociopolíticos como jurídicos, especialmente por lo que hace a la relación de aquellos con los postulados constitucionales orgánicos, como lo serían los principios de supremacía constitucional y el (funcional) de la división de poderes. Así, es que podemos entender que, en oposición a las decisiones de las "mayorías", los derechos humanos (entendiéndose aquí las determinaciones tomadas a favor de las "minorías", al menos así consideradas en relación a las primeras), cobrando lógica la conceptualización de los derechos humanos como la "*esfera de lo indecible*"²⁴, categorización jurídica, según sostiene su creador (Luigi Ferrajoli) que limitaría el poder político a lo que al respecto determine el texto constitucional; bajo el concepto de "*territorio inviolable*", como lo llamaría

²² Como coincidiría en opinar la Corte IDH en el caso "*Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*", Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, sentencia de 6 de agosto de 2008, Serie C No. 184, párrafo 174.

²³ **Artículo 22.** Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

²⁴ Ferrajoli, Luigi, "*La esfera de lo indecible y la división de poderes*", en *Estudios Constitucionales*, año 6, No. 1, 2008, pp. 337-343

Norberto Bobbio ²⁵, o como "coto vedado", definición a la que aludiría el filósofo de origen argentino Ernesto Garzón Valdés para determinar a ese espacio (conformado por los derechos y libertades, es decir, tal "coto") respecto del cual, en aras de tratar dignamente a las personas, se exigiría su respeto cabal y efectivo en clave de exigencia y no así de ruego o súplica alguna.²⁶ En esa lógica, es que se entiende la expresión de "cartas de triunfo" que predica Ronald Dworkin respecto de los derechos humanos "frente a las decisiones mayoritarias"²⁷.

3 Las restricciones constitucionales expresas y la jerarquía constitucional (según lo opinado por Zaldívar Lelo de la Larrea y Cossío Díaz en la contradicción de tesis 293/2011).

Las referencias doctrinales, comentadas en el último párrafo del apartado inmediato anterior, que el propio ministro Arturo Zaldívar Lelo de la Larrea hizo mención en su voto aclaratorio y concurrente derivado de la contradicción de tesis 293/2011 (de la cual se abundará más adelante) de rubro: "**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.**"²⁸.

Pues bien, en lo que ahora se toca, en ese mismo voto el togado reconoce como dos puntos a destacar en la última parte de tal escrito: El primero, que las "restricciones expresas previstas en la Constitución han operado tradicionalmente como reglas especiales o excepciones, donde la regla general está constituida por el contenido del derecho humano" (sic). Es preciso decir que en el voto aclaratorio y concurrente (aunque en el preciso tema fue señalado como "voto concurrente en

²⁵ Bobbio, Norberto, "La regla de la mayoría: límites y aporías", citado en Fernández Santillán, José (comp.), "Norberto Bobbio: el filósofo y la política", Fondo de Cultura Económica, México, 1997, pp. 268-269.

²⁶ Garzón Valdés, Ernesto, "Propuestas", Trotta, España, 2011, p. 99

²⁷ Dworkin, Ronald, "Los derechos en serio", editorial Ariel, segunda edición, Barcelona, 1989, p. 37.

²⁸ Tesis: P./J. 20/2014 (10a.). NRE 2006224.

relación con las consideraciones que hacen referencia a la forma en que operan las restricciones constitucionales”) derivado de la misma resolución, el ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea señaló que el término correcto, al menos desde el enfoque constitucional, es el de “*restricciones*” y no así el de “*límites*”, pues estos últimos tendrían más similitud con otros, tales como el de las “*modalidades*” o “*configuraciones*.”²⁹ En esto podríamos agregar que en su uso concretamente vinculado con el contraste con el elemento o característica de la “*absolutez*” de los derechos humanos, es en donde el ministro Zaldívar Lelo de Larrea enfatizaría como el reducto donde se justificaría la utilización del término de “*restricciones*”, no sin antes reconocer su ambigüedad.

El segundo punto y que dejaría atrás el problema de la “*supremacía constitucional*”, tema eje de dicha contradicción de tesis y que, según el voto de la mayoría de los ministros, giraría en darle primacía a la CPEUM por encima de los tratados y demás instrumentos internacionales, refiere que para el actual ministro presidente el criterio de solución (entre optar por el texto constitucional o por el del ámbito convencional) es el que derivaría de la resolución, tradicional, de las antinomias: “*el criterio de especialidad de la norma*” (sic). Razonamientos que el ministro presenta como las derivadas del consenso mayoritario de sus pares y no así como propias de sus convicciones académico-judiciales.

En un sentido muy distinto, José Ramón Cossío Díaz, ministro en retiro, emitió su voto particular, mismo del que, en lo que se comenta, destaca lo siguiente:

- a. Sostuvo que el órgano reformador de la CPEUM decidió cambiar en junio de dos mil once la “*esencia de la misma, poniendo una carga extraordinariamente importante en la protección a los derechos humanos a partir del principio pro persona*” (sic). ¿*Neo-constitucionalismo, pro del DIDH?* Así podría entenderse tal aseveración.

²⁹ Al respecto, sostuvo: “(...) *no deben confundirse las "restricciones" al ejercicio de los derechos humanos con los "límites", "modalidades" o "configuraciones" que éstos pueden adoptar de conformidad con la Constitución. No obstante, estos conceptos no serán desarrollados en este lugar, toda vez que su explicación excede con mucho los propósitos del presente voto concurrente.*

- b. Lo que se transformó, abunda, fue la *“antropología constitucional” (sic) misma*, determinando de un modo completamente distinto la posición de las personas frente a las autoridades estatales. Suponer que este reconocimiento puede ser instrumentalizado en aras de lograr consensos entre los Ministros, agregó, *“es tanto como generar un espacio de libre disposición judicial frente a lo establecido por un órgano democrático cuya legitimidad no está en duda” (sic)*.
- c. Su segundo punto de disenso frente a la resolución finalmente aprobada por la mayoría del Pleno tuvo que ver con *“la aplicación real del criterio de jerarquía para relacionar los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales, a pesar de que en la propia resolución se indique expresamente que este criterio no resulta aplicable” (sic)*. El ministro en retiro sienta término por refrendar la que sería la base fundamental de su disenso y con ella la suma importancia del *pro persona* en pos de elegir la norma a aplicarse en el caso concreto, con independencia si es constitucional o convencional: *“el párrafo segundo del artículo 1o. dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional, no puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional” (sic)*.
- d. El letrado interpreta sistemática y teleológicamente los artículos 133 y 1o. (e implícitamente el ordinal 15, agregamos) de la misma constitución y señala que sólo cuando un tratado internacional estaría en vías de ser incorporado al orden jurídico mexicano que podría considerarse como desprovisto, en ese momento, de la misma jerarquía y/o supremacía que la CPEUM. Por tanto, una vez que el mismo sea incorporado, formalmente, al ahora llamado bloque de constitucionalidad, es que ya no sería válido el invocar al criterio o regla jerarquía y/o supremacía constitucional, pues lo correcto sería el efectuarse *“operaciones normativas a partir del principio pro persona tanto con los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México es parte como con aquellos reconocidos en la Constitución, sin establecer ninguna jerarquía entre ellos” (sic)*. Abunda a decir que esto, a su vez, tendría una historia constitucional mexicana de varios lustros, derivada del principio de dignidad de la persona.
- e. Así, Cossío Díaz refiere, respecto a la importancia del postulado multicitado, que lo dispuesto en el texto constitucional *“nos conduce a maximizar la interpretación conjunta de los derechos humanos de fuente constitucional y convencional en aras de otorgarle la mayor protección posible a las personas. Desde el momento en que se dice que ello será así “salvo” cuando exista una restricción constitucional expresa, se está desconociendo lo dispuesto en el propio Texto Constitucional en razón del desplazamiento que se hace de los derechos de fuente convencional*

frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución nacional, utilizándose así un criterio jerárquico” (sic).

- f. En consecuencia, Cossío Díaz *restringe en favor de la persona* (así lo entendemos) los términos contenidos en el arábigo 1o. (concretamente los relativos a la forma en que los derechos humanos habrán de restringirse o suspenderse) a efecto de predicarse *“única y exclusivamente a las condiciones establecidas en varios párrafos del artículo 29 de la propia Constitución” (sic)*. Éstas, agrega, *“no son expresiones retóricas, sino técnicas y específicas que deben utilizarse sólo en estos casos, sin extenderse a cualquier restricción que pudiera entenderse contiene la Constitución. Las últimas reformas a los artículos 1o. y 29 tienen la misma génesis, por lo que no deben ser interpretadas con orientaciones diversas y aun contrarias entre sí”*.

Sin perjuicio de lo que se abundará en el capítulo 4 de esta tesis respecto de dicho voto particular, agregamos que el jurista defiende que las restricciones o suspensiones a que alude el artículo 29 no pueden servir para integrar la que podríamos llamar la *“restricción general o transversal”* que, a su vez, dote de contenido al criterio diferenciador y, parafraseando a Cossío Díaz, como indefectiblemente *pro* de la *supremacía constitucional* y con ello de la jerarquía *ad hoc*, pues esto colisionaría de lleno con lo que el Constituyente Reformador habría pretendido con la incorporación del *pro homine* en el mismo texto constitucional.

4 Principio *pro homine* o *pro persona*

4.1. Definiciones

La primera definición de dicho postulado, según el consenso general, es la atribuida a Rodolfo E. Piza Escalante, entonces juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH). Tal conceptualización se contiene en la opinión separada que aquel emitió en relación a la Exigibilidad del Derecho de Rectificación o Respuesta (arts.14.1, 1.1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos- CADH-), la cual, a su vez, obra en la Opinión Consultiva OC-7/86 del 29 de agosto de 1986, serie A, núm. 7, párr. 36³⁰:

(...) me parece que el criterio fundamental es el que impone la naturaleza misma de los derechos humanos, la cual obliga a interpretar

³⁰ Consultable en: http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_07_esp.pdf. Fecha de recuperación: 29 de abril de 2019.

*extensivamente las normas que los consagran o amplían y restrictivamente las que los limitan o restringen. Ese criterio fundamental -- principio **pro homine** del Derecho de los Derechos Humanos--, conduce a la conclusión de que su exigibilidad inmediata e incondicional es la regla, y su condicionamiento la excepción, de manera que si, en los términos en que está definido por la Convención el derecho de rectificación o respuesta, podría ser aplicado aun a falta de las referidas "condiciones que establezca la ley", es un derecho exigible **per se**.³¹*

Cierto es que tal razonamiento acerca del principio *pro homine* (posteriormente redefinido como *pro persona* a efecto de volverlo neutro y hacerlo así más proclive a ser inclusivo y respetuoso de la perspectiva de género³²), no fue el primero que sobre el tema esgrimió Piza Escalante, pues desde su voto particular esgrimido en la Opinión Consultiva oc-5/85, relativa al tema de la colegiación obligatoria de periodistas (Arts.13 y 29 de la CADH) solicitada por el gobierno de Costa Rica, el juez sentó las directrices fundamentales respecto de tal principio, concretamente a lo extensiva que debe ser la interpretación (en cuanto a la *favorabilidad*, se agrega) de los derechos humanos, siendo, por el otro extremo, restrictiva la exégesis de sus limitaciones.

Alrededor de una década después de las opiniones del juez Piza Escalante surgió la que a la postre sería la definición del *pro homine* más citada: La expresada por Mónica Pinto, que a la letra dice:

El principio pro homine es un criterio hermenéutico que informa todo el derecho de los derechos humanos, en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos su suspensión extraordinaria. Este principio coincide con el rasgo fundamental del derecho de los derechos humanos, esto es, estar siempre a favor del hombre.³³

Años después, cabe decir, Pinto abundó al señalar que el *pro homine* tiene la capital importancia de priorizar a la persona humana frente a otros sujetos

³¹ La letra *cursiva* y el **resaltado** son propios.

³² Para los efectos de la presente investigación, se tendrán como sinónimos a ambos (*pro homine* y *pro persona*).

³³ "El principio *pro homine*. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos" Consultable en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>. Fecha de recuperación. 29 de abril de 2019. La letra *cursiva* es propia.

internacionales; situación que coadyuva a la formación de un “*ius commune transnacional*”, mismo que vendría siendo el mecanismo que concatena al derecho interno con el internacional de los derechos humanos, derivando, en consecuencia, un nuevo “*ius gentium*”.³⁴

Ximena Medellín Urquiaga, por otro lado, dice que Mónica Pinto delimita posteriormente el alcance del *pro persona* desde el marco de la soberanía de los estados nacionales. La base de su argumento, indica Medellín Urquiaga, fue reconocer que en los sistemas jurídicos actuales coexiste una multiplicidad de normas de origen nacional –constitución, leyes, reglamentos– e internacionales –tratados, protocolos, declaraciones o incluso normas consuetudinarias– que reconocen los derechos humanos de las personas. Así, puede inferirse que el principio *pro homine*, *pro persona*, o de *mayor favorabilidad a la persona* no puede desvincularse del engranaje jurídico del país en que el mismo sea utilizado.

4.2 Su origen universal

Siguiendo los basamentos del DIDH, los orígenes del principio *pro homine* pueden rastrearse hacia los años subsecuentes a la Segunda Guerra Mundial:

³⁴Pinto, Mónica, “International Institutions and the Rule of Law”, Panel 5 Supranational institutions and the rule of law”, vol. 137 (consulta de 25/1/2014 obtenible en www.law.yale.edu/documents/pdf/Pinto_International_Institutions_and_the_rule_of_law.pdf); De Oliveira Mazzuoli, Valerio y Ribeiro, Dilton, “The Japanese Legal System and the Pro Homine Principle in ...”, cit.; Henderson, Humberto, “Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio *pro homine*”, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, vol. 39 [2004] (consulta de 2/2/2015, texto obtenible en www.defensoria.sp.gov.br/dpesp/Repositorio/31/Documentos/La%20importancia%20del%20princ%20adpio%20pro%20homine.pdf); Lixinski, Lucas, “Treaty Interpretation by the Inter-American Court of Human Rights: Expansionism at the Service of the Unity of International Law”, EJIL, vol. 21, nro. 3 [2010], ps. 588 y ss.; AA.VV., “Los principios rectores de la hermenéutica de los derechos humanos”, ponencia realizada en el Congreso Internacional de Filosofía del Derecho, noviembre de 2011, FES ACATLAN, UNAM (consulta de 10/2/2015, obtenible en www.derecho.posgrado.unam.mx/congresos/congfilodere/ponencias/GustavoMoscosoSalas.pdf); Killander, Magnus, “Interpreting Regional Human Rights Treaties”, Sur - Int'l J. on Hum Rts., vol. 7, nro. 13, 2010, ps. 150 y ss.; voto razonado concurrente del juez Sergio García Ramírez a la sentencia de fondo y reparaciones en el caso “Comunidad Mayagna (Sumo) Awastegua v. Nicaragua” [2001], Serie C, nro. 79, párr. 2. Citado por Zlata Drnas de Clément, “La complejidad del principio *pro homine*”, p. 102, consultable en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>. Fecha de recuperación. 29 de abril de 2019.

a) Como norma general internacional de los derechos humanos, amalgamada como costumbre supranacional radicada en el inciso b) de este artículo del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;³⁵

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

La importancia de dicha disposición normativa que rige a la Corte Internacional de Justicia se proyecta también hacia la tutela jurídica, pues se le atribuye a aquella la competencia única y general de la *jurisdicción universal*.

b) Como fundamento *marco* de la *interpretación restringida del pro homine* (mismo que se observa replicado esencialmente en las convenciones al mismo vinculadas), así como de las características de *interdependencia* e *integralidad* de los derechos humanos, podría considerarse el sitio en el último artículo de la DUDH:

Artículo 30

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

Ahora bien, es debido precisar que la pauta interpretativa del *pro homine*, concretamente la que *maximiza* su aplicación, tendría más arraigo en lo que cada convención y *treaty bodies* del ámbito universal³⁶ indicaran como su objeto y fin.

³⁵ El **énfasis** es propio.

³⁶ Dichos "*órganos de los tratados*" derivaron de la necesidad de darle operatividad a los tratados internacionales que sucedieron a la DUDH.

4.3 Su origen americano

La base argumentativa del principio *pro homine* fue reconocido por la propia Corte IDH años antes de los ya citados votos del juez Piza Escalante, tal cual queda de manifiesto en apartado del “*Asunto Viviana Gallardo y otras Vs. Costa Rica*”, No. 101/81, Decisión del 13 de noviembre de 1981, parr. 16³⁷:

CONSIDERACIONES DE DERECHO: (...)

*16. La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema.*³⁸

De lo inmediatamente antes transcrito cabe resaltar que desde ese primigenio criterio de la Corte IDH se aprecia cómo esta tuvo claro que la delimitación de dicho principio no puede tener, como consecuencia, dejar sin efectividad material el sistema constitucional y/o de derechos humanos respecto del cual se aplique. Punto a favor de considerarlo un principio y no así una regla de *jus cogens*. Sobre este debate se abundará más adelante.

Respecto a la primera postura (el *pro homine* como principio y no como regla) Nestor Pedro Sagües considera que “*el principio pro persona debe conciliarse con la restricción de derechos basada en el bien público, como por ejemplo, el orden público o la seguridad nacional. Es decir, la limitación estaría dada por la admisión de restricciones a los derechos en base a objetivos*

³⁷Aprobado por el voto mayoritario de 6 jueces contra el disidente quien resultó ser el propio Piza Escalante.

³⁸ El **énfasis** es propio.

constitucional o convencionalmente legítimos".³⁹ Sin duda, este doctrinario converge con lo resuelto sobre el tema en el "Asunto Viviana Gallardo y otras Vs. Costa Rica".

En un sentido a fin a lo manifestado por Sagües, Eduardo J.R. Llugdar conceptualiza al principio *pro homine*, concretamente con base en la segunda perspectiva de su conceptualización⁴⁰, como el "modo de armonizar el interés individual con el interés general, preservando la efectividad del derecho garantizado a los sujetos comprendidos".⁴¹

4.4 *Pro homine*, ¿principio o regla de *jus cogens*?

Redunda en la anterior dubitación, el observarse que los incisos a) y b) del ordinal 19 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales⁴², interpretados sistemáticamente con la parte conducente de los diversos artículos 53, 60 y 64 del propio instrumento; esto, dado el alcance que ha tenido en su actual conceptualización el principio *pro homine*, nos llevaría a pensar que su naturaleza es la de una norma de *jus cogens*.⁴³

³⁹ Sagües, Néstor, "La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional". Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1998, p. 7. Citado por Nuñez, Constanza, "Una aproximación conceptual al principio *pro persona* desde la interpretación y argumentación jurídica", Universidad Carlos III de Madrid, España, Seminario Permanente Gregorio Peces-Barba, Grupo de Investigación "Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia", Materiales de Filosofía del Derecho, No. 2017/02, p. 25.

⁴⁰ Siendo la primera la atinente a la interpretación o norma que más favorezca a la persona, o bien, que menos la perjudique.

⁴¹ Llugdar, Eduardo J.R., "La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales", Argentina, 2016, p. 4. Consultable en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>. Fecha de acceso: 4 de junio de 2019.

⁴² (...) a) que la reserva este prohibida por el tratado; b) que el tratado disponga que únicamente pueden hacerse determinadas reservas, entre las cuales no figure la reserva de que se trate; o (...).

⁴³ 53. Tratados que están en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general ("jus cogens"). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención, una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter. 60. Terminación de un tratado o suspensión de

En apariencia, no se consideraría temeraria la anterior conclusión, pues la delimitación exacta, tanto de las dimensiones interpretativas del tal postulado como las relativas a su aplicación, ha venido teniendo la trascendencia jurídica de una norma de *jus cogens* dado que, como consta de lo que en su momento se le atribuyó al juez Rodolfo E. Piza Escalante, ha sido mediante la labor de los tribunales (nacionales como internacionales), es decir, a través del enfoque principialista o argumentativo, que se ha construido, esencialmente, dicho *principio*, al menos dentro del ámbito del DIDH.

Sin embargo, lo anterior no es suficiente para el efecto de que el principio *pro persona* o *pro homine* tenga la valía jurídica de una norma de *jus cogens*, puesto que esta última es, axiológicamente, una *regla*; concepto que difiere esencialmente de los *principios jurídicos*, como lo es, aún *maximizado* al grado de *mega* o *meta-principio*, el *pro homine*. De entrada, se tiene que el *principio jurídico*, como lo resulta ser el multicitado, requiere para su entendimiento y eventual aplicación de una necesaria interpretación la cual, en la mayoría de los casos, sólo puede ser efectuada por un órgano jurisdiccional. En cambio, la regla de *jus cogens*, por la solidez de su obligatoriedad, tendría que estar desprovista de dicha carga interpretativa previa, esto en aras de ser cumplida de manera pronta y expedita acorde a su *imperatividad*. De ahí que se también pueda considerarse a tal tipo de componente, la regla, como un canon, dada su solidez que nulifica su “*flexibilidad*” para el efecto de servir de instrumento de interpretación. Tal cual acontecería, por ejemplo, con los deberes constitucionales indicados en los dos últimos párrafos del artículo 1º; el primer párrafo del 22; en el segundo párrafo del ordinal 29 (todos de la CPEUM) y con lo que se conoce en el foro jurídico como la obligación que tienen, todas las autoridades, de fundar y motivar sus actos.

su aplicación como consecuencia de su violación (...) 5. Lo previsto en los párrafos 1 a 3 no se aplicará a las disposiciones relativas a la protección de la persona humana contenidas en tratados de carácter humanitario, en particular a las disposiciones que prohíben toda forma de represalias con respecto a las personas protegidas por tales tratados.⁶⁴ Aparición de una nueva norma imperativa de derecho internacional general (“*jus cogens*”). Si surge una nueva norma imperativa de derecho internacional general, todo tratado existente que esté en oposición con esa norma se convertirá en nulo y terminará.

Así, partiendo de la diferencia teleológica entre el principio *pro homine* y la esencia de las reglas de *jus cogens*, es que tanto doctrinal como jurisprudencial y convencionalmente se observa que el primero tiene varias restricciones en su vigencia y aplicación consecuente, además de consistir en un criterio abstracto o general. En cambio, por su misma definición, las normas de *jus cogens* carecen de restricción una vez que su hipótesis de causación se colme; esto es, una vez que se actualiza el supuesto normativo de *jus cogens*, el mismo se aplica sin limitación ni excepción alguna. Tal cual regla que es.

Para reforzar lo anterior, es pertinente retrotraernos a la época de Aristóteles y Cicerón para comprender que a los principios jurídicos se les ha endilgado la característica (al menos para algunos) de ser reconocidos o asimilados y a veces también aplicados de forma automática o inmediata (como lo fueron los “*topoi*”). De ahí se puede inferir que el *pro homine* o *persona* podría caber en la “*tópica jurídica*” de la época de la antigua Grecia, la cual ya en la época actual Theodor Viehweg la refiere como el conjunto de razonamientos o argumentos que, “*por sí y con su mera mención en el discurso, suscitan un eco favorable en el auditorio, parten de cierto consenso presupuesto*”.⁴⁴

Parafraseando lo anterior, piénsese hoy en día cómo con la sola evocación de postulados como el *pro homine*, el *in dubio pro reo* o el interés superior del niño, se propicia su *aceptación o asimilación mecánica o automática* y sin debate de por medio. El aspecto negativo de esto último, alegan tratadistas como Juan Antonio García Amado, puede evitar que se argumente, como es debido, el planteamiento y resolución del caso concreto y con ello si tal principio es aplicable y en qué medida. Sobre la argumentación debida se profundiza en el capítulo 4 de esta tesis.

Las divergencias entre los *principios* y las *reglas* (concretamente en cuanto a su interpretación y aplicación se refiere), nos lleva a concluir que, a diferencia de los primeros, las segundas (las *reglas*) no pueden ser interpretadas las una de las otras. Extremo que sí acontecería respecto de los *principios*, siempre y cuando se

⁴⁴ En capítulo 4 de este trabajo se retomará tal análisis tópico o “*topoiesco*”.

recurra a algún método correcto de exégesis, como podría ser el de la *ponderación*. En el capítulo 4 de esta investigación se ahondará en tales figuras.

Luego, es que por su rigidez e inflexibilidad las reglas, incluidas las normas de *jus cogens* deben o debería ser, clara e individualmente identificadas, además de ser limitadas en cuanto a su número. Dentro del derecho mexicano, lo serían los *mandatos constitucionales expresos* relativos a la prohibición de la esclavitud y de la discriminación contenidos en los párrafos cuarto y quinto del artículo 1º de la CPEUM⁴⁵, respectivamente; así como por lo que hace a la proscripción categórica de las conductas, aún como penas o sanciones, a que alude el primer párrafo del artículo 22 de la misma codificación, ambos arábigos ya citados. Lo anterior sin olvidar lo antes dicho sobre las prohibiciones constitucionales expresas en vías de *jus cogens*. Ahora, en contra de esto último, es decir, de tener como una regla-principio de *jus cogens*, concretamente por lo que hace a la exigencia de no discriminar, estaría lo tácitamente aludido por Zaldívar Lelo de Larrea en su voto aclaratorio-concurrente ya citado, cuando al referirse a los principios constitucionales, *lato sensu*, en su aplicación metodológica dijo: “(...) *esta metodología debe apoyarse en los principios de no discriminación, pro persona, interpretación conforme, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, contenidos todos en el artículo 1o. constitucional*”.

Entonces, retomando la idea de que los principios sí son recipientes de *restricciones o límites*, su concatenación con la fuente constitucional y los derechos humanos nos conducen a comprender que en lo doctrinario tendría respaldo la jurisprudencia del Tribunal Constitucional mexicano (el integrado por el Pleno de la SCJN), misma que deriva de la ya aludida contradicción de tesis 293/2011. Criterio jurisprudencial el del Alto Tribunal, si bien polémico, no del todo

⁴⁵ **Artículo 1o.** (...)

Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes. Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

alejado de lo varios antes resueltos por la Corte IDH al emitir la Opinión Consultiva OC-6/86 de la expresión “*Leyes*” en el artículo 30 de la CADH.

Sentado lo anterior, las opiniones doctrinarias parecen no alcanzar a dar un sustento intrínseco, autónomo e independiente del *pro homine*, *pro persona* o principio de *mayor favorabilidad a la persona* del constitucionalismo positivista (por señalar la corriente teórica común para el ejemplo). En ese contexto, es que a diferencia de lo que pudiera derivar de *la maximización* de la doctrina principialista, entendiéndose con esta que la carga moral o axiológica de la disposición jurídica estaría por encima de la codificación constitucional doméstica (incluida la *incorporación* de la normativa convencional, como ocurre en el caso mexicano), de todo lo antes analizado se concluiría que tal apotegma no se contempla con la soltura necesaria para confinarle una imperatividad que esté más allá de interpretación y restricción alguna, sea constitucional, convencional y/o procesal-legal, como sí podría decirse de las reglas de *jus cogens* como las antes invocadas. Así, se reitera, que el *pro homine* o *pro persona* es un principio jurídico con asidero constitucional en México y no una regla de dicho tipo.

Para robustecer la inmediata conclusión, piénsese en lo siguiente: cuando se determina aplicar una regla, de *jus cogens* en este caso, su misma naturaleza la exenta de la investigación previa y necesaria para aplicarla, concretamente respecto a determinar el sujeto a cuyo favor se habrá de aplicar. Es decir, por ser una regla su hipótesis de causación y manera de aplicación no ameritarían mayores problemas su ejecutor. Por ejemplo, cuando se habla de discriminación o esclavitud, se sabe que una persona humana previa y perfectamente identificable sería la beneficiaria de la misma. Para el *pro persona* esto no suele ser en lo absoluto así, al menos en gran parte de los asuntos en donde se invoque, pues su esencia no determina a qué persona y sobre que conductas u omisiones concretas y específicas debe aplicarse. Incluso, deja abierta la posibilidad de que su beneficiario sea una persona no humana, es decir, una jurídica o moral. Indeterminaciones que se ahondan cuando se está ante un asunto jurisdiccional y el intérprete de la ley tiene, como partes antagonistas, a dos o más personas y,

por tanto, no podría saber, correcta y anticipadamente, a cuál de ellas *favorecer* y menos aún en qué medida específica.

Por tanto, si ni doctrinal (principalista) ni constitucionalmente (positivista) se puede predecir en qué o qué personas (y en qué medida) debe aplicarse el *pro homine*, es que no sería válido considerarlo como *jus cogens* por carecer de las características inherentes a la imperatividad de estas últimas.

5 Sus antecedentes internacionales remotos

Indagando más retroactivamente en los antecedentes del derecho internacional de los derechos humanos, los orígenes remotos pero específicos del principio *pro homine*⁴⁶, pueden rastrearse hacia los años subsecuentes a la Segunda Guerra Mundial:

b) Como norma general internacional de los derechos humanos, amalgamada como costumbre supranacional radicada en el inciso b) de este artículo del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia:

Artículo 38

1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;

b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;⁴⁷

c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;

La diferencia, si es que puede existir una como tal propia y claramente dicha respecto de los principios generales del derecho, en los términos del inciso c, sería que, para dicho Estatuto y la misma Corte Internacional de Justicia, aquellos tendrían un origen consuetudinario doméstico que, de ser conducente su aplicación al caso, se extrapolaría al ámbito internacional; mientras que el *pro homine* y demás postulados del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), por el otro extremo, surgen del concierto internacional y trascienden en el

⁴⁶ Para diferenciarlos de los genéricos respecto de la *tópica jurídica*, según ya se adelantó.

⁴⁷ El **énfasis** es propio.

ordenamiento nacional de los países. Esto último, dada la fuerza vinculante de las convenciones y demás *derecho común o uniforme internacional*, tendrían más obligatoriedad en su acatamiento que los principios generales primeramente aludidos en este párrafo.

La importancia de dicha disposición normativa que rige a la Corte Internacional de Justicia impacta también en que le atribuye a la misma la competencia única y general *de la jurisdicción universal*.

b) Como fundamento “marco” de la *interpretación restringida del pro persona* (mismo que se observa replicado esencialmente en las convenciones al mismo vinculadas), así como de las características de *interdependencia e integralidad* de los derechos humanos, podría considerarse el sitio en el último artículo de la Declaración Universal de los Derechos Humanos:

Artículo 30

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

No obstante lo antes mencionado, de modo alguno puede desdeñarse que tal específico *corpus juris* contemple la pauta interpretativa del *pro persona*, concretamente la que maximiza su aplicación por así beneficiar a la persona *ad hoc*, pues esto se desprendería de lo que cada convención y *treaty bodies* correlacionados (y sobre los que más adelante se abundará) indican como su objeto y fin.⁴⁸

6 Su verdadero origen convencional americano

Ahora bien, no pasa por desapercibido el hecho de que la esencia del principio *pro homine* o *pro persona* habría sido reconocido por la fuerza normativa de las resoluciones de la propia Corte IDH años antes de los ya citados votos del

⁴⁸*Op. cit.*, p. 68-69.

juez Piza Escalante. Para ilustrar este comentario, nótese la redacción del siguiente apartado del “Asunto Viviana Gallardo y otras Vs. Costa Rica”, No. 101/81, Decisión del 13 de noviembre de 1981, parr. 16⁴⁹:

CONSIDERACIONES DE DERECHO: (...)

*16. La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, **el equilibrio de la interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alteración del sistema.**⁵⁰*

Como se observa, en el presente punto resaltado no solo habría un antecedente poco (o muy poco, mejor dicho) reconocido del apotegma en cuestión⁵¹, al menos desde el enfoque general de la interpretación extensiva en favor de los derechos humanos de quien o quienes resulten beneficiarios, en lo individual o colectivo, de tal prerrogativa, sino que además sienta el límite y/o restricción troncal a la supremacía dicho principio: *la operatividad del sistema constitucional y/o de derechos humanos respecto del cual se aplique.*

Raciocinio anterior que comparten los doctrinarios, como Nestor Pedro Sagües, quien considera que “*el principio pro persona debe conciliarse con la restricción de derechos basada en el bien público, como por ejemplo, el orden público o la seguridad nacional. Es decir, la limitación estaría dada por la admisión*

⁴⁹Aprobado por el voto mayoritario de 6 jueces contra el disidente quien resultó ser el propio Piza Escalante.

⁵⁰ El **énfasis** es propio.

⁵¹Mismo que tal cual expresamente lo reconoce la Corte IDH al tenor de esta parte con su venia transcrita respecto de tal caso: “Asuntos en discusión: Excepciones preliminares (agotamiento de recursos internos); Procedimiento ante la Comisión Interamericana, obligatoriedad, principio pro homine”. Fuente de consulta: http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/viviana_gallardo.pdf. Fecha de recuperación: 15 de mayo de 2019.

de restricciones a los derechos en base a objetivos constitucional o convencionalmente legítimos”.⁵²

En un sentido similar a lo opinado por Sagües, se entiende cómo Eduardo J.R. Llugdar conceptualiza al principio *pro homine*, mismo al que señala, respecto a la segunda de las dos perspectivas de su entendimiento⁵³, como el “*modo de armonizar el interés individual con el interés general, preservando la efectividad del derecho garantizado a los sujetos comprendidos*”.⁵⁴

7 Su trascendencia interpretativa

Respecto a su vinculación con el derecho constitucional y el impacto que este irradia en relación con el principio *pro persona*, vale citar a Karlos Castilla, quien dice que

*La trascendencia del principio va más allá de ser un eventual criterio de interpretación, pues al existir normas de derechos fundamentales en todos los niveles del orden jurídico del Estado —aun en leyes que no tienen la denominación de "derechos fundamentales", "derechos humanos" o "garantías individuales", pero que consagran o reconocen de manera directa o indirecta éstos—,(nota omitida)el principio pro persona se constituye en una verdadera garantía de interpretación constitucional, (nota omitida) que permite asegurar en y para todos los niveles el respeto y la vigencia de los derechos humanos (nota omitida). Es el punto de partida de una adecuada interpretación de los derechos fundamentales garantizados por la Constitución. Asimismo, permite que permeen y resplandezcan los derechos humanos en todo el ordenamiento jurídico (nota omitida).*⁵⁵

⁵² Sagües, Néstor, “*La interpretación de los derechos humanos en las jurisdicciones nacional e internacional*”. Academia Nacional de Derecho y Ciencias Sociales, Buenos Aires, 1998, p. 7. Citado por Nuñez, Constanza, “*Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica*”, Universidad Carlos III de Madrid, España, Seminario Permanente Gregorio Peces-Barba, Grupo de Investigación “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia”, Materiales de Filosofía del Derecho, No. 2017/02, p. 25.

⁵³ Siendo la primera la referida al ya aludido método hermenéutico atinente a la interpretación o norma que más favorezca a la persona, o bien, que menos la perjudique.

⁵⁴ Llugdar, Eduardo J.R., “*La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales*”, Argentina, 2016, p. 4. Consultable en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>. Fecha de acceso: 4 de junio de 2019.

⁵⁵ Castilla, Karlos, “*El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia*”, *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 20, Enero-Junio 2009, p. 6.

En concordancia con lo dicho por Karlos Castilla, buena parte de los conceptos doctrinarios del principio *pro homine, pro persona*, de *favorabilidad*, de *la protección más favorable a la persona*, etc. (nombres, todos, con que se ha identificado al mismo postulado), convergen en señalar que entre sus características fundamentales estaría su constitución como *criterio, mandato o parámetro base, general*, que traspasa límites territoriales y jurisdiccionales, pues, sea con sujeción en criterios constitucionales internos o convencionales supranacionales, aquel habrá de servir de *la directriz interpretativa que permita tutelar, de la mejor manera jurídica y fácticamente posible, los derechos humanos*.

Al respecto, Constanza Nuñez comenta que

Más allá del ámbito del DIDH, en la doctrina constitucional, la justificación de la existencia de este principio y, en general, de pautas particulares para la interpretación de normas de derechos humanos, se basa en el hecho de que el subsistema de derechos humanos⁵⁶ establece normas que son un mínimo y no un techo de protección, así como un techo y no un piso para su restricción⁵⁷. Por tanto, la creciente necesidad de dar plena vigencia o de maximizar u optimizar las normas sobre derechos humanos ha visto surgir, entre otros, el principio pro persona⁵⁸. En el mismo sentido, Bidart destaca que el objetivo del subsistema de derechos humanos es la “maximización y optimización del sistema de derechos y el reforzamiento de las garantías”⁵⁹.

Importancia, la derivada de las inmediatas consideraciones, que harían propicio el llamado “*subsistema de derechos humanos*” a que alude Constanza Nuñez. Concepto que, como se aprecia de su mismo nombre, no puede desligarse, ni menos des-instrumentalizar al sistema jurídico respecto del cual se predique.

⁵⁶ Los subsistemas de normas son “*conjuntos de normas integrados por un criterio unitario que les da coherencia y que exige considerar las normas que lo forman como dependientes de los criterios que lo identifican*”, véase: Peces-Barba, G., “*Lecciones de Derechos Fundamentales*”, *cit.*, p.244. En este caso, me refiero al subsistema de derechos humanos en general, por ser comprensivo y estar integrado por normas de origen estatal e internacional. Nuñez, Constanza, *op. cit.*, p. 7.

⁵⁷ Castilla, Karlos., “*El principio pro persona en la administración de justicia*”, *cit.*, p.68., *idem*.

⁵⁸ Otros principios interpretativos que se han considerado propios del subsistema, son el *principio de interpretación evolutiva, interpretación conforme, posición preferente, fuerza expansiva de los derechos, progresividad, irreversibilidad, indivisibilidad, efecto útil*, entre otros, véase: *Ibidem*, p.69. *idem*.

⁵⁹Bidar Campos, Germán José, “*La interpretación del sistema de derechos humanos*”. Ediar, Buenos Aires, 1999, p. 362. *Ídem*.

En este orden lógico, puede empezar a definirse cómo el principio *pro persona* no es “*otro más*” de los criterios de interpretación de las normas jurídicas, pues resultaría notorio que este, al tener un asidero constitucional, por sí mismo y a través de la “*incorporación*”⁶⁰ de los tratados internacionales (*lato sensu*), “(...) *no resulta opcional para el intérprete constitucional (pues constituye un límite material a la interpretación que se encuentra explícito o implícito en la Constitución), el resultado de su aplicación se puede analizar en términos de corrección de la decisión, más no de validez de la misma*”.⁶¹

En la misma línea de pensamiento, cabría “*maximizar*” dicho principio al grado de considerar que su trascendencia permea todo el sistema jurídico en el cual se aplique, superando, pero en modo alguno sustituyendo o limitando, el enfoque particular o acotado en que se suelen aplicar los demás métodos o criterios de interpretación. De ahí que se razone, como diría Medellín Urquiaga, que

*su operación (del principio pro persona) no se limita a la manera de interpretar un derecho determinado, como el debido proceso o la legalidad penal, sino que también informa todo el sistema jurídico e institucional. Consecuentemente, el principio pro persona es un mandato general de interpretación favorable que coexiste con otros mandatos específicos.*⁶²

Interrelación, y en cierta medida también complementariedad o interdependencia con los demás principios constitucionales (y convencionales), que es necesaria *para evitar así la inoperatividad del sistema jurídico* en cuestión, tal cual la Corte IDH y la Suprema Corte de Justicia de la Nación (mexicana, en adelante la SCJN) lo han avalado en sus criterios jurisprudenciales.

Tal *conexidad de pautas hermenéuticas* hacen del *pro homine* o *pro persona* un principio de la envergadura de un “(...) *meta-criterio interpretativo de*

⁶⁰ Concepto de mucha importancia en la asimilación, en sede doméstica, del derecho internacional. Más adelante se abundará en el.

⁶¹ Nuñez, Constanza, *op. cit.*, p. 35.

⁶² *Op. cit.*, p. 42.

*carácter metodológico en materia de derechos fundamentales que orienta y dirige las opciones interpretativas*⁶³.

Medellín Urquiaga refiere este razonamiento que dimensiona, no exento de críticas como se verá más adelante, las líneas argumentativas que potencializan los alcances y límites normativos, tanto en sede legislativa como jurisdiccional, nacional e internacional, en que se concibe el apotegma de mérito:

*Este principio tiene un impacto directo en la forma en que debe construirse el contenido y alcance tanto de los derechos humanos como de las obligaciones estatales. Para tales fines, el principio pro persona opera en la constitución del parámetro de control de actos de aplicación y normas secundarias, así como en el proceso de identificación de la interpretación más favorable de estas últimas. Asimismo, como ya se ha discutido, en algunos contextos el principio pro persona ha sido considerado como un criterio de solución de antinomias, incluso cuando éstas se presentan entre normas constitucionales e internacionales de derechos humanos.*⁶⁴

La trascendencia internacional del *pro homine* se debe a que los tribunales internacionales de derechos humanos (especialmente el europeo y el americano, refiere Zlata Drnas de Clément), han propiciado la evolución y transformación del DIDH al grado de volverlo

*(el) derecho superior erga omnes e incluso, en ciertos casos, ius cogens, con contenido sustantivo y procedimental cada vez más alejado del pactado (sic) inicial y explícitamente por los Estados Parte en los tratados o aceptados o reconocidos en la práctica.*⁶⁵

La investigadora redunda su aseveración respecto a lo pretendido por dichos tribunales al aseverar que esto se ha basado

⁶³ Nuñez, Constanza, *op. cit.*, p. 44. En este apartado, la investigadora sostuvo a la par lo siguiente: “En este sentido, coincido con Melgar, quien señala que “dicho principio es un metacriterio que dirige la aplicación de todos los métodos interpretativos, pero no es uno de ellos. Por ello, su uso no es optativo ni supeditado a la apreciación por parte del intérprete de una duda controversia de significado, sino que debe acudir a él y ser aplicado siempre que entren en juego derechos fundamentales” Melgar, A., *El principio pro homine como clave hermenéutica de la interpretación de conformidad. El diálogo entre la Corte IDH y los tribunales peruanos, cit.*, p.218.”

⁶⁴ *Op. cit.*, p. 80.

⁶⁵ *Op. cit.* p. 101.

() en la búsqueda por distintas vías de la mejor protección humana. La aplicación del principio *pro homine* ha sido la gran impulsora de esta evolución.⁶⁶

Zlata Drnas de Clément retoma la trascendencia del papel que juegan los tribunales de derechos humanos, a la par que cataloga como inseparable la vinculación del *pro homine* con los principios de *progresividad y/o evolutividad* en materia de derechos humanos, señalando que el multicitado apotegma

(...) ha abierto el camino de la construcción de nuevos derechos sustantivos (nota omitida) y procesales (nota omitida), en calidad de eje dinamizador de todo el sistema de protección de los derechos humanos alejándose cada vez más de la voluntad de los Estados y el derecho positivo construido por ellos.⁶⁷

Dimensión, la inmediatamente antes referida al *pro homine*, que bien podría gestarse en el fuero interno del juzgador⁶⁸ (o de quien aplique en los hechos tal principio) como paso previo e inmediato en la aplicación del tipo argumentativo al que aduce Riccardo Guastini como la “*interpretación decisoria*”⁶⁹, la cual consiste en atribuirle a un enunciado, en este caso normativo jurídico, un significado nuevo, entendido este adjetivo como distinto al que se obtendría del empleo de los demás tipos de interpretación.

Como ejemplo de un “*nuevo derecho sustantivo*” cuya creación se le debe al empleo en sede jurisdiccional internacional del *pro homine*, la investigadora cita el “*derecho a la verdad*”; mismo cuyo asidero no se halla en el texto de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, sino que deriva del razonamiento efectuado por la Corte Interamericana en la materia con motivo del “*Caso Páez v. Perú*”, fondo, sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C, nro. 34, párr. 86.

⁶⁶ *Ídem*.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 102-103.

⁶⁸ Espacio interno y privado de decisión que, *grosso modo*, podría equipararse a la moral, juicio interno y demás conceptos relacionados con la *inter-subjetividad* del jurista.

⁶⁹ Guastini, Riccardo, “*Estudios sobre la interpretación jurídica*”, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, séptima edición, México, 2006, p. 157.

En un caso más reciente que tendría relación con la construcción de “*nuevos derechos sustantivos*”, al menos en el contexto del derecho constitucional mexicano, vale la pena citar el caso del “*uso lúdico y recreativo de la marihuana*”, que incluso ameritó la declaratoria de inconstitucionalidad respecto de la prohibición derivada de la Ley General de Salud, Juan Antonio García Amado hace una crítica a fondo de varios puntos de lo resuelto por la Primera Sala del Máximo Tribunal en el amparo en revisión 237/2014 en el tema, siendo que sobre tal derecho relativo al “*libre desarrollo de la personalidad*” el filósofo español sostuvo que este carece de asidero expreso en el texto constitucional, de ahí que resulta por lo menos polémico que dicho derecho “*innominado*” (sic) se imponga sobre los que sí tendrían un sustento expreso en tal norma suprema.⁷⁰ Esto último sienta un fuerte punto a debate: ¿qué tanto puede un derecho, como el inmediatamente antes aludido, o en su caso un principio, como el *pro persona*, imponerse respecto de cuestiones de “*orden público*”, como la *salud pública*, conceptos, estos dos señalados, afines a las *restricciones o límites constitucionales del pro homine*? En el desarrollo de esta investigación se espera responder a dicha pregunta.

No obstante la trascendencia que se ha entrevisto del *pro homine* o *pro persona*, en el resto de la presente obra se hará lo posible para trazar sus características particulares, entre estas su delimitación y alcance en el sistema jurídico internacional como en el doméstico, desde sus enfoques normativo y principialista. Labor que incluirá el análisis a fondo de su esencia como *principio* y/o bien como una *regla “especial en cuanto a su magnitud en materia de derechos humanos”*, partiendo de lo que comúnmente se entiende como el *positivismo jurídico*⁷¹; reparando si, acaso en los hechos, el *pro persona* pudiera ser considerado como una “*regla de jus cogens*” o bien, una “*regla maestra o de*

⁷⁰ García Amado, Juan Antonio, “Consumo lúdico de marihuana y libre desarrollo de la personalidad. Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala), amparo en revisión 237/2014”, en: “El test de proporcionalidad en la Suprema Corte”, aplicaciones y desarrollos recientes, op. cit., p. 82.

⁷¹ Desde el enfoque general de lo que en el foro se llama “*el debate entre H.L.A. Hart y a Ronald Dworkin*”, mismo sobre el cual se hará alusión en el último capítulo de este libro.

reconocimiento”, parafraseando a Ronald Dworkin cuando este, a su vez, critica el *positivismo* de H.L.A. Hart.⁷²

8 El *pro homine* y la tutela judicial efectiva

Del contraste entre lo comentado en relación al pensamiento de Mónica Pinto frente a lo originalmente considerado por el citado juez Piza Escalante, se observan trazadas “*las vertientes opuestas del principio pro persona en su faceta de tutela positiva*”⁷³: La que, al menos expresamente, no restringe de modo alguno la interpretación en favor de los derechos humanos y la que sí contempla esa restricción y lo hace a raíz de lo que en sede doméstica se decida *in situ*.

Otra definición a destacar, respecto de la *tutela maximizada de los derechos humanos*, es la contenida en la obra denominada “*La reforma constitucional sobre derechos humanos, una guía conceptual*”⁷⁴, misma que a continuación se transcribe:

*(...) el principio pro persona es la guía que orienta las interpretaciones porque impone un mandato de optimización: las normas siempre deben interpretarse buscando brindar a las personas la protección más amplia.*⁷⁵

En esto, conviene insistir que el *pro homine* o *pro persona* al ser un principio, es que el mismo indefectiblemente debe respetar a los demás postulados como aquel, así como a los diversos componentes jurídicos como las reglas y en general el debido proceso legal, correlativos, no solo a los derechos humanos, sino al sistema jurídico, doméstico como transnacional, en donde su interpretación y aplicación habrán de ser materializadas.

Por tanto, se reitera que la aplicación del *pro homine* no puede tenerse como absoluta, así como su exégesis tampoco debe reputarse clara e indudablemente no debiera considerarse totalmente predeterminada en los

⁷² Dworkin, Ronald, *op. cit.*, p. 99.

⁷³ Es decir, la que propugna por la exégesis (y en su caso eventual aplicación) de los derechos humanos.

⁷⁴ Elaborada por el Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, coordinada por Pedro Salazar Ugarte, José Luis Caballero Ochoa y Luis Daniel Vázquez, primera edición, México, 2014.

⁷⁵ *Ídem*, p. 180.

asuntos en donde el mismo habrá de aplicarse. En esto redunda, implícitamente, que en su determinación en el caso concreto contiene un nivel de abstracción y complejidad impensable respecto de lo que al respecto se concibe, al menos axiológicamente hablando, sobre las reglas.

En ese tenor, se justifica la importancia de la actividad del aplicador de la ley, concretamente en la esfera jurisdiccional; pues sólo tal funcionario público (el jurisdiccional y/o judicial) es el que podría, realmente, hacer factible esa “*tutela efectiva*” respecto de la debida salvaguarda de los derechos y sus garantías de los que acudan ante su fuera en busca del anhelo universal y derecho fundamental que resulta ser el ideal de justicia. En esta idea se entiende al arábigo 17 de la CPEUM cuando refiere que deben dejarse atrás los “*meros formalismos*” en aras de privilegiar la solución (incluso de fondo) de los asuntos sometidos a la competencia y potestad de la autoridad pública.

Ahora bien, se entiende que dicha actividad se encuentra limitada o restringida por el mismo sistema jurídico (incluido lo constitucional como en lo convencional) por diversos componentes del mismo, tales como lo serían los “*presupuestos esenciales de admisibilidad y procedencia de los juicios*” (*sic*). Así, es que para poder operativizar el acceso efectivo (libre de obstáculos procesales y/o legales innecesarios) del justiciable hacia la administración de la justicia, que el juzgador debe apoyarse, sin duda, en los principios argumentativos que coadyuven en lograr esa *tutela* que espera aquél. Postulados en donde goza de constitucional primacía el *pro persona*, lo cual no excluye a otros que pudieran *maximizar la favorabilidad a la persona* (como el *pro actione*), tal cual lo evidencia la tesis de la Primera Sala de la SCJN de rubro “**TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR**

FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO”.⁷⁶

Atento lo anterior, podemos decir que atendiendo, tanto a la complejidad del caso, consecuente con el nivel de abstracción que habría de utilizarse, como por lo que hace a las restricciones o limitaciones que el sistema jurídico mexicano contempla, que el juzgador es, o debiera ser, el intérprete y aplicador idóneo para decidir aquello que resulte “*lo mejor para la persona*”; extremo que, por obviedad, incluiría en hacer efectiva su protección o *tutela* debida.

9 Conclusiones

En este primer capítulo, como se dijo en su introducción, se plasman algunas de las más emblemáticas conceptualizaciones respecto del principio *pro persona*, vocablo más mexicano que internacional, pues su concepción como *pro homine*, además de primigenia, es la que sigue siendo, por mucho, la vigente y más referenciada en el plano supranacional.

A la par, se vislumbra que tal apotegma ha tenido y tiene una importancia por demás relevante en el tema de los derechos humanos; lo cual permea en el ámbito interno de los países. He aquí lo importante de atender que el mismo ha llevado al *diálogo jurisprudencial o dialéctico* en la materia a reconocer que su impulso puede, como al efecto ya lo ha hecho, construir “*nuevos derechos sustantivos o procesales*”.

No obstante, se indica que al ser propiamente un principio, y no así una regla, en la especie de la magnitud del *jus cogens*⁷⁷, se delimita el alcance del *pro homine* al grado de tener que observarse cómo está el mismo habilitado, graduado en cuanto a sus márgenes de aplicación, tanto en sede internacional como doméstica. De ahí la importancia de lo que se especifica en los capítulos siguientes de esta obra.

Lo anterior se refuerza atendiendo a que el *pro persona* o *pro homine* es doctrinal y jurisprudencialmente tenido como consustancial al DIDH; de ahí que, a

⁷⁶ Tesis: 1a. CCXCI/2014 (10a.). NRE 2007064.

⁷⁷ Razonamiento sobre el cual se abundará más adelante.

la par, se razone que no puede desligarse de la característica de dichos derechos relativa a que estos, respecto de los demás, no pueden considerarse absolutos ni de mayor jerarquía que los de la misma especie. Situación que vuelve abstracto y complejo a dicho principio en cuanto a tener por predeterminada la forma en que el mismo deberá ser interpretado y aplicado al caso concreto. Como respuesta a esta problemática, se sugiere observar lo plasmado en el último capítulo del presente libro.

Así, tenemos que la magnitud del principio del *pro homine* o *pro persona*, se puede colegir de manera muy general, es mayúscula como progresiva en derechos humanos, trascendiendo a la esfera constitucional doméstica. Importancia, al fin y al cabo, sujeta a márgenes y restricciones en el plano jurídico, tanto en lo universal, lo continental como en la sede mexicana. Tópico o *topoi jurídico* cuya asimilación en lo doctrinal y en la práctica forense se da cada vez más en automático, con el riesgo, ya comentado, que esto implica.

Valga el siguiente criterio, salido de la ponencia del ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, con el apoyo de la secretaria de estudio y cuenta Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia, mismo que es de los primeros emitidos por el Alto Tribunal luego de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, para tener una idea, general y con diversos matices, como en los siguientes capítulos se pretende evidenciar, de lo implica la vigencia dicho principio con tal tipo específico de derechos para nuestro sistema jurídico nacional:

PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. El segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio pro personae que es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, en virtud del cual debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión

extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, la aplicación del principio pro personae en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.⁷⁸

En este tenor, quedará por analizar si tal “*meta- principio*”, atenta su relación con el DIDH es o puede ser reconsiderado, actualmente y con perspectiva a futuro, es decir progresivamente, como una “*regla de jus cogens*” o bien, como una “*regla maestra o de reconocimiento*”. Para lograr esto último, se presentarán los dos últimos capítulos de esta obra.

⁷⁸ Tesis: 1a. XXVI/2012 (10a.). NRE 2000263.

Capítulo

II

El principio *pro homine* en el derecho comparado

1 Introducción

En este capítulo se enfatizará cómo, desde la perspectiva de la jurisdicción internacional o supranacional que ejerce competencia sobre México, así como de lo que acontece con en el derecho doméstico en otros países, se definen tanto los alcances como los límites y restricciones en que se concretiza el principio *pro homine*.

Lo anterior con base a dos rutas de análisis: la primera enfocada hacia la positivización normativa, es decir, a la ubicación de tal postulado en los sistemas Universal y Continental de Derechos Humanos, concretamente en el texto de sus convenciones, tratados, protocolos, declaraciones y demás instrumentos derivados de la aceptación y posterior incorporación (con o sin reservas de por medio) de los Estados parte de los mismos; extremo que incluiría la participación activamente principialista de la Corte IDH, en especial, en la interpretación de dichos ordenamientos y el respeto, en general, al tratado “*marco*”: la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales

La segunda develará esencialmente la integración jurisprudencial (argumentativa o principialista) que los tribunales de otras latitudes han hecho sobre el reconocimiento y aplicación de dicho principio, y de las que, en apariencia serían sus variantes o “*sub-principios*”. En este punto y no obstante que el capítulo versa sobre el derecho desarrollado en otras partes del mundo, se aclara que se hará mención de lo resuelto en específico por la SCJN y algún otro tribunal nacional de menor jerarquía judicial que aquella. Esto dado que fue a través del entendimiento efectuado por tales órganos que se pudo construir, inductivamente, la conceptualización del principio de mérito y/o de una o más de sus variantes. Tarea *bi-direccional*, como se le ha llamado en esta investigación, a esa actividad compartida entre cortes y tribunales nacionales e internacionales a la que se le suele llamar “*diálogo jurisprudencial o dialéctico*”.

2 En la vertiente positivista o normativa

2.1 Delimitación expresa en el Sistema Universal de Derechos Humanos

Los *treaty bodies* de los tratados de derechos humanos derivaron del fortalecimiento que se dio y sigue dándose a tales pactos desde la DUDH. A continuación se hará una síntesis de los mismos desde su enfoque hacia el apotegma *pro homine*:

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (PIDCP), se aprecia que *el artículo 5 prescribe la aplicación pro homine del contenido normativo del PIDCP*.⁷⁹ Aquí su contenido:

Artículo 5

1. *Ninguna disposición del presente Pacto podrá ser interpretada en el sentido de conceder derecho alguno a un Estado, grupo o individuo para emprender actividades o realizar actos encaminados a la destrucción de cualquiera de los derechos y libertades reconocidos en el Pacto o a su limitación en mayor medida que la prevista en él.*

2. *No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.*

Sobre el párrafo inmediato anterior, se observa que de inicio el mismo el Sistema Universal de Derechos Humanos (SIDH) reconoció al *pro homine* en su vertiente de preferencia normativa. Su trascendencia es tal que se considera el fundamento supranacional de dicho principio. Normativa convencional que equivaldría, en el ámbito competencial del Sistema Interamericano de los Derechos Humanos, a lo consagrado en el artículo 29 de la CADH.

Cabe aclarar, a juicio de quien suscribe, que el PIDCP no sería la fuente convencional de la *interpretación restringida* como variante o vertiente del postulado de mérito, pues quien lo sería es el artículo 30 de la DUDH ya antes transcrito.

⁷⁹*Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Colombia, 2004, p. 472.

El Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PIDESC). Se observa que el artículo 5 del PIDESC es esencialmente el mismo que el numeral 5 del PIDCP. Esencialmente, también existe similitud con entre el cardinal 1 del PIDCP y el 2 del PIDESC.

La Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial (ICERD, por sus siglas en inglés). Como la vertiente de preferencia normativa en la interpretación de los derechos humanos, el principio *pro homine* se estipula en su artículo 3 con base en una correlación *bi-direccional* entre las restricciones que deriven de las disposiciones legales de los Estados partes, mismas que dejarán de serlo y con ello se aplicará *favorablemente a la persona* dicha ICERD cuando tales disposiciones establezcan discriminación contra alguna nacionalidad en lo particular.

La Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer (conocida más por sus siglas en inglés: CEDAW). Esta destaca la clara directriz *pro persona* en la preferencia normativa en su artículo 23.

La Convención sobre los Derechos del Niño (CND). También prescribe la vertiente *pro homine* en la preferencia normativa.

La Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares (CRMW, por sus siglas en inglés). A diferencia de los anteriores, en este instrumento internacional no solo se alude a la vertiente preferente de normas (81.1.), sino también hace hincapié en su interpretación restringida (81.2.).

La Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad (CRPD). Lo que aquí resalta es su vinculación con el derecho doméstico mexicano a través de la publicación de dicha convención como de su protocolo⁸⁰, máxime al señalarse expresamente en su último párrafo la aplicación del principio *pro homine* en su vertiente preferente de normas. Hecho que resulta relevante dado que la reforma constitucional en donde aquél se plasmó fue emitida tres años después.

La Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes (internacionalmente conocida también como CAT). En su protocolo *ad hoc* se consagra la directriz *pro persona* en la preferencia normativa.

⁸⁰ Publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 2 de mayo de 2008.

La Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas (CPPDFP). En su articulado se estipula con precisión la regla del apotegma *pro persona* en la preferencia de normas.

Atento lo anterior, puede decirse que se está ante el *corpus juris universal de los derechos humanos*, específicamente en lo que se refiere a los instrumentos convencionales respecto de los cuales se señaló de cada uno de ellos dónde radicaría el principio *pro homine*. Fue así es que se derivó la preferencia de normas es, por mucho, la directriz con el claro asidero positivizado en ese ámbito; extremo que se concluye dado que su identificación resultó ser expresa y exenta de ambigüedad alguna.

2.2 El tratado-marco del *pro homine*

Todas las normas supranacionales y los *treaty bodies*, en cuanto su posicionamiento respecto del postulado *pro homine* en su pauta interpretativa extensiva se refiere es una derivación positivizada en el *tratado-marco* de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales⁸¹, no obstante que este último pacto sea *posterior* a la aprobación de la mayoría de los instrumentos internacionales mencionados en este apartado.

Importante es sin duda observar que la primacía del *pro homine* como “*la directriz interpretativa*”, al menos tenida como la única o más importante y con la dimensión que actualmente tiene, no tiene una solidez intocable y, menos aún, de la envergadura de una disposición de *jus cogens*, como ya antes se ha argumentado. Esto queda en evidencia al atenderse a lo dispuesto en este ordinal de la convención celebrada en Austria:

Artículo 31

Regla general de interpretación

1. *Un tratado deberá interpretarse de buena fe conforme al sentido corriente que haya de atribuirse a los términos del tratado en el contexto de éstos y teniendo en cuenta su objeto y fin.*

2. *Para los efectos de la interpretación de un tratado, el contexto comprenderá, además del texto, incluidos su preámbulo y anexos:*

a) *todo acuerdo que se refiere al tratado y haya sido concertado entre todas las partes con motivo de la celebración del tratado;*

b) *todo instrumento formulado por una o más partes con motivo de la celebración del tratado y aceptado por las demás como instrumento referente al tratado.*

3. *Juntamente con el contexto, habrá de tenerse en cuenta:*

⁸¹ Aprobada el 21 de marzo de 1986.

- a) todo acuerdo ulterior entre las partes acerca de la interpretación del tratado o de la aplicación de sus disposiciones;
 - b) toda práctica ulteriormente seguida en la aplicación del tratado por la cual conste el acuerdo de las partes acerca de la interpretación del tratado;
 - c) toda norma pertinente de derecho internacional aplicable en las relaciones entre las partes.
4. Se dará a un término un sentido especial si consta que tal fue la intención de las partes.

Abona en la idea, superada por sus restricciones, del asidero *inter-tratadista* del *pro homine* cuando se alude a la interpretación sistemática de dicho cardinal 31 con los anteriores de la propia convención.⁸² Robustece a la anterior conclusión tan solo el detenerse a observar que el *principio* del artículo 26⁸³ se aprecia prescrito sin restricción alguna; extremo que hace inviable su traslado como criterio hermenéutico general o enfocado a un instrumento internacional o de derecho doméstico tal cual, puesto que, de hacerse así, haría inviable la interpretación extensiva del postulado *pro homine*.⁸⁴

Razonamiento similar merece tal arábigo 27, pues, a la luz de su predecesor 26, sentaría la “*regla de la aplicación jerárquica del tratado*”. Es decir que, sin ninguna cláusula convencional que estime lo contrario en el pacto *ad hoc*, siempre se habría de aplicar el texto supranacional por encima del interno. Extremo que, para los efectos del *pro homine*, implica-

⁸² Artículo 26

Pacta sunt servanda

Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Artículo 27

El derecho interno de los Estados, las reglas de las organizaciones internacionales y la observancia de los tratados

1. Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

2. Una organización internacional parte en un tratado no podrá invocar las reglas de la organización como justificación del incumplimiento del tratado.

3. Las normas enunciadas en los párrafos precedentes se entenderán sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

Artículo 28

Irretroactividad de los tratados

Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

⁸³ Que traducido al castellano podría entenderse, en este caso, como “Los pactos se hicieron para cumplirse”.

⁸⁴ Para observar cómo se ha interpretado y aplicado en el derecho mexicano el principio *pro homine* desaplicando, a su vez, el diverso *pacta sunt servanda*, véase Parra Lara, Francisco José. “La protección oficiosa de los débiles ante el *Infonavit*”. Hechos y Derechos, [S.I.], apr. 2020. ISSN 2448-4725. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13436/14865>. Fecha de acceso: 9 mayo de 2019.

ría vaciarlo de su contenido, tanto como principio en sí mismo considerado como en su importancia *favorecedora* de los derechos humanos.

Respecto del alcance del citado artículo 27, hay quienes sostienen que no es correcto pretender equiparar a la jurisprudencia de la Corte IDH, por ejemplo, con la fuerza que la Convención de Viena le da a los tratados internacionales como tales. Extremo que, retomando lo explicado sobre el *diálogo jurisprudencial o dialéctico*, también sembrarían la duda a si la CADH (art. 62.3) realmente le da esa especie de “*jurisdicción última, interpretación auténtica y/o definitiva*” (a fin del control de convencionalidad *estricto* o *duro*) a la Corte IDH. A esto habría que agregarle el pensamiento de Niembro Ortega, cuando refiere que la Corte IDH tendría en contra una “*objeción democrática del control judicial de la ley*”, pues no habría un contrapeso político legislativo a la misma, ni en el ámbito continental ni en el fuero interno de los Estado Parte, más si se recuerda que el legislativo de estos últimos no intervienen en la designación de los jueces que integran a aquella, siendo así también nugatoria su “*legitimidad indirecta*” que si tienen sus pares domésticos.⁸⁵

La postura positiva, entendida desde la visión de la jerarquía normativa, en este caso de la “*ley convencional o supranacional*”, y que nos remontaría a las teorías de Kelsen y Ferrajoli, por mencionar algunos de sus expositores, sentaría el punto de convergencia, límite, restricción o vínculo entre el ámbito infranqueable que le corresponde, normativa y facultativamente, a los pueblos a través de sus representantes que han celebrado tratados, convenciones y demás instrumentos internacionales, respecto del ámbito residual que le correspondería a los intérpretes y operadores jurídicos, en especial los jueces e incluidos los tribunales constitucionales.

Delimitación, al inmediatamente antes referida, que contrasta con la de índole constitucionalista “*post-positivista, no positivista y/o neo-constitucionalista*” de indicar que tal jerarquía a la que aduce dicho convenio es violatoria del “*constitucionalismo principialista o argumentativo*”, propio de las ideas de Alexy, Dworkin, Nino, Zagrebelsky, Atienza (aunque con matices más neutrales) entre otros y que, en muy resumidas cuentas, sostendría que sería inadmisibles sostener como viable la redacción formal y más aún en su contexto axiológico (incluido en la relación entre la moral hacia el derecho) de la “*regla de la aplicación jerárquica del tratado*”, pues para dicha corriente filosófica-jurídica aceptar el binomio regla-jerarquía

⁸⁵ Niembro Ortega, Roberto, “*La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*”, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021, p. XXXIV.

equivaldría a la negación sustancial de su teoría constitucional, así como de su operatividad mediante la llamada “*ponderación de principios*”. Sobre dichas figuras y escuelas se abundará en el capítulo 4 de la presente investigación.

Para fortuna del multialudido principio *pro homine*, desde hace varios años es sólidamente aceptado que su esencia no se considera restringida, al menos en modo alguno insuperable, al texto de los tratados internacionales; entendido esto en su interacción bidireccional con el derecho doméstico. Es más, desde la perspectiva de los constitucionalistas positivistas o normativistas que defienden la legitimidad democrática de los legisladores nacionales, la postura resultaría totalmente inaceptable, pues para ellos de existir restricción o límite insuperable a la aplicación de ese u otro principio, derecho o diversa construcción jurídica o social, la misma tendría que fincarse en las legislaciones regionales, concretamente en su constitución nacional.

Atento a lo anterior, en México y otros países está abierta la posibilidad de acceder a esa “no restricción” si se toma en cuenta que, de existir la misma, no lo estaría en la letra y aun en lo implícito de su carta política federal. De ahí que sea sumamente valiosa la conceptualización normativa del principio de mérito por parte de los tribunales, tanto internacionales y nacionales, pues, por mucho, su aportación extiende el alcance que de tal postulado se encuentra en el derecho de los tratados, sin que por esto se contradiga el postulado troncal del constitucionalismo normativista.

La anterior concatenación entre la indicación, o mejor dicho “*mandato constitucional habilitante*” y la labor principialista o argumentativa, en especial de los tribunales constitucionales, habrá de servir de puente metodológico entre el constitucionalismo positivista “cerrado” del constitucionalismo “abierto”, y que serían los que defenderían la primacía de la jerarquía constitucional, por un lado, y la de los principios y/o derechos fundamentales, por el otro, respectivamente.

A manera de tener una idea de cómo ha trascendido la vertiente de preferencia normativa del principio *pro homine* en el derecho doméstico latinoamericano, siguiendo el ejemplo de lo ocurrido en la experiencia europea, el investigador mexicano Héctor Fix-Zamudio refiere:

(...) se observa que en los ordenamientos jurídicos internos de los países del continente americano, se ha producido una evolución encaminada a la concesión de mayor jerarquía, aunque con ciertas limitaciones, de las normas del Derecho Internacional, en particular las de carácter convencional, sobre las normas del Derecho Interno, inspirado de alguna manera, en la evolución que se puede observar en los países

*europesos después de la Segunda Guerra Mundial. Nos parece que tiene sentido, porque si los países han ratificado las convenciones internacionales, en el ejercicio de su soberanía, las normas de los tratados internacionales tienen jerarquía sobre las del Derecho Interno en caso de conflicto de normas.*⁸⁶

Sí, Fix-Zamudio sostiene una opinión contraria a la antes plasmada, siendo así más proclive a decantarse por el constitucionalismo a favor de los principios y su integración en sede judicial. Como defensa de la postura, si no contraria sí receptiva de la falta de sinergia o de “*tropicalización*” de lo que el reconocido constitucionalista mexicano refiere sobre lo sostenido en Europa (donde, ciertamente, estaría también la corriente *pro jerarquía constitucional*) y su aplicación en el derecho de los países, como el nuestro, ajenos a la tradición y desarrollo jurídico-social anglosajón. Extremo que, según Manuel Atienza Rodríguez, trascendería en la disociación entre la filosofía y la teoría anglosajona y su desarrollo en la práctica social, incluida la del derecho, que se cierne sobre Latinoamérica.⁸⁷

Para muestra actual y vigente de cómo esa disociación entre la teoría de cuño no latino y su aplicación socio-jurídica en los países como el nuestro, y cómo la misma ha sido reconocida aún por los máximos intérpretes y aplicadores de la corriente principialista o argumentativa, al menos implícitamente, está la construcción argumentativa de la Corte IDH, donde a la par reconoce los límites o restricciones para hacer viable, de forma directa e inmediata, la exigencia hacia los estados americanos de adecuar sus legislaciones para respetar el acceso igualitario de las parejas del mismo sexo al matrimonio:

(...) esta Corte sostuvo que era posible que algunos Estados deban vencer dificultades institucionales para adecuar su legislación y extender el derecho de acceso a la institución matrimonial a las parejas del mismo sexo, las cuales son susceptibles de imponer un trámite no exento de dificultades políticas y de pasos que requieren cierto tiempo. Dado que estas reformas son fruto de una evolución jurídica, judicial o legislativa, que va abarcando otras zonas geográficas del continente y se recoge como interpretación progresiva de la Convención, el Tribunal instó a esos Estados a que im-

⁸⁶ Fix-Zamudio, Héctor. “*El derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones latinoamericanas y en la Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, en; *Revista Latinoamericana de Derecho*. No.1, enero-junio. 2004, pág. 175. Citado por Gasparoto, Ana Lúcia, et. al, “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona*”, *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*, Vol. 60, 2015, p. 67.

⁸⁷ Atienza Rodríguez, Manuel, “*Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca*”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, [S.l.], n. 37, p. 299-318, dic. 2014. ISSN 2386-4702. Disponible en: <<https://doxa.ua.es/article/view/2014-n37-una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo-latino-otra-vuelta-de-tuerca>>. Fecha de acceso: 10 jun. 2020 doi:<https://doi.org/10.14198/DOXA2014.37.16>.

*pulsen realmente y de buena fe las reformas legislativas, administrativas y judiciales necesarias para adecuar sus ordenamientos, interpretaciones y prácticas internos.*⁸⁸

Así las cosas, es dable ver cómo los tribunales, sean ordinarios, constitucionales o internacionales, incluido el americano especializado en derechos humanos, suelen ser prudentes (lo que otros dirían que son proclives al *pro positivismo normativo*) respecto a trasladar mediante sus resoluciones obligaciones derivadas de principios o derechos interpretados o bien legalizados o normados en jurisdicciones distintas al país en donde se analice el caso concreto. Actuación que podría entenderse como un límite o restricción al “*multilateralismo del derecho*” a efecto de evitar daños a la estructura, tenida como esencial, del entramado político, social y jurídico de una nación al hacérsele obligatorio el incorporar, precipitadamente, un “*localismo*” esgrimido en otra parte del planeta.⁸⁹ En contraste al último concepto esgrimido, estaría el “*pluralismo jurídico*”, entendido como la factibilidad de que diversos conglomerados normativos coexistan, tanto en sede interna (como, por ejemplo, ante la presencia de disposiciones jurídicas como consuetudinarias propias de los grupos indígenas que comparten un territorio o país con gente que no lo es y por tanto esta última tendrían una normativa aplicable distinta) como en la internacional. He aquí la importancia de la interdisciplinariedad, pues sólo con el auxilio de distintas ciencias, como la sociología y la antropología (en el tema de los asuntos indígenas), podría incidirse en el derecho y con ello distensionarse los componentes jurídicos que entren en conflicto.

Por otro lado, no hay que olvidar cómo para la SCJN, por votación dividida de sus miembros, sí resultó factible restringir los derechos humanos, en cuanto a su ejercicio se refiere, si expresamente así lo establece la CPEUM. Postura constitucional positiva que trasciende a la asimilación y ejecución de los principios a aquellos referidos, donde desde luego se contempla al *pro homine*. Se impuso la *supremacía* de la norma constitucional por encima del resto del sistema jurídico del propio país, dirían los positivistas normativos o garantistas.

De ahí que pueda hablarse de una “*regla constitucional*”, la derivada de la jurisprudencia mexicana de referencia que, implícitamente y no sin discusión de los jueces constitucionales, como se comentó en el capítulo 1 de esta obra, impuso en el constitucionalismo

⁸⁸ Opinión Consultiva OC-24/17 de 24 de noviembre de 2017 solicitada por la República de Costa Rica, Identidad de Género, e Igualdad y No Discriminación a Parejas del Mismo Sexo (...), párrafo 226.

⁸⁹ Figura que haría alusión al término “*localismo globalizado*”, esgrimido por Boaventura de Sousa Santos, en “*Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos*”, Revista EL OTRO DERECHO, número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. Disponible en: http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/Sousa%20-%20Concepci%C3%B3n%20multicultural%20de%20DDHH.pdf. Fecha de ingreso: 10 de junio de 2020.

actual mexicano la jerarquía de la constitución federal por encima de los tratados. Para fortuna de los partidarios del espíritu opuesto a dicha restricción o límite a la manera de concebir el DIDH, las restricciones constitucionales expresas deben, precisamente, interpretarse como lo que son, es decir como restricciones; esto desde la perspectiva del postulado de marras, lo que en última instancia implicaría limitar a lo mínimo las interpretaciones que, a su vez, vedan acudir a la disposición convencional sin otra razón que por contravenir “*expresamente*” lo establecido en la CPEUM. Esta sería otra de las maneras en que puede mediar entre los antagonismos constitucionales de lo positivo garantista o normativo y lo principialista o argumentativo.

2.3 En el Sistema Interamericano de Derechos Humanos

Si bien el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH) tuvo su origen como sistema de protección de derechos humanos tal cual desde principios del año de 1948, lapso en que se adoptaron la Carta de la Organización de los Estados Americanos, el Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá) y la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre (DADH), es hasta que fue dictada la CADH en que empezó a tener real trascendencia continental dicho sistema. Redunda en esto que en dicha convención se halle positivizado a nivel americano el asidero del *pro homine* (ordinal 29).

Para entender dicho principio respecto del SIDH es inevitable acudir a lo resuelto por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) y por la Corte IDH, mucho más por esta última, pues como ya se ha adelantado es a raíz de criterios y demás opiniones derivadas de sus actuaciones como tribunal jurisdiccional del continente que dicho postulado debe gran parte de su conformación y vigencia, incluida en el ámbito jurídico mexicano.

2.3.1 Positivización interamericana expresa del *pro homine*

Continuando la misma ruta que se inició en el ámbito universal, se señalan las disposiciones donde encuentre asidero, aún en su mínima o implícita expresión, el principio *pro homine*:

- a) DADH (Capítulo Primero, Derechos, artículo XXVIII, [Alcance de los derechos del hombre]).⁹⁰
- b) CADH (Artículo 29. Normas de Interpretación, inciso b).⁹¹
- c) Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura (Artículo 16).⁹²
- d) Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador) (Artículo 4, No admisión de restricciones) [Artículo 4, No admisión de restricciones].⁹³
- e) "Convención de Belém do Pará": Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Artículo 13).⁹⁴
- f) Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas (Artículo XV).⁹⁵
- g) Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad (Artículo VII).⁹⁶
- h) Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.⁹⁷

⁹⁰ Establece, más que la restricción (general) en la forma en que se interpretaría el *pro homine* las características de interdependencia e integralidad de los derechos humanos: Artículo XXVIII. Los derechos de cada hombre están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bienestar general y del desenvolvimiento democrático.

⁹¹ Como ocurre con las disposiciones a nivel universal, ya antes aludidas, en esta norma marco continental también se preceptúa la interpretación normativa extensa, *a contrario sensu*, pues al tenor de dicho apartado se entiende que restringe la prevalencia de la propia CADH si de la interpretación de esta se deduce que protege en grado menor un derecho o libertad tutelado en otra fuente normativa.

⁹² En esta convención especializada, *la interpretación extensiva* explicaría que sí reconoce el *pro homine* al menos en los mismos términos que se extrae de la CADH, dado que remite expresamente a esta: Artículo 16. La presente Convención deja a salvo lo dispuesto por la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por otras convenciones sobre la materia y por el Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto del delito de tortura.

⁹³ Sigue la misma línea argumentativa de la CADH en el tema: Artículo 4, No admisión de restricciones. No podrá restringirse o menoscabarse ninguno de los derechos reconocidos o vigentes en un Estado en virtud de su legislación interna o de convenciones internacionales, a pretexto de que el presente Protocolo no los reconoce o los reconoce en menor grado.

⁹⁴ Similar a lo dispuesto en la CADH: Artículo 13. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado como restricción o limitación a la legislación interna de los Estados partes que prevea iguales o mayores protecciones y garantías de los derechos de la mujer y salvaguardias adecuadas para prevenir y erradicar la violencia contra la mujer.

⁹⁵ Semejante a lo dispuesto en la CADH: Artículo XV. Nada de lo estipulado en la presente Convención se interpretará en sentido restrictivo de otros tratados bilaterales o multilaterales u otros acuerdos suscritos entre las Partes (...).

⁹⁶ Similar a lo dispuesto en la CADH: Artículo VII. No se interpretará que disposición alguna de la presente Convención restrinja o permita que los Estados parte limiten el disfrute de los derechos de las personas con discapacidad reconocidos por el derecho internacional consuetudinario o los instrumentos internacionales por los cuales un Estado parte está obligado.

⁹⁷ De igualdad sustancial a lo dispuesto en la CADH: Artículo 16. Interpretación. 1. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado en el sentido de restringir o limitar la legislación interna de los Estados partes que ofrezca protecciones y garantías iguales o mayores a las establecidas en la Convención. 2. Nada de lo dispuesto en la presente Convención podrá ser interpretado en el sentido de restringir o limitar las convenciones internacionales sobre derechos humanos que ofrezcan protecciones iguales o mayores en esta

- i) Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores (Artículo 1).⁹⁸
- j) Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas (Artículos XL, XLI).⁹⁹
- k) Carta de la OEA (Artículo 131).¹⁰⁰
- l) Carta Democrática Interamericana (Artículo 7).¹⁰¹
- m) Estatuto de la CIDH (Artículo 1.2).¹⁰²
- n) Reglamento de la CIDH (Artículos 1 y 78).¹⁰³
- o) Estatuto de la Corte IDH (Artículo 1).¹⁰⁴

materia.

⁹⁸ Converte con lo explicado en razón de la CADH: Artículo 1, Ámbito de aplicación y objeto. El objeto de la Convención es promover, proteger y asegurar el reconocimiento y el pleno goce y ejercicio, en condiciones de igualdad, de todos los derechos humanos y libertades fundamentales de la persona mayor, a fin de contribuir a su plena inclusión, integración y participación en la sociedad. Lo dispuesto en la presente Convención no se interpretará como una limitación a derechos o beneficios más amplios o adicionales que reconozcan el derecho internacional o las legislaciones internas de los Estados parte, a favor de la persona mayor (...).

⁹⁹ En esta convención, destaca que en su cardinal XL se establece el *pro persona* en su vertiente de *maximización interpretativa a contrario sensu*, más aún cuando se engarza con el principio de progresividad de los derechos humanos: Artículo XL. Ninguna disposición de la presente Declaración se interpretará en el sentido de que limite o menoscabe los derechos que los pueblos indígenas gozan en la actualidad o que puedan adquirir en el futuro. Por otra parte, en su siguiente dispositivo fija el “*piso*” que tal declaración constituye en el tema de la protección de los derechos humanos *ad hoc*, aludiendo así, tácitamente, a la interpretación de preferencia normativa: Artículo XLI. Los derechos reconocidos en esta Declaración y la Declaración de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas constituyen las normas mínimas para la supervivencia, dignidad y bienestar de los pueblos indígenas de las Américas.

¹⁰⁰ Aquí se hace un reenvío en el tema de la *restricción normativa* como variante de la interpretación *pro homine*: Artículo 131. Ninguna de las estipulaciones de esta Carta se interpretará en el sentido de menoscabar los derechos y obligaciones de los Estados miembros de acuerdo con la Carta de las Naciones Unidas.

¹⁰¹ De manera muy general, se entiende que, *implícitamente, delega el tema a lo estatuido tanto en sede doméstica como en el ámbito de americano*: II La democracia y los derechos humanos, Artículo 7. La democracia es indispensable para el ejercicio efectivo de las libertades fundamentales y los derechos humanos, en su carácter universal, indivisible e interdependiente, consagrados en las respectivas constituciones de los Estados y en los instrumentos interamericanos e internacionales de derechos humanos.

¹⁰² En este apartado, se estaría ante la literal y maximizada restricción en cuanto a la interpretación del principio *pro persona* se refiere. No está por demás decir que dicho señalamiento ha sido ampliamente superado en el contexto en que actualmente se entiende dicho apotegma: Artículo 1.2. Para los fines del presente Estatuto, por derechos humanos se entiende: a. los derechos definidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con los Estados partes en la misma; b. los derechos consagrados en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, en relación con los demás Estados miembros.

¹⁰³ La *interpretación sistemática y funcional de ambos numerales*, colige pensar que, dado a que los integrantes de tal comisión se reputan versados en el tema de los derechos humanos y, por ende, de las actuales y progresivas connotaciones del *pro homine*, habrán de seguir la jurisprudencia y demás criterios que sobre el tema les obligue su función a raíz de lo que decida la Corte IDH: Artículo 1. Naturaleza y composición. 1. La Comisión Interamericana de Derechos Humanos es un órgano autónomo de la Organización de los Estados Americanos que tiene las funciones principales de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos y de servir como órgano consultivo de la Organización en esta materia. 2. La Comisión representa a todos los Estados miembros que integran la Organización. 3. La Comisión se compone de siete miembros, elegidos a título personal por la Asamblea General de la Organización, quienes deberán ser personas de alta autoridad moral y reconocida versación en materia de derechos humanos. Artículo 78. Interpretación. Cualquier duda que surgiere en lo que respecta a la interpretación del presente Reglamento, deberá ser resuelta por la mayoría absoluta de los miembros de la Comisión.

Descripción de tales disposiciones y su respectiva transcripción al calce comentada que se considera pertinente dado el ya comentado peso positivista que la misma Corte IDH le da a la configuración del *pro homine* respecto de los tratados y demás instrumentos que resulten los especialmente aplicables al caso bajo análisis. Sobre esta conclusión cabría ahondar en dos cuestiones:

La primera enfocada hacia el que sería el “*principio de legalidad convencional*”, mismo que partiría del texto de los instrumentos internacionales como receptáculos del positivismo normativo necesario para darle la posibilidad de desarrollarse vitalmente, como diría Francisco Laporta cuando se refiere a la cualidad que debe imperar en todo derecho que aspire a tener la autonomía que le permita subsistir como tal.¹⁰⁵ Y sin que en esto puede excepcionarse al invocarse el DIDH, más aun tomando en cuenta la especialización de dicha corte.

Ampliación del paradigma positivista, diría Ferrajoli, que habrá de permitir la persistencia del Estado de Derecho, catalogúese o no como “constitucionalista”, pero, como diría el filósofo italiano, dicho poder judicial (incluso aquel continental) deberá sujetarse, como los demás poderes considerados así desde su enfoque político, del asidero del principio de legalidad, pues, entonces, así y solo así podría legitimarse su ampliación mediante la integración jurisprudencial y de aquí su proyección hacia los demás poderes de los Estados parte (ejecutivo, legislativo y el judicial local).¹⁰⁶ Solo así podría evitarse que el juez, incluido el internacional, llegue al extremo de rebasar aquel marco normativo, convirtiéndose en lo que podríamos llamar un juez actuando con un “*poder de disposición, un poder ilegítimo*”.¹⁰⁷

La segunda cuestión a comentar se enfoca en lo que Ferrajoli, precisamente, invoca la que tendríamos como la “*esfera competencial legítima*”: la observación de las circunstancias

¹⁰⁴ Dado su papel de máximo intérprete de la CADH, se entiende que su labor ad hoc se vincule insoslayablemente con ella: Artículo 1 Naturaleza y Régimen Jurídico. La Corte Interamericana de Derechos Humanos es una institución judicial autónoma cuyo objetivo es la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. La Corte ejerce sus funciones de conformidad con las disposiciones de la citada Convención y del presente Estatuto.

¹⁰⁵ Laporta, Francisco, “*El imperio de la ley. Una visión actual*”, edit. Trotta, Madrid, 2007.

¹⁰⁶ Ferrajoli, Luigi, “*Constitucionalismo y Teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y a José Juan Moreno*”, en “*La teoría del derecho en el paradigma constitucional*”, Ferrajoli, Luigi et. al, Fundación Coloquio Europeo, España, 2008, p. 175.

¹⁰⁷ Así se interpreta el pensamiento de Luigi Ferrajoli (y sobre el cual se abundará en el capítulo 4 de esta tesis), contenido en su obra “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 34, p. 15-53, dic. 2011. ISSN 2386-4702. Disponible en: <https://doxa.ua.es/article/view/2011-n34-constitucionalismo-principialista-y-constitucionalismo-garantista>. Fecha de acceso: 10 de junio de 2020. Pp. 48 y 50.

de hecho en que se basa la aplicación de los principios y/o reglas pero sin trascender en el análisis de estos y de sus fuentes para luego terminar por controlarlos y eventualmente inaplicarlos o desaplicarlos. Son los hechos y no el derecho el que se habrá de argumentar, y en su caso ponderar el juzgador para así poder establecer la “*derrotabilidad*” a la que se suele aludir cuando se está ante dos figuras jurídicas (donde algunos incluyen tanto principios y reglas) y es debido que una “*derrote*” a la otra para poder decidir el derecho aplicable, el derecho válido o legítimo, al que también podría llamarse como el subsistente. Ergo, tal esfera competencial a la se le endilga el título de legítima por parte del juez sería partícipe de sus funciones como ente político y gubernamental, salvándose así la separación de poderes y el Estado mismo de Derecho, como diría el jurista italiano.¹⁰⁸

Sin perjuicio de lo inmediatamente antes citado, conviene recordar que la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales también está presente, de forma expresa, en el cuerpo de la CADH.¹⁰⁹ De ahí que convenga analizarse cómo impactarían las “*reservas*” a que alude el ordinal 75 del CADH¹¹⁰ respecto de la vigencia del apotegma *pro homine*.

En este tenor, habría qué entenderse que si el principio *pro homine* es consustancial al “*objeto y fin de los tratados en materia de derechos humanos*”, luego, no podría aceptarse que un Estado parte, en este caso de la Organización de los Estados Americanos (OEA), emita un reserva mediante la cual se abstenga de cumplir con tal criterio interpretativo, ya sea *motu proprio* o a raíz de alguna normativa emitida al respecto por la Corte IDH o diversa institución con competencia en la materia. Conclusión, se acepta, más moral que jurídica y menos aún política, y por tanto propia de la teoría constitucionalista principialista o argumentativa, ya que ha resultado patente que aun invocándose a los derechos humanos no es posible desoperativizar o dejar sin efecto alguno la regulación doméstica como sistema de orden público. Claro está no sin trastocar la doctrina de la jerarquía constitucional doméstica que defienden los constitucionalistas normativistas, como ya se explicó.

Podemos agregar que la importancia de revisar el cuerpo de cada uno de los tratados,

¹⁰⁸ *Ibidem*, p.48.

¹⁰⁹ Artículo 75. Esta Convención sólo puede ser objeto de reservas conforme a las disposiciones de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, suscrita el 23 de mayo de 1969.

¹¹⁰ Según dicha convención, por “*reserva*” se entiende

(...) una declaración unilateral, cualquiera que sea su enunciado o denominación, hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado;

convenciones y demás instrumentos internacionales no es un sometimiento expreso o tácito al carácter positivista tradicional o normativo, si no, en opinión de quien escribe, de revisar cómo han ido construyendo, en realidad, el derecho o sistema jurídico sus operadores legislativos que, en apariencia democráticos, no por ello merecedores de una bien ganada desconfianza ciudadana por la forma que, al menos en México, no en pocas ocasiones han actuado muy alejados del bien común, no se diga de la moral colectiva (entendida en su aspecto deóntico), sin rastro alguno de aspirar a ser “*filósofos del derecho*” como para tener como intachable e intocable su obra legislativa en la materia. He ahí cómo los mismos positivistas garantistas reconocen que las normas deben ser controladas (subsuntivamente, como regla hermenéutica) cuando las mismas rompen con el concepto de la justicia legítima propia del Estado Constitucional de Derecho.

Dejando atrás dicho reproche, acaso más personal que objetivo, la legitimidad democrática del legislador debe considerarse como la que le da fuerza a la presunción de constitucionalidad sobre su creación legisferante, incluida las mismas constituciones y sus reformas y adiciones, lo que habría de permear hacia la incorporación de los tratados internacionales en el derecho mexicano, incluidos los enfocados en materia de derechos humanos, pues la cláusula constitucional habilitante (artículo 15 de la CPEUM¹¹¹) permite inferir que para que estos pueden ser parte del que ahora se denominaría “*bloque de constitucionalidad*” habrán de estar conformes a la misma constitución, siendo así, carta política y tratados, sujetos integrantes de la “*Ley Suprema de toda la Unión*”.¹¹²

Desde la óptica supranacional, la aceptación de la normatividad, como de la argumentación en sede judicial proveniente del plano internacional, en este caso el americano, debe observarse teniendo en cuenta

*la interpretación conforme con respecto a la CADH como es interpretada por la Corte IDH, y ese parámetro o bloque de convencionalidad se integra al propio contenido de los derechos previstos en la CPEUM para formar –junto al resto de los tratados internacionales– los referentes interpretativos de las normas internas.*¹¹³

¹¹¹ **Artículo 15.** No se autoriza la celebración de tratados para la extradición de reos políticos, ni para la de aquellos delincuentes del orden común que hayan tenido en el país donde cometieron el delito, la condición de esclavos; ni de convenios o tratados en virtud de los que se alteren los derechos humanos reconocidos por esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.

¹¹² Como se desprende de su interpretación sistemática con el texto del ordinal 133 de la misma CPEUM: **Artículo 133.** Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada entidad federativa se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de las entidades federativas.

¹¹³ Caballero Ochoa, José Luis, “*La Interpretación Conforme, el modelo constitucional ante los tratados interna-*

2.3.2 El *pro homine*, según la CIDH

La CIDH es un órgano principal y autónomo de la OEA, encargado de la promoción y protección de los derechos humanos en el continente americano. De acuerdo al numeral 41 de la CADH, tiene, como función primordial, la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos. A partir del año 1990 la CIDH creó lo que, haciendo el parangón con la labor de la ONU, serían los “*treaty bodies americanos*”: las Relatorías Temáticas. La finalidad de crear una Relatoría Temática es fortalecer, impulsar y sistematizar el trabajo de la propia CIDH en ese tema.

Sin abundar en cada una de las encomiendas de la CIDH, puede afirmarse que para el efecto de promover eficazmente la observancia y la defensa de los derechos humanos, tal comisión debe, dentro de su marco de competencia y con el apoyo de las Relatorías Temáticas, interpretar el *pro homine* a fin de darle cabida funcional en sus informes, recomendaciones, consultas, peticiones y demás comisiones antes descritos.

La CIDH, no obstante su papel como “*ministerio público continental*”, tiene restringida su labor de interpretación y aplicación del *pro homine*, pues, atenta la manera como funciona el SIDH, que aquella también está constreñida a seguir los criterios que sobre la interpretación de dicho principio establezca la Corte IDH, tal cual lo harían los Estados parte que hayan reconocido la jurisdicción de la misma.¹¹⁴

En este tenor cobra actualidad el ya citado párrafo 16 del “*Asunto Viviana Gallardo y otras Vs. Costa Rica*”, No. 101/81, pues resalta la jerarquía institucional de la Corte IDH respecto de los alcances de la CADH dentro de los límites del SIDH, lo cual incluye a la competencia de la CIDH. Una muestra más del peso de la positivización normativa en dicha sede continental.

cionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad”, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, primera edición, tercera reimpresión, México, 2014, p. 75.

¹¹⁴ Razonamiento que se desprende de *la interpretación sistemática y funcional* de estos artículos de la propia convención: Artículo 43. Los Estados partes se obligan a proporcionar a la Comisión las informaciones que ésta les solicite sobre la manera en que su derecho interno asegura la aplicación efectiva de cualesquiera disposiciones de esta Convención. Artículo 61. 1. Sólo los Estados partes y la Comisión tienen derecho a someter un caso a la decisión de la Corte (...). Artículo 68.1. Los Estados partes en la Convención se comprometen a cumplir la decisión de la Corte en todo caso en que sean partes. 2. La parte del fallo que disponga indemnización compensatoria se podrá ejecutar en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado.

Como dato adicional e histórico a resaltar de dicho asunto 101/81, destaca que en este fue el propio Estado parte (Costa Rica) quien “*se demandó así mismo*” ante el tribunal continental.¹¹⁵ Situación por la cual la Corte IDH decidió no admitir la demanda presentada directamente ante ella sin agotar el trámite previo ante la CIDH, razón por la cual remitió a esta el caso.¹¹⁶ De nuevo, la primacía del debido proceso positivizado como regla, es decir, deber legal “duro”, por encima de cualquier principio (o derecho fundamental y/o humano, siempre con la característica de “flexible o ponderable”), incluido el *pro homine*, que implique el desoperativizarlo de forma sustancial y trascendente.

2.3.3 El *pro homine*, de acuerdo a la Corte IDH

En noviembre de 1969 se celebró en San José de Costa Rica la Conferencia Especializada Interamericana sobre Derechos Humanos. En el ámbito de sus atribuciones fue hasta el Caso “*Velázquez Rodríguez Vs. Honduras*” (1988) que tal tribunal emitió su primera resolución de “fondo”, esto es, dictó su primera resolución contenciosa. La Corte IDH, desde la perspectiva de la interpretación y aplicación del *corpus juris* de derechos humanos, en especial por lo que acontece al principio *pro homine*, se pronuncia a través de *opiniones consultivas* y *sentencias contenciosas*, mismas que se podrían sub-dividir en excepciones preliminares, fondos y reparaciones, incluidos en este último concepto el seguimiento que se le da al cumplimiento de sus fallos a través de sus “*facultades de supervisión*”, como alude Eduardo J.R. Llugdar al referirse a lo dispuesto en el Caso “*Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*”.¹¹⁷

En el SIDH, como ya se adelantó al citarse el caso de la CIDH, se procura seguir un “*debido proceso convencional-continental*”, mismo que explicaría que el acceso, tanto a la CIDH como a la Corte IDH, debe sujetarse al “*agotamiento de los procedimientos (previos)*”, como indica el artículo 61.2, en relación con los dispositivos 48 a 50, todos de la CADH.

Por lo que hace a su labor interpretativa, la Corte IDH tiene plena y exclusiva competencia para interpretar sus propias resoluciones, máxime que es la única instancia jurisdiccional en el continente americano con la competencia en la materia de los derechos huma-

¹¹⁵ La Corte IDH lo llama “(...) *el único caso en que un Estado interpone una demanda contra sí mismo*”. (Sic)

¹¹⁶ Información extraída de esta fuente: http://www.corteidh.or.cr/docs/resumen/viviana_gallardo.pdf. Fecha de consulta: 15 de mayo de 2019.

¹¹⁷ Sentencia dictada el 2 de febrero de 2001. La referencia del tratadista guardaría relación con la trascendencia de su último punto resolutorio, que a la letra dice: “10. *decide que supervisará el cumplimiento de esta Sentencia y sólo después dará por concluido el caso.*”

nos. Abundando, se tendría que las cuatro facetas o vertientes de la labor jurisdiccional de la Corte IDH, según lo señala Sergio García Ramírez, ex Juez presidente de la misma, serían entonces la *consultiva*, la *contenciosa*, la *preventiva* y la *ejecutiva*.¹¹⁸

Ahora bien, por lo que hace a las dimensiones de su interpretación, es preciso atender a la *ratione materiae*, pues, como lo ha reconocido la propia Corte IDH, su trabajo jurisdiccional no tiene los mismos alcances en sede consultiva que en la contenciosa, por señalar los extremos en que su competencia se puede delimitar.¹¹⁹

En la misma resolución inmediatamente antes referenciada se plasma la que sería la primera positivización jurisprudencial, y por ende obligatoria, (atendiendo al alcance de la votación de quienes emitieron la opinión) del principio *pro homine* en su vertiente de preferencia de normas (concretamente en su determinación expresa *a contrario sensu* de restringir dicha interpretación), complementando así la construcción del propio postulado que meses antes emitió en el “Asunto Viviana Gallardo y otras Vs. Costa Rica”, No. 101/81, ya antes señalado. Aquí la parte concerniente:

41. En la Convención se advierte una tendencia a integrar el sistema regional y el sistema universal de protección de los derechos humanos. En el Preámbulo se reconoce que los principios que sirven de base a ese tratado han sido también consagrados en la Declaración Universal de los Derechos Humanos y que "han sido reafirmados y desarrollados en otros instrumentos internacionales, tanto de ámbito universal como regional". Igualmente, varias disposiciones de la Convención hacen referencia a otras convenciones internacionales o al derecho internacional, sin restringirlas al ámbito regional (artículos 22, 26, 27 y 29, por ejemplo). Dentro de ellas, cabe destacar muy especialmente lo dispuesto por el artículo 29, que contiene las normas de interpretación de la Convención y que se opone, en términos bastante claros, a restringir el régimen de protección de los derechos humanos atendiendo a la fuente de las obligaciones que el Estado haya asumido en esa materia.¹²⁰ Dicho artículo textualmente señala: (...).

Así las cosas, se puede afirmar que la Corte IDH tiene competencia amplia en sede consultiva, lo cual permea en su forma de construir argumentativamente el principio *pro homine*, máxime tomando en consideración que “buena parte del perfil actual de los derechos humanos en el régimen interamericano deriva de los pronunciamientos consultivos de la Corte Interamericana”.¹²¹

¹¹⁸ García Ramírez, Sergio, “La Corte Interamericana de Derechos Humanos”, Porrúa, primera edición, México, 2007, p. 51.

¹¹⁹ Así lo resolvió en la Opinión Consultiva OC-1/82, “**OTROS TRATADOS**” OBJETO DE LA FUNCIÓN CONSULTIVA DE LA CORTE (ART. 64 CONVENCION AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS)”.

¹²⁰ El subrayado es propio.

¹²¹ García Ramírez, Sergio, *op. cit.*, p. 52.

Haciendo un paréntesis aquí, y con ello fincarnos en la idea de que el derecho, es la realidad social, en la *praxis*, lo que hacen los tribunales (y más en general, los operadores jurídicos), actividad que, en última instancia, es la que se plasma en las prácticas interpretativas y argumentativas¹²², mismas que desembocan en los considerandos de sus sentencias, podría decirse que la extensión de la democratización del derecho, que, en caso de los Estados parte de la OEA incluiría el reconocimiento del SIDH y en el presente caso de la jurisdicción de la Corte IDH, se reflejaría en la *maximización*, si se quiere condicionada, del Estado Constitucional del derecho gracias a la incorporación, mediante la intervención del legislador democrático, de la jurisdicción extraterritorial de las cortes y tribunales internacionales.

Entonces, ateniéndonos al citado *bloque de constitucionalidad y/o convencionalidad*, tendría el legislador nacional e incluso constitucional por plenamente aceptada la divergencia entre quien tendría la última palabra sobre la "*legitimidad última*" de los principios, reglas, derechos y demás conceptos jurídicos que trasciendan en el sistema jurídico de su nación: la propia (es decir, la del constitucionalismo normativo o garantista, teniéndolo a aquel como el *legislador constituyente*), o bien la compartida, a veces de manera confusa y en otras, como ocurriría en México, de *forma bi-direccional*, entre lo que decidan en última instancia las cortes constitucional y las internacionales, como la citada Corte IDH.¹²³

Una respuesta sería invocar al principio de división de poderes para entender que esa discusión circular por inacabada sólo podría ser motivo de contención a través de la asignación de competencias reguladas por la presunción de constitucionalidad que le asistiría a la obra legislativa. Razón a la que abonaría el tenerse al poder judicial, incluso al Tribunal Constitucional, como un aspirante a ser, solamente, "*un legislador negativo*", como al respecto convergen la misma SCJN y Luigi Ferrajoli y que en la *praxis* constitucional mexicana se evidencia cuando la primera determina los efectos propios de una acción de inconstitucionalidad declarada procedente y fundada, por citar un ejemplo.

Regresando a la labor de la Corte IDH, su función *contenciosa*, continúa como criterio vigente señala que la Corte IDH ejerce *control directo, concentrado o duro* respecto de la

¹²² Pensamiento que se desarrolla Manuel Atienza Rodríguez en su obra "*El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*", editorial Ariel, Barcelona, 2006.

¹²³ Sobre la legitimidad y su confronte entre los poderes legislativo y judicial, véase "*Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo*", De Lora, Pablo, en "*Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*", Carbonell Sánchez Miguel y Salazar Ugarte, Pedro (coordinadores), editorial Trotta, España, 2005, págs. 251-266

CADH¹²⁴ como de los demás instrumentos interamericanos, previo reconocimiento expreso de su competencia en razón de materia hayan hecho los Estados parte.¹²⁵ Al final, prevalece la corriente europea sobre dicho tipo de control.

Sea la CADH o diverso tratado interamericano, la Corte IDH debe interpretarlo partiendo de las reglas generales de interpretación a las que se refiere la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados; es decir, por encima de sus facultades o atribuciones continentales, el tribunal americano ha de privilegiar sus obligaciones internacionales por encima de lo que al respecto se preceptúe en el SIDH en lo particular. Podría decirse que, al menos en este contexto, en congruencia con su característica *ad hoc*, la Corte IDH debe darle primacía a sus deberes *universales* en cuanto al DIDH se refiere, respecto de los que le serían propios a nivel del continente americano. ¿Positivismos transcontinental? Eso parece.

Para aplicar las disposiciones de *la buena fe*; el *sentido natural de los términos*, y el *contexto, objeto y fin de los tratados*, el Caso “González y otras (Campo Algodonero) Vs. México”¹²⁶ ilustra que, como mecanismos instrumentales de dichos mandatos de origen vienés, es válido atenerse a los criterios de interpretación, tales como el *literal* (que suele ser el primero que se aplica por su inmediatez y simplicidad); el *sistemático* y el *teleológico*, estos últimos estrechamente vinculados entre sí, pues el primero es indispensable en la intelección de los dispositivos que, se entienden, deben guardar congruencia interna respecto del conjunto normativo al cual pertenecen (en este caso, al *corpus juris continental de derechos humanos*); mientras que el segundo permite desentrañar el fin (y el objeto) perseguido por los citados ordenamientos, mismo que no podría ser otro que lo que específicamente lo vincule con la razón de ser y persistir propia de cada tratado y diversos instrumentos supranacionales, en este caso relacionados con los derechos humanos.

Criterios de interpretación, los plasmados en el parágrafo inmediato anterior, que podrían considerarse como “*reglas ordinarias de interpretación*”, es decir, como mecanismos propios de la subsunción y no así, por ejemplo, de la ponderación como mecanismo exegético, dado que, además de estar claramente determinados en el tratado-marco del *pro homine*,

¹²⁴ Al efecto, este apartado: Artículo 62 (...). La Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención que le sea sometido, siempre que los Estados partes en el caso hayan reconocido o reconozcan dicha competencia, ora por declaración especial, como se indica en los incisos anteriores, ora por convención especial.

¹²⁵ Tal competencia *ratione materiae*, señala Mireya Castañeda, se haya señalada de forma especial en el Protocolo Adicional a la Convención Americana sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales o “Protocolo de San Salvador” y en la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas. Castañeda, Mireya, “*El principio pro persona, experiencias y expectativas*”, *op. cit.*, p. 40.

¹²⁶ Sentencia del 16 de noviembre de 2009.

su esencia no sería derivada, y menos expresamente, de una fuente *meta-legal*, como la constitucional, tal cual acontece con los principios como el *pro homine*. Excepción a lo anterior radicaría en cuanto al método sistemático, pues este, sostiene Ferrajoli, no difiere en lo sustancial de tal *ponderación de principios o derechos*. En el capítulo 4 se ahondará en esta discusión.

Para vincular el objeto y fin de los tratados de mérito con el principio *pro homine*, desde la directriz interpretativa trazada por la Convención de Viena, se agregaría lo dicho por García Ramírez en su Voto Razonado Concurrente emitido en el Caso de la “*Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*”¹²⁷:

*2. En el ejercicio de su jurisdicción contenciosa, la Corte Interamericana está obligada a observar las disposiciones de la Convención Americana, interpretándolas conforme a las reglas que ese mismo instrumento previene y a las demás que pudieran ser invocadas conforme al régimen jurídico de los tratados internacionales, que figuren en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, del 23 de mayo de 1969. Igualmente, ha de tener en cuenta el principio de interpretación que obliga a considerar el objeto y fin de los tratados (artículo 31.1 de la Convención de Viena), al que infra se hace referencia, y la regla pro homine, inherente al Derecho internacional de los derechos humanos --frecuentemente invocado en la jurisprudencia de la Corte--, que conduce a la mayor y mejor protección de las personas, con el propósito último de preservar la dignidad, asegurar los derechos fundamentales y alentar el desarrollo de los seres humanos.*¹²⁸

El razonamiento inmediato anterior de la Corte IDH enfatiza que el objeto y fin de un tratado internacional (según previamente interpretó el artículo 31.1 de la Convención de Viena), en este caso la CADH, no podría ser otro que la eficaz protección de la persona humana (lo que, por otra parte, dejaría de lado la maximización o interpretación progresiva que reconozca derechos humanos a personas “no humanas”, como las morales, jurídicas o ficticias). Sinergia conceptual que trasciende en que, para la Corte IDH, el principio *pro persona* o *pro homine* es el *perteneciente al objeto y fin de la CADH*; extremo que lo volvería (si no único, sí el principal) mecanismo exegético para lograr la debida protección de la persona (humana).

En un sentido opuesto, también reviste gran importancia la limitación del empleo hermenéutico y normativo del principio *pro homine* que se estima que la Corte IDH derivó en los

¹²⁷ Sentencia del 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

¹²⁸ En el Caso “*19 Comerciantes Vs. Colombia*” se enfatiza la dimensión hermenéutica con la que dicha corte conceptualiza el postulado de mérito:

*173. En el presente caso el derecho a un debido proceso debe ser analizado de acuerdo al objeto y fin de la Convención Americana, cual es la eficaz protección de la persona humana*¹²⁸, es decir, debe hacerse una *interpretación pro persona* (...). Sentencia del 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

párrafos 78 y 79 de la sentencia del Caso “González y otras (Campo Algodonero) Vs. México”¹²⁹. En estos apartados, puede entenderse que para el tribunal continental el aludido como el “*principio de interpretación más favorable*” puede ser invocado y así empleado, *sólo si respecto del instrumento internacional sobre el cual se pretende aplicar contiene la expresa indicación que lo permita*. Es pocas palabras, se entendería que el apotegma *pro homine*, según la citada jurisprudencia interamericana requiere, como *conditio sine qua non*, del “*mandato convencional expreso*” como *cláusula habilitante*.¹³⁰ Mera reducción al *positivismo convencional normativo*, ni más ni menos, podría decirse de acuerdo a la doctrina *ah hoc*.

En un sentido opuesto estaría la limitación del empleo hermenéutico y normativista del principio *pro homine* que la Corte IDH habría considerado en los párrafos 78 y 79 de la sentencia del Caso “González y otras (Campo Algodonero) Vs. México”¹³¹.

De la anterior sentencia se fincan las siguientes hipótesis: la primero enfocada en lo que dicho tribunal considera como el *límite o restricción* del empleo del principio *pro homine*, siendo este el de no ser tenido como instrumento hermenéutico para integrar “*un enunciado normativo inexistente*”. En otras palabras, siguiendo la misma ejemplificación tomada de la

¹²⁹ Que la letra dicen: 2. Incompetencia del Tribunal respecto a los artículos 8 y 9 de la Convención Belém do Pará

78. La Comisión Interamericana no alegó la competencia contenciosa de la Corte respecto a los artículos 8 y 9 de la Convención Belém do Pará. Por su parte, los representantes aludieron a dicha competencia, teniendo en cuenta la *relación directa* del artículo 9 con el artículo 7 de dicha Convención, en razón de una interpretación *pro personae* del artículo 12 y del principio del efecto útil. Agregaron que la Corte debe “*asumir en conjunto ambos artículos para conocer de las violaciones alegadas*”.

79. La Corte considera que los criterios sistemáticos y teleológicos son insuficientes para superponerse a lo que indica claramente el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará, donde se señala que el sistema de peticiones se concentrará exclusivamente en la posible violación del artículo 7 de dicha Convención. Al respecto, la Corte resalta que a partir del principio de interpretación más favorable no se puede derivar un enunciado normativo inexistente, en este caso, la integración de los artículos 8 y 9 al tenor literal del artículo 12. Ello no obsta a que los diversos artículos de la Convención Belém do Pará sean utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes.

¹³⁰Valga el símil con lo que la doctrina constitucional y jurisprudencial refiere como el mandato expreso, y por ende de ineludible cumplimiento, que constriñe a actuar en determinado sentido, en este caso a las autoridades públicas.

¹³¹ Que la letra dicen: 2. Incompetencia del Tribunal respecto a los artículos 8 y 9 de la Convención Belém do Para.

78. La Comisión Interamericana no alegó la competencia contenciosa de la Corte respecto a los artículos 8 y 9 de la Convención Belém do Pará. Por su parte, los representantes aludieron a dicha competencia, teniendo en cuenta la *relación directa* del artículo 9 con el artículo 7 de dicha Convención, en razón de una interpretación *pro personae* del artículo 12 y del principio del efecto útil. Agregaron que la Corte debe “*asumir en conjunto ambos artículos para conocer de las violaciones alegadas*”.

79. La Corte considera que los criterios sistemáticos y teleológicos son insuficientes para superponerse a lo que indica claramente el tenor literal del artículo 12 de la Convención Belém do Pará, donde se señala que el sistema de peticiones se concentrará exclusivamente en la posible violación del artículo 7 de dicha Convención. Al respecto, la Corte resalta que a partir del principio de interpretación más favorable no se puede derivar un enunciado normativo inexistente, en este caso, la integración de los artículos 8 y 9 al tenor literal del artículo 12. Ello no obsta a que los diversos artículos de la Convención Belém do Pará sean utilizados para la interpretación de la misma y de otros instrumentos interamericanos pertinentes.

Convención Belém do Pará se observaría que aquella corte no acepta que con dicho apogema de *favorabilidad* se vacíe de contenido una disposición expresa, en la especie convencional, aún y cuando se alegue el ejercicio de uno o más derechos humanos.¹³²

La segunda hipótesis se entroncaría en una condición basada en el *pro homine* tomando en cuenta el criterio enfocado en la disposición que se comentó inmediatamente antes: ¿este multicitado principio, para los efectos de ser formalmente ejercitado, necesariamente requiere de una cláusula o mandato *expreso* que así lo indique, o bastaría que el mismo se derive de forma *implícita* o *tácita*?

Para poder estar en vías de responder tal cuestionamiento: el debate normativista relativo recaería sobre tal condición, no en la positivización absoluta en el texto de dicho principio, es decir, si el mismo debiera estar, forzosamente, transcrito a la letra como “*mandato expreso*”, o bien, bastaría su derivación como “*implícito* o *tácito*”. Sobre la primera adjetivación, valga el símil con lo que la doctrina constitucional y jurisprudencial refiere como el “*mandato expreso*”, es decir, el que constriñe claramente a actuar en determinado sentido, por lo que el mismo resulta de ineludible cumplimiento, máxime para las autoridades públicas. Por lo que hace, a su germen *implícito* o *tácito*, este sería el derivado del texto, en este caso continental, pero sin tener la nitidez propia de su transcripción a la letra, sea total o *cuasi-total* como el de índole *expresa*.

Por lo que se refiere al “*mandato expreso*” que obligaría a atender dicho postulado, el Tribunal Constitucional español, desde hace más de treinta años, ha opinado en un sentido similar respecto a lo que se desprende de la vigente Constitución de dicha nación, lo que, como resulta obvio, se traduce en una muestra *ad hoc* del *positivismo constitucional normativo* en dicho tema.

En lo que toca a la sede judicial del continente americano no resulta tan rigorista la conceptualización como la que se desprende del ejemplo español antes referido, siendo que, por lo que hace a México, la SCJN acepta la existencia de mandatos o reglas constitucionales *expresos*, como *implícitos*.¹³³ Esta flexibilidad arrojaría que basta que el mandato *pro homine* derive *implícita* o *tácitamente* del texto de la convención, tratado, protocolo, o diverso instrumento según lo considere, en el presente caso la propia Corte IDH, para tener por satis-

¹³² Apoyándonos en lo concerniente a México, concretamente en la doctrina de la SCJN, se tiene que esta corte doméstica considera que el *pro persona* no puede invadir la esfera de poder que le sería propia de la interpretación conforme en su faceta del control de constitucionalidad al extremo, esto último, de inaplicarse o desaplicarse la disposición normativa correspondiente.

¹³³ Como se verá más adelante, se halla como ejemplo el principio *in dubio pro reo* el cual la SCJN lo considera *implícito* en la CPEUM.

fecho el asidero normativista de aquel postulado. Satisfecho lo anterior, el intérprete delimitaría los alcances en que aquel apotegma estaría configurado respecto a dicho instrumento. Labor interpretativa, la antes comentada, que corrobora el papel principialista o argumentativo en el tema.

Una vez resuelto el requisito previo de su fijación positiva (normativa, expresa o implícitamente derivada de la letra de la ley), el intérprete jurisdiccional del continente americano podrá ya fijar el alcance normativo preferente del *principio de interpretación más favorable*, recurriendo, metodológicamente, a la comparación entre las distintas disposiciones internacionales sobre el tema de los derechos humanos, a fin de que, previa su constatación, sope-se cuál de aquellas favorece más al o los derechos de las personas, según sea el caso bajo estudio.

Regla procesal, la anterior, que establecería el puente entre el fundamento normativo (la identificación de la cláusula habilitante del *pro homine*) como requisito insoslayable para que el intérprete jurídico (incluidos cortes y tribunales constitucionales y la CIDH) tenga ya consolidada su legitimidad como poder de decisión en cuanto, más que a decidir si tal postulado está normado o no en el sistema jurídico nacional aplicable, sino en qué medida, vertiente o variante lo está tal principio en el caso concreto para, finalmente, establecer si el mismo debe prevalecer o, en su caso, ser “derrotado”, concluyendo con la graduación de esta conclusión.

Para complementar lo antes señalado, ha de decirse que la preferencia interpretativa del principio *pro homine* tiene su fundamento en su construcción normativa como el objeto y fin del tratado o instrumento continental de derechos humanos, como ya se explicó. En cambio, el asidero convencional de su vertiente de preferencia normativa radicaría en el siguiente ordinal de la CADH, concretamente en su inciso b:

Artículo 29. Normas de Interpretación

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

- a) permitir a alguno de los Estados partes, grupo o persona, suprimir el goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidos en la Convención o limitarlos en mayor medida que la prevista en ella;*
- b) limitar el goce y ejercicio de cualquier derecho o libertad que pueda estar reconocido de acuerdo con las leyes de cualquiera de los Estados partes o de acuerdo con otra convención en que sea parte uno de dichos Estados;*
- c) excluir otros derechos y garantías que son inherentes al ser humano o que se derivan de la forma democrática representativa de gobierno, y*

d) excluir o limitar el efecto que puedan producir la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre y otros actos internacionales de la misma naturaleza.

Así mismo, se reitera que la fuente convencional de la cual derivarían los mandatos expresos detonadores de la obligatoriedad de aplicar el principio *pro homine*, son tanto los tratados (y por extensión, las convenciones, pactos, protocolos, etc.), como también los “*demás instrumentos*”. De ahí fin que los ordenamientos catalogados como “*soft law*” en el DIDH (verbigracia, las declaraciones) puedan ser también consideradas como dicho basamento convencional. En este tenor, se tiene que la Corte IDH se pronunció respecto de la trascendencia de la DADH como pauta integradora indivisible de la interpretación sistemática y teleológica de las obligaciones en materia de los derechos humanos de los Estados miembros de la OEA, teniéndose así a dicha declaración como una “*fuentes convencional conexas*” a lo que en el tema del *principio pro homine* representa la CADH.

Cabe recordar que, en el caso mexicano, el principio constitucional del *pro persona* tendría como “*límites de su aplicación*”¹³⁴ los siguientes: Lo que el Tribunal Constitucional mexicano refiere como una *restricción constitucional expresa*, así como la proscripción dogmática del empleo de la norma que menos proteja, o bien, más restrinja, a la persona en cuestión. Ambos límites de fundamento constitucional más argumentativo que normativo, con la diferencia de que en el caso de las restricciones su solidez no tiene tanto asidero teórico y sustancial como sí lo tiene concatenado, inseparablemente a su deontología, el *pro homine* o *pro persona*. He ahí que del primero se pueda entender que su peso axiológico no es tanto como el que podría considerarse como la “*regla en cuanto a la aplicación del pro homine se refiere*”; claro está, cuando se ha determinado que el mismo sí es de vigencia legítima-normativa en la *praxis* socio-jurídica.

Como ejemplo donde la Corte IDH se pronunció sobre tal preferencia de normas (es decir, sobre dicho “*efecto reglar*”), con resultados integradores para los efectos del *corpus juris del derecho continental de los derechos humanos*, fue el emitido en el Caso de los “*Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*”¹³⁵. Aquí parte sustancial de lo ahora referido:

194. Tanto la Convención Americana como la Convención sobre los Derechos del Niño forman parte de un muy comprensivo corpus juris internacional de protección de los niños que debe servir a esta Corte para fijar el contenido y los alcances de la dis-

¹³⁴ Enfatizando que Ferrajoli, Atienza, Prieto Sanchís, Guastini y demás doctrinarios son partidarios de utilizar el léxico de “*los límites constitucionales*” y no así el de “*restricciones constitucionales*” endilgado ya a la SCJN.

¹³⁵ Sentencia del 19 de noviembre de 1999 (Fondo).

posición general definida en el artículo 19 de la Convención Americana.

Desde otro extremo, concretamente por lo que hace al proceso en que deben plantearse los asuntos sometidos al conocimiento y eventual resolución de la Corte IDH, cabría hablarse de una “*restricción normativa justificada de las reglas probatorias*”, puesto que, según lo estatuido en los cardinales 46 a 55 de su Reglamento, dicho procedimiento continental sería más protector del derecho de las partes a probar lo que a sus intereses corresponda que lo acontecería, comúnmente, en las jurisdicciones domésticas. Es decir, que las disposiciones relativas al desahogo de pruebas propias de la sede doméstica pierden su rigidez en el seno continental; extremo que no puede ser otro que benéfico para las partes.

Ahora, respecto de la extensión interpretativa que la Corte IDH ha dado al principio *pro homine* con especial fijación a lo establecido en el artículo 62.3 de la CADH, es preciso indicar el límite por antonomasia (en cuanto a su aceptación se refiere) y que versa sobre la competencia *ratione temporis* de aquella. Este criterio puede explicarse en dos vertientes:

La primera, referida a que sólo puede conocer de aquellos asuntos acontecidos después de la fecha en que el Estado demandado haya aceptado formalmente la competencia jurisdiccional de dicha corte (aplicación del citado ordinal 62.3). En esto, es consecuente el “*principio de irretroactividad en sede internacional*” que se deduce de la intelección del artículo 28 de la Convención de Viena. La segunda, basada en lo que fija el artículo 46.1.b) en relación a la CIDH, establece lo que sería la “*prescripción de la acción continental*”, misma por la cual dicha comisión, o bien, un “*Estado interesado*” (sic) puede solicitar que la Corte IDH conozca, y con ello, resuelva, un caso en la materia de los derechos humanos (exégesis del numeral 51.1 de dicho tratado).

Ya aludida la intervención de la Corte IDH, su relación respecto de los tribunales nacionales, como la SCJN, se explicaría como el “*diálogo jurisprudencial o dialéctico*”, es decir, uno *bi-direccional* en donde se buscaría respetar, en lo posible, la jerarquía de cada uno de dichos órganos jurisdiccionales. Rafael Bustos Gisbert, por otro lado, nos diría que ante disposiciones normativas similares en la CADH como en la CPEUM, en referencia a la esfera jurisdiccional de la competencia de ambas cortes, se estaría ante una “*superposición interpretativa*”¹³⁶ entendida esta como la que se produce cuando en dos o más ordenamientos jurídicos se regula una misma figura jurídica. Esto se complementarían con lo que dijo Roberto

¹³⁶ Bustos Gisbert, Rafael, “*XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales*”, Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 95, mayo-agosto de 2012, p. 26

Niembro Ortega sobre el tema: “*De esta manera, la Constitución y la CADH no establecen una jerarquía en materia interpretativa entre ambas cortes, más bien reconocen que ambas tienen algo que decir sobre los derechos fundamentales*”.¹³⁷

Basta decir que tal diálogo entre la Corte IDH y la SCJN esta última apuntó a que debe entenderse en “*clave de colaboración y no de contradicción de la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente impliquen una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho en específico deberán ser resueltos, en términos de lo apuntado en el apartado anterior, con base en el principio **pro persona** (...)*”¹³⁸.

3 El *pro homine* en su faceta principialista o argumentativa

En los subsecuentes apartados se hará un esbozo acerca de cómo los tribunales han argumentado el principio *pro homine* desde su legitimación como entes políticos y democráticos, es decir, a través de su actividad judicial, incluida la integración propia de la faceta principialista o argumentativa del constitucionalismo, en donde se incluiría la jurisdicción internacional, como ya se explicó.

En esta tesitura, desarrollando aún más lo anteriormente comentado respecto a la relación del *pro persona* con otros principios, o en su caso, “*sub-principios de aquel*”, tales como el *in dubio pro reo*, se abundará en este y demás conceptos afines, a quienes también se les podría llamar “*mandatos de favorabilidad*”¹³⁹, tomando como referencia opiniones doctrinales contrastadas con lo que la jurisprudencia en la materia ha definido.

Frases, principios, máximas los anteriores y, en otra dimensión, los conocidos como principios generales del derecho, que bien pueden considerarse como los “*topoi*” correlativos a la “*tópica jurídica*” cuyo más reconocido expositor es Theodor Viehweg. De ahí que la simple lectura de aquellos pueda evocar en el lector su entendimiento o *cuasi-entendimiento* derivado de su muy conocida y recurrida *praxis*.¹⁴⁰

¹³⁷ Niembro Ortega, Roberto, “*La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos*”, *op.cit.*, p. XXX.

¹³⁸ De acuerdo a su ya aludida contradicción de tesis 293/2011, p. 58. El **resaltado** es propio.

¹³⁹ Medellín Urquiaga, Ximena, *op. cit.*, p. 37.

¹⁴⁰ Al respecto: “*Sobre la Tópica Jurídica en Viehweg (About Viehweg's Topics and Law)*”, de Sanz, Bayón, Pa-

Al final, al ser incorporados al sistema jurídico nacional, tales postulados podrían, ya con más firmeza, considerarse como principios constitucionales y/o generales del derecho. Si comprendemos que, al fin principios (mandatos, postulados) son detentadores de una abstracción, flexibilidad o “suavidad” distinta totalmente a la “firmeza” y certidumbre que suelen presentar las reglas, es que se confirmaría que, dentro de su concepción y entendimiento, los principios constitucionales (incluidos los de fuente internacional) son inacabados o incompletos.

Ergo, atento lo ya comentado en líneas precedentes, la participación de los tribunales supremos o constitucionales, como en su esfera convencional la Corte IDH, dotaría del elemento diferenciador entre principios, generales o no del derecho, de los propiamente constitucionales. Luego, podría entenderse que, si no están positivizados expresamente en el texto constitucional, los principios tendrían el rango de “*sub-principios*” constitucionales por derivar o deducirse, y no así expresamente desprenderse, de los principios que se estimen (he aquí la valía legitimadora del tribunal constitucional) plasmados en la constitución.¹⁴¹ En sintonía conclusiva, sólo mediante la actividad argumentativa judicial podría contemplarse como “acabados o completos” tales apotegmas constitucionales.

Por ende, se reitera, he aquí la importancia de observar los siguientes *sub-principios* o variantes del *pro persona* para dimensionar si los mismos son dependientes o en su caso autónomos del *pro homine* y si en esto rebasan o no su esencia como principios generales del derecho o de connotación similar y con ello de valor legal u ordinario y no así *supra-legal* como los propiamente constitucionales.¹⁴²

3.1 *In dubio pro reo*

Anteriormente relacionado, este principio de interpretación no solo tiene una añeja tradición legal y jurisprudencial en México, sino que es consustancial a los demás sistemas jurí-

blo, Revista Telemática de Filosofía del Derecho, N° 16, 2013, pp. 83-108. ISSN: 1575-7382.

¹⁴¹ Es ilustrativa la opinión de Juan José Solozábal, “*Principialismo y Orden Constitucional*”, Universidad Autónoma de Madrid, Working Paper n.155, Barcelona, 1998, pp. 29-31.

¹⁴² Valga entonces observar que en la CEPUM se excluye del valor *supra-legal* a los principios generales del derecho, pues el constituyente redujo su trascendencia al de los demás instrumentos ordinarios propios de las fuentes de interpretación (judicial) del derecho, en la especie en la materia civil, expresamente así visto desde su positivización normativa: **Artículo 14** (párrafo cuarto): *En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.*

dicos, al menos de gran parte del mundo. El mismo, dentro del ámbito mexicano, se ha venido enderezando a fin de que, previamente agotado el proceso penal, es decir, cuando el juez o tribunal¹⁴³ resuelve el fondo del drama penal para el efecto de determinar si el acusado es o no penalmente responsable, en caso de duda (razonable) respecto a si el acusado cometió o no del tipo penal que se le imputa, de acuerdo a lo aducido y concluido por el órgano técnico de acusación (ministerio público), se actualizaría, *indefectiblemente*, el aforismo de mérito: el favorecimiento y por ende la exculpación y liberación total e inmediata del “reo”. Esto con base al criterio objetivo de que, previa la constatación de la existencia de la evidencia probatoria suficiente, *así y solo así* el tribunal podrá superar razonablemente las dudas que tenga respecto de la veracidad de la hipótesis probatoria de la acusación.¹⁴⁴

Tal principio, si bien es aplicable *solamente después* de agotado el procedimiento (juicio) penal, el Pleno de la SCJN sostuvo recientemente que también “*forma parte del derecho fundamental a la presunción de inocencia en su vertiente de estándar de prueba*” (sic).¹⁴⁵ Entonces, “*desempacando*”¹⁴⁶ tales elementos normativos, en la especie el principio *in dubio pro reo* de la *presunción de inocencia*, podría hacerse lo mismo respecto de este último de su derivación del *meta o mega-principio* constitucional y convencional del derecho humano fundamental del *debido proceso legal*¹⁴⁷, diciendo que de este se *desagrega* o *desempaca*, primeramente, la *presunción de inocencia* y, de este a su vez, se *desagrega* o *desempaca el in dubio pro reo*. Al respecto, es ilustrativa la tesis aislada de la Primera Sala de la SCJN, de rubro “**IN DUBIO PRO REO. ESTE PRINCIPIO GOZA DE JERARQUÍA CONSTITUCIONAL**

¹⁴³ Como nota a destacar, a raíz de la reforma constitucional de 2008 los juicios en México se han venido resolviendo oralmente y bajo el estándar del sistema acusatorio y adversarial. En este tenor, los procesos de primera instancia son resueltos por este órgano a que alude el siguiente apartado del Código Nacional de Procedimientos Penales: Artículo 3o. Glosario. Para los efectos de este Código, según corresponda, se entenderá por: (...) XV. Tribunal de enjuiciamiento: El Órgano jurisdiccional del fuero federal o del fuero común integrado por uno o tres juzgadores, que interviene después del auto de apertura a juicio oral, hasta el dictado y explicación de sentencia, y (...).”

¹⁴⁴ Al respecto, lustra la siguiente tesis aislada de la Primera Sala varias veces aludida: Tesis: 1a. CCXVIII/2015 (10a.). NRE 2009462.

¹⁴⁵ Tesis: P. VI/2018 (10a.). NRE 2018952.

¹⁴⁶ En alusión al criterio axiológico respectivo en materia de derechos humanos.

¹⁴⁷ Como, en cierta medida, coincide en opinar el Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos curso “*Fundamentos teóricos de los derechos humanos*”, *op. cit.*, pp. 34-35. Un ejemplo en sede mexicana respecto de un *mega, macro* o *supra-derecho* sería el de “*el libre desarrollo a la personalidad*”, que abarcaría, parafraseando a Juan Antonio García Amado, derechos “*tan dispares como el de identidad, (a la) propia imagen, (a la) privacidad y (a la) dignidad*”. “*Consumo lúdico de marihuana y libre desarrollo de la personalidad. Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala), amparo en revisión 237/2014*”, en: “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte*”, *aplicaciones y desarrollos recientes*, *op. cit.*, p. 81.

AL CONSTITUIR UNA REGLA IMPLÍCITA DE LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA¹⁴⁸

Es preciso señalar que el *in dubio pro reo*, dentro de dicha estructura conceptual, habría de observarse desde dos ópticas: La primera, teniendo en cuenta que es un principio constitucional como los demás que derivan de la “*regla del debido proceso legal*”. A lo sumo, la excepción de este criterio se enfocaría en considerar que la presunción de inocencia también es contentiva del rol axiológico de las reglas, pues su excepción atinente a su deber de cumplimiento estaría, si bien implícita, sí determinada: salvo prueba en contrario, la persona acusada (en la materia en cuestión, de un delito penal), *siempre será tenida por inocente*.¹⁴⁹

Es precisamente su reducción a la materia penal y, en su caso al derecho administrativo sancionador como el disciplinario en que se acepta el ámbito de validez de la presunción de inocencia que se desvirtúa su esencia como principio general del derecho aplicable a otras ramas del mismo. En la sede judicial comparada, Osvaldo Alfredo Gonzáini hace alusión a criterios plasmados en las sentencias del Tribunal Constitucional español y de la Corte Constitucional y la Corte Suprema, estas últimas de Colombia, mismos en donde se proscribe el empleo de la presunción de inocencia, concretamente en asuntos civiles. Dicho investigador, explica, que tal presunción es sustituida por el presupuesto procesal de “*la carga de la prueba*”.¹⁵⁰

No obstante lo inmediatamente antes comentado, sigue siendo un lugar común el señalar que tanto el *in dubio pro reo*, la presunción de inocencia y otros postulados caen en lo que podría catalogarse como una “*dogmática jurídica*”, de la especie penal, distinta de la general constitucional, incluida la enfocada a los derechos fundamentales o humanos. La trascendencia o incidencia en estos tiempos de aquellas especiales sobre la general en comento radicaría en que

dotarían de contenido específico de los derechos fundamentales, es decir, la incidencia de los derechos fundamentales en cada una de las ramas del ordenamiento jurídico. Su principal función radicaría en concretar las reglas y principios de cada una

¹⁴⁸ NRE 2018951.

¹⁴⁹ Cabe aquí mencionar que Manuel Atienza considera que las reglas “*si pueden tener excepciones implícitas*”, criticando así a Alfredo García Figueroa quien piensa lo opuesto (que las excepciones tendrían que ser explícitas), pues, de lo contrario, las mismas nunca serían “*derrotables*”. Atienza Rodríguez, Manuel, “*Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista*”, Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, Vol. 2 Núm. 3 (2017), p. 90.

¹⁵⁰ Gonzáini, Alfredo Osvaldo “*La presunción de inocencia: Del proceso penal al proceso civil*”, Revista Latinoamericana de Derecho, año III, N° 6. Julio-Diciembre de 2006, p. 155-179.

*de las disposiciones de derecho fundamental, como sería por ejemplo, la prohibición de tratos inhumanos en el ámbito penitenciario.*¹⁵¹

Transitar de la dogmática hacia dicha concreción de reglas y principios, forzosamente necesitaría de un análisis sustancioso de los orígenes como los contenidos de principios, *sub-principios*, reglas y demás componentes jurídicos. Tarea que va más allá de una aplicación mecánica o automática (por no decir “dogmática” para no *infra valorar* tal figura), probablemente hacia una teorización filosófica, si se permite el parangón con el pensamiento Dworkiano del deber ser de la profesión del juez.

Es precisamente en la materia penal en donde Luigi Ferrajoli encuentra la ejemplificación que, a su juicio, evidenciaría la relación inseparable entre principios y reglas, siendo, en resumidas cuentas, el italiano llegó a afirmar que “*detrás de cada regla, hay también un principio*” (sic).¹⁵² Afirmación que fue inmediatamente precedida de ejemplos de casos punitivos en donde el italiano sostuvo que la observancia de la ley de la materia derivaría de un principio (general para la población), siendo que su incumplimiento traería como, consecuencia aparejada, la regla que, de actualizarse su supuesto, acarrearían para su infractor una consecuencia previa (taxativamente) preestablecida.

Así mismo, se insiste en aclarar que el mandato interpretativo del *in dubio* no solo es aplicable en los asuntos penales, como también ocurriría en relación con la *presunción de inocencia*, pues ambos conceptos derivarían de los principios generales del derecho con mucho arraigo jurisprudencial y doctrinario en los países, incluido México, y no de algún postulado o dogma especialmente constreñido a la rama jurídico-penal.¹⁵³ Postulados generales, los antes señalados, como lo serían: “*No probando el actor, debe ser absuelto el demandado, aunque nada haya hecho de su parte*”. “*Cuando se es oscuro el derecho de las partes, se ha de favorecer más al reo que al actor*”.

Cabe entonces referir la explicación de Karlos Castilla respecto de la convergencia del principio *pro homine* y los demás señalados en este apartado con dichos mandatos generales:

¹⁵¹ Fernández Cruz, José Ángel, “*Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales*”, Revista Nuevo Foro Penal Vol. 11, No. 85, julio-diciembre 2015, pp. 52-78, Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179), p. 57.

¹⁵² Ferrajoli, Luigi, “*Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista*”, *Op. Cit.*, p. 38.

¹⁵³ *V.gr.*, véase la jurisprudencia del Pleno de la SCJN Tesis: P./J. 43/2014 (10a.). NRE 2009462, de rubro: “**PRESUNCIÓN DE INOCENCIA. ESTE PRINCIPIO ES APLICABLE AL PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR, CON Matices O MODULACIONES.**”

[L]os principios generales del derecho han contribuido a la formación de normativas de protección del ser humano, y que [e]l recurso a dichos principios se ha dado, en el plano normativo, como respuesta a nuevas necesidades de protección del ser humano.¹⁵⁴ [E]stos principios deben ser observados, pues de otro modo la aplicación de las normas sería reemplazada por una simple retórica de "justificación" de la "realidad" de los hechos; si hay verdaderamente un sistema jurídico, debe éste operar con base en sus principios fundamentales, pues de otro modo estaríamos ante el vacío legal, ante la simple ausencia de un sistema jurídico.¹⁵⁵

En esto, es importante evocar lo concerniente a los principios generales del derecho desde el contexto del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia. Explicación contenida en el capítulo 1 de esta tesis.

Como ejemplo de la identidad del principio *pro homine* como *principio general del derecho*, Álvaro Francisco Amaya Villareal refiere que en su Observación General n° 6, *relativa al "Derecho a la vida (artículo 6 del Pacto)", adoptada durante el 16 periodo de sesiones, 1982*, párrafo 5, el Comité de Derechos Humanos del PIDCP invocó (se entiende que implícitamente, más que de forma "*extensiva*" [sic] como refirió el autor), tal mandato *pro persona*, pero no correlacionándolo con el contenido de tal pacto, sino concibiéndolo, precisamente, como un postulado general del derecho.¹⁵⁶

Importante matización, atento lo antes comentado, está el señalar que el *pro homine* es un "*principio general del derecho expresamente constitucionalizado en México*", pues así se deduce de su redacción en la CPEUM, en la cual no se aprecia atisbo alguno de la excepción respecto de su aplicación a materia jurídica alguna.

No obstante, es imperioso decir que la SCJN, a la par de lo que ocurre en países como España y Colombia, según ya se comentó, ha restringido la vigencia de la presunción de inocencia (y con ello, lo atinente al *in dubio pro reo*) esencialmente a la materia penal y, residualmente, a la administrativa en sus vertientes sancionadora como disciplinaria, y en ambas con matices o modulaciones más propias de la forma en que deben considerarse definidas las restricciones en la interpretación de los derechos humanos.

Así, es que se entienden los diversos criterios que ha emitido el Alto Tribunal prepon-

¹⁵⁴ Corte IDH, *Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade*, "Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados". Opinión consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003, serie A, núm. 18, pfo. 51. Castilla, Karlos, *op. cit.*, p. 14

¹⁵⁵ *Ibidem.*, pfo. 50. *Ídem.*

¹⁵⁶ Amaya Villareal, Álvaro Francisco, "El principio *pro homine*: interpretación extensiva VS. el consentimiento del Estado", *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 3(5). P. 356. Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14087>. Fecha: 25 de junio de 2019.

derantemente en la materia fiscal, concretamente en los temas del Impuesto sobre la Renta¹⁵⁷; determinación presuntiva de contribuciones¹⁵⁸; las facultades de comprobación de las autoridades fiscalizadoras¹⁵⁹, y el procedimiento relativo a la presunción de inexistencia de operaciones a que alude el artículo 69-B del Código Fiscal de la Federación.¹⁶⁰ Criterios, los anteriores, que proscriben la actualización de la que, en el caso, sería la “*presunción de inocencia del contribuyente*”, o bien su derivación en el “*in dubio pro contribuyente*” o “*in dubio contra fiscum*”, pues por el extremo opuesto sentaría la base axiológica del “*in dubio pro fiscum*”, mismo que redirige la interpretación de las normas tributarias hacia el favorecimiento de los fines de la hacienda y gastos públicos, en general, por encima del interés de la contraparte contribuyente, en lo particular.

Es importante aclarar que se decidió enfocarse en el presente apartado en el *in dubio pro reo* en vez del principio de presunción de inocencia dado a que el primero citado, y no así precisamente el segundo, es el que el foro suele considerar como variante o *sub-principio* del *pro homine*. Dejada atrás esta precisión, cabe abundar en que tal *in dubio*, como los demás principios que se desarrollan en este capítulo, tendrían una esencia *más definitiva*, lo que la asemeja con la propia de los presupuestos procesales; extremo que es afín al *pro homine* o *pro persona*, entendido esto último, no con base en la dualidad Ferrijoliana de principio/regla, sino en la previa determinación de *quién sería la persona beneficiada en su aplicación*. Extremo que, por obviedad, dota de más certidumbre y certeza jurídica al *in dubio pro reo* que al *pro homine*.

Sobre el punto inmediato anterior, el filósofo Juan Antonio García Amado nos dice que las “*reglas interpretativas de principio*” (sic) serían aquellas que llevan a una argumentación de “*cierre*”, esto es, que en específicas disciplinas jurídicas, como la penal, la laboral, la referida al interés superior del menor de edad, etc., aquellas sirven de puente “*en caso de duda entre interpretaciones posibles y ofrecen entonces una pauta de decisión ligada a los principios inspiradores o fundantes de ese sector de lo jurídico*” (sic).¹⁶¹ Ergo, el español nos dice que el *in dubio pro reo; pro operario; pro debilis, el interés superior del menor*, etc., no serían principios sino “*genuinas reglas o directivas interpretativas que ofrecen argumentos para jus-*

¹⁵⁷ NRE 2016001.

¹⁵⁸ NRE 2011375; 2011374; 2011373; 2011334.

¹⁵⁹ NRE 2011291; 2010600.

¹⁶⁰ NRE 2010276.

¹⁶¹ García Amado, Juan Antonio, “*El interés superior del menor. Entre el mito y la utilidad práctica real*”, Sílex Formación Jurídica, España, diciembre 2020, consultable en: <https://www.si-lex.es/el-interes-superior-del-menor-entre-el-mito-y-la-utilidad-practica-real>. P. 2. Fecha de recuperación: 17 de abril de 2021.

tificar una opción entre las interpretaciones posibles, dentro del respeto a las reglas del lenguaje y de la lógica".¹⁶²

Situación, la anterior referida al *in dubio pro reo*, que es diametralmente opuesta a la presunción de inocencia, pues es claro que este derecho "*poliédrico*" (sic), aplicable tanto como regla probatoria, regla de trato procesal y estándar de prueba¹⁶³, es sustancialmente de índole *iuris tantum*, dado que, como presunción que resulta ser, su vigencia está condicionada de inicio a que no exista prueba en contra, o en determinados casos, una presunción legal o jurisprudencial a favor de la contraparte (la víctima del delito), que la desvirtúe.

Redunda en lo antes explicado el "*in dubio pro víctima*" como postulado que *derrota* a la presunción de inocencia, mismo del cual se abundará en líneas subsecuentes. Situación que no acontecería con el *in dubio pro reo*, pues de actualizarse su vigencia, su aplicación no podría desobedecerse, tal cual acontecería con las reglas, en especial las ya comentadas en materia penal.

3.2 *In dubio pro actione o favor actionis*

En consonancia con lo anteriormente señalado en relación a la tesis aislada I.4o.C.12 C (10a.) del índice del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito¹⁶⁴, el postulado bajo análisis, de índole netamente *ad procesum*, propugna por el favorecimiento o maximización del acceso a la jurisdicción o vía recursal. En este entendimiento, la aplicación de tal apotegma permitiría *favorecer en caso de duda* a las partes desde las primeras etapas procesales (en la especie, desde la admisión de la demanda o reconvención; de incidentes o recursos y por extensión, de peticiones como denuncias, querellas, quejas y de otra índole), hasta el proseguimiento del juicio o procedimiento en aras de resolverse el fondo del mismo.

Llevando lo anterior al derecho comparado, en este caso el español, destaca lo opinado por Eduardo García de Enterría y Tomás Ramón Fernández, los cuales señalan, desde el enfoque del derecho administrativo, que el *in dubio pro actione* finca la interpretación más favorable, es decir, la que mejor posibilita la petición como derecho del justiciable a fin de

¹⁶² *Ídem*, p.3

¹⁶³ Tal cual lo ha dicho la SCJN en las jurisprudencias con NRE 2006093; 2006092 y 2006091.

¹⁶⁴ NRE 2001717. Correlacionando este criterio con otro donde se asegura que el "*principio pro actione*" (sic) "*deriva*" del principio *pro homine*, es conducente la tesis aislada I.3o.C.12 K (10a.), NRE 200155 del índice del Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito.

asegurar, en la medida de lo posible, la resolución del fondo del asunto.¹⁶⁵ Tal concepción incorporada al derecho mexicano, se vuelve, no solo general sino constitucional, al grado de “*des-formalizar o desembarazar*” al procedimiento legal de formalismos o rigorismos innecesarios. Nótese el tercer párrafo del siguiente cardinal de la CPEUM:

Artículo 17 (...)

*Siempre que no se afecte la igualdad entre las partes, el debido proceso u otros derechos en los juicios o procedimientos seguidos en forma de juicio, las autoridades deberán privilegiar la solución del conflicto sobre los formalismos procedimentales.*¹⁶⁶

En este orden lógico, se entiende cómo la Primera Sala de la SCJN sostuvo la convergencia del principio *pro homine* con el que ahora se comenta, el *in dubio pro actione*, para el efecto de considerar como “*la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano*” (sic), en el caso el que la propia Sala refiere como “*derecho fundamental a la tutela judicial efectiva*” (sic), mismo principio constitucional cuya magnitud e importancia quedaron ejemplificados en los argumentos vertidos en el capítulo 1 de esta investigación.¹⁶⁷

3.3 *In dubio pro operario*

Igualmente antes citado, comparte con su similar en la materia penal que, en caso de duda por parte de la autoridad jurisdiccional, debe optar por *favorecer* a una de las partes en específico: el *operario* (trabajador). La diferencia, sustancial y principal, respecto del *in dubio pro reo*, es que este último apotegma condiciona al tribunal en cuanto a su aplicación una vez que se llevó todo el proceso previo a la emisión de la sentencia de fondo. En cambio, el *in dubio pro operario* no constriñe al juzgador, ante la duda, a exculpar al trabajador, o a *contrario sensu*, a otorgarle la razón al momento de fallar el laudo o sentencia arbitral respectiva, pues, al menos dentro del ámbito de la justicia del trabajo en México, el límite de aplicación de tal principio se circunscribe a la *directriz interpretativa de las normas laborales*, vedándose así la posibilidad de extenderla a la dimensión valorativa de pruebas (fondo del asunto) como

¹⁶⁵ García de Enterría, Eduardo y Fernández, Tomás Ramón, “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, edit. Civitas, Madrid, 1974, p. 444.

¹⁶⁶ Párrafo adicionado DOF 15-09-2017.

¹⁶⁷ Tesis: 1a. CCXCI/2014 (10a.). NRE 2007064, de rubro: “**TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO.**”

acontece en la vía penal¹⁶⁸, tal cual lo decretó jurisprudencialmente la Segunda Sala de la SCJN en esta tesis:

PRUEBAS EN EL JUICIO LABORAL. EN SU VALORACIÓN ES INAPLICABLE EL PRINCIPIO DE QUE EN CASO DE DUDA DEBE ESTARSE A LO MÁS FAVORABLE AL TRABAJADOR. El artículo 18 de la Ley Federal del Trabajo contiene el referido principio, el cual está íntimamente vinculado a la interpretación de las normas de trabajo, en la medida en que permite elegir la más benéfica para el trabajador cuando exista duda sobre su sentido y significado jurídicos; por su parte, el artículo 841 de la misma legislación otorga al juzgador la facultad de apreciar los hechos en conciencia y determinar libremente el valor que merecen las pruebas, con la única condición de que funde y motive su decisión. En ese sentido, se concluye que en la valoración de pruebas, los tribunales de trabajo no pueden apoyarse en el principio de que en caso de duda debe estarse a lo más favorable al trabajador, porque el propósito de éste consiste en disipar la duda en la interpretación de una norma laboral, mientras que la finalidad de las pruebas y, desde luego, de su apreciación, es determinar la veracidad de los hechos narrados en el juicio, lo que únicamente puede estar sujeto a las reglas de la lógica, del raciocinio, de la experiencia y del conocimiento.¹⁶⁹

La importancia de citar tal jurisprudencia radica en que, según sus líneas conclusivas, la valoración necesaria del juez a efecto de determinar, primero, la aplicabilidad de dicho *in dubio* especial, extremo que implicaría que, en el caso mexicano, el mismo requiere necesariamente de la intervención del poder judicial a través del constitucionalismo garantista. En segundo lugar, que tal principio es meramente legal u ordinario, situación que termina de desvirtuar la conjunción del positivismo constitucional normativo y dicho postulado como integrante de la propia codificación *supra-legal*.

Anteriormente, la propia Segunda Sala acotó el alcance del *in dubio pro operario* en otro criterio jurisprudencial mismo que, en lo conducente, indica lo siguiente:

1.- La “regla” (sic) *in dubio pro operario*, la cual no constituye una técnica de investigación para interpretar las normas sino supone que ya se han utilizado esas técnicas pero no obstante ello, el resultado es que se puede obtener más de una interpretación.¹⁷⁰ Retomando la conceptualización de las reglas en el sentido estricto de su cumplimiento total o no, esta dicotomía sí podría aseverarse acerca de dicho principio, como en su caso de los demás tildados de *sub-principios* del *pro homine*, y no habría más que señalar su previa y denotada

¹⁶⁸ Lo que, en la especie, se traduciría en que el juzgador laboral “no puede crear prestaciones o derechos” sin el sustento preciso en la norma del trabajo, como adujo el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito en su criterio aislado IV.3o.T.224 L. NRE 175911. Extremo que pondría un claro tope a la *ilegitimidad del poder judicial*, atento lo ya explicado.

¹⁶⁹ Tesis: 2a./J. 134/2010. NRE 163036.

¹⁷⁰ Razonamiento que, extendido en su comprensión, redundaría en los límites interpretativos que como fundamentos la Convención de Viena sobre el Derecho Internacional de los Tratados ha sentado.

especificidad en su aplicación procesal para tenerlos por así comprendidos.

2.- Razonó la Sala, frente a diversas interpretaciones se debe escoger *la más favorable al trabajador*. Sin posibilidad de elección diferente, he ahí, otra vez, su semejanza con las reglas.

3.- El apotegma *in dubio pro operario* es, entonces, una manifestación del “*principio protector del derecho del trabajo*” (sic) y como manifestación de dicho postulado *también tiene como límite la justicia social*. Es decir, el principio *protector*, como la regla *in dubio pro operario*, no deben considerarse carentes de fronteras sino tienen como *límite* la necesidad de establecer la armonía en las relaciones entre trabajadores y patrones y la proporcionalidad en la distribución de los bienes producidos por esas relaciones.¹⁷¹

Por su parte, al principio ahora bajo análisis doctrinarios como Edgar Carpio Marcos¹⁷² y Mireya Castañeda¹⁷³, coinciden en determinar que el mismo, además de ser una “*variante del principio pro homine*”, lo sería también del diverso “*pro debilis*” (sic), dado a que se considera que el trabajador es la “*parte más débil*” en su relación profesional con la parte patronal.

Retomando lo delimitado por la Segunda Sala, la de competencia previa y determinada en los asuntos laborales en la SCJN, se tiene que un diverso criterio aislado interpretó que en la aplicación del principio *in dubio pro operario*

*(...) no significa que la Junta deba resolver invariablemente en favor del trabajador, ni actuar de manera arbitraria y condenar al patrón respecto de prestaciones que no fueron demandadas, pues sólo constituye un criterio hermenéutico que permite dotar de contenido las normas en beneficio del trabajador, no así resolver situaciones de facto que no están contempladas en la ley y menos aún en detrimento de las instituciones jurídicas que generan seguridad dentro de un proceso.*¹⁷⁴

Por último, es sumamente destacable cómo la Primera Sala del mismo Alto Tribunal, no únicamente por la forma en que interpretó, conexamente en un solo criterio (aislado) los tres postulados antes aludidos en este apartado (*in dubio pro reo; pro actione y pro operario*), sino por cuanto se distancia, al menos *prima facie*, de la idea de tenerlos como *vertientes* o *sub-principios* del principio *pro persona*, a la par por cuanto propicia el empleo simultáneo de este último respecto de los primeros.¹⁷⁵ Razonamiento judicial que adelanta la conclusión de

¹⁷¹ Tesis: 2a./J. 76/95. NRE 200681.

¹⁷² Carpio Marcos, Edgar, “*La interpretación de los derechos fundamentales*”, Palestra Editores, Lima, 2004, pp. 474-475.

¹⁷³ *Op. cit.*, p. 166. La autora señala a Humberto Podetti como quien vincula al trabajador con el concepto de la parte “*débil*” en la relación laboral.

¹⁷⁴ Tesis: 2a. XCVII/2018 (10a.). NRE 2018399.

¹⁷⁵ Como queda de manifiesto en la tesis 1a. CCVII/2018 (10a.). NRE 2018780, de rubro: “**PRINCIPIO PRO AC-**

quien suscribe.

3. 4 *In dubio pro libertatis o favor libertatis*

Este criterio interpretativo, en resumen, se endereza a direccionar la exégesis en dos puntos cardinales: 1.- Hacia el sentido que *más favorezca a la libertad o derecho*, propugnando al mismo tiempo y en el mismo sentido la *optimización efectiva de la norma* que se determine aplicar. 2.- Hacia el horizonte donde se *limiten al mínimo posible las restricciones a las libertades o derechos humanos*.¹⁷⁶ Tal delimitación del postulado que ahora se comenta la relacionó así el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, cuando se pronunció sobre *“las variantes que componen al principio pro homine”*:

*(...) Principio favor libertatis, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juicio, e incluye una doble vertiente: i) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente, sino de modo restrictivo; y, ii) debe interpretarse la norma de la manera que optimice su ejercicio (...).*¹⁷⁷

Como queda de manifiesto, el principio *favor libertatis* tiene *más proximidad* con el *pro persona* que los demás postulados en cuestión. De ahí que, como señala Mireya Castañeda, se le tenga al primero como *“el antecedente más directo”* (sic) del segundo; lo que, a su vez, propiciaría que *“la experiencia en la aplicación del principio in dubio pro libertatis, en el ámbito interno puede ser de la mayor utilidad en la comprensión y aplicación del principio pro persona”* (sic).¹⁷⁸ Razonamiento que es afín a las ideas de pensadores, como Manuel Atienza, que señalan que la práctica es lo que le dará al derecho esa pertinencia a la sociedad sobre la cual pretenda asentarse como normas de conducta. Cabe agregar que, la convergencia de derechos humanos o fundamentales-libertades se explicaría con el pensamiento de Stuart Scheingold que refiere que cuando está de antemano el reclamo de un derecho, *“la maximización de la libertad individual toma prioridad”*.¹⁷⁹

En lo que se disiente, respecto a lo inmediatamente antes señalado, es en aceptar la total similitud entre el *mandato de favorabilidad sin condición*, al menos expresa y previa, en que se hace descansar el *favor libertatis*, respecto del que *sí tiene*, como condición previa y

TIONE. EN SU APLICACIÓN A CASOS EN LOS QUE NO EXISTA CLARIDAD RESPECTO A SI UN ASUNTO ES O NO JUSTICIABLE, DEBERÁ PREFERIRSE LA PROTECCIÓN DEL DERECHO DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN.”

¹⁷⁶ Como, en general, señala Edgar Carpio Marcos, *op. cit.*, p. 471.

¹⁷⁷ Tesis: I.4o.A.20 K (10a.). NRE 2005203. Misma que ya fue referenciada anteriormente,

¹⁷⁸ *Op. cit.*, p. 168.

¹⁷⁹ Scheingold, Stuart A., *“The politics of Rights, Michigan”*, University of Michigan Press, 2004.

expresamente determinada en la existencia de la *duda* en cuanto a la interpretación *pro libertatis* se refiere. Dilucidación axiológica, sobre el presente tema, que ya ha sido anteriormente abordada en esta investigación.

Es en el ámbito de las relaciones comerciales es donde, en la esfera del derecho privado, que puede destacarse como el más proclive a tener en cuenta ese postulado de favorecimiento de la libertad. Es así que, sobre todo en el ámbito mercantil, se ha robustecido la libertad del contratante, específicamente del consumidor; extremo que ha venido, a su vez, a contemplar que tal mandato de favorabilidad podría reconfigurarse como el del “*favor o pro consumptore*”¹⁸⁰. Tal situación, incluso, puede considerarse detonante del denominado “*Derecho del consumidor*”.

En el tema, destaca que, actualmente, la SCJN habría dejado de considerar al “*acceso al mercado*” como una libertad, esencialmente individual o fundamental, equiparable a las otras anteriormente señaladas en este apartado. Luego, al ser un bien o interés constitucional y no así un derecho-garantía, es que su “*peso axiológico*” no sería el mismo a la hora de argumentarse o “*ponderarse*” al respecto, máxime estando en confronta los derechos de los consumidores en lo individual como en lo colectivo.¹⁸¹

Gabriela Cortés Araujo, al analizar la doctrina y jurisprudencia colombiana, nos dice que, a través de lo que entendemos como la *integración judicial*, el Tribunal Constitucional de dicha nación sudamericana ha ido enfatizando que la prestación de un servicio público, *per se*, envolvería una *asimetría* entre el prestador (principalmente si es el Estado quien directa e inmediatamente lo proporciona) y el usuario. Ahora, cuando los particulares son los prestadores (*vrg.* instituciones financieras; servicios de transporte; aseguradoras; televisión; telefonía; cementerios, etc.), la investigadora refiere que la interpretación del máximo órgano jurisdiccional de Colombia fijaría como *límite* o *restricción* el considerar como inconstitucionales las violaciones, reales o potenciales, a los derechos fundamentales, *siempre y cuando* no exista un medio de defensa judicial que resulte eficaz para reclamarlas. Entonces, fuera de esos supuestos, según entendemos a Cortés Araujo, no sería factible demandar, en sede

¹⁸⁰ Traducido al castellano: “*A favor o en pro del consumidor*”.

¹⁸¹ Como se infiere, por exclusión, del texto de la jurisprudencia 2a./J. 9/2017 (10a.), NRE 2013628, de rubro “**PRÁCTICAS MONOPÓLICAS. BIENES JURÍDICOS TUTELADOS EN ESTA MATERIA POR EL ARTÍCULO 28 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**”.

constitucional al menos, diversa prestación de un servicio público a cargo de particulares.¹⁸²

No se olvida, en lo absoluto, lo general, abstracto y transversal que puede considerarse el por demás antiguo concepto de “*libertad*”, mismo que, sin duda, pudiera aplicarse tanto a las libertades expresamente así reconocidas en el texto constitucional¹⁸³ como a las que resultan de la interpretación del mismo, como la que sería, por mencionar un ejemplo, la relativa a la libertad personal. En lo que concierne a esta última, se disiente de extender el *favor libertatis* a la rama penal, pues esta, atento lo ya explicado, es receptora de postulados más específicos, siendo estos los de la presunción de inocencia, el *in dubio pro reo* y, residualmente, el *in dubio pro víctima*, como ya se comentó.

En un sentido paralelo, Juan Antonio García Amado combate la forma en que el “Caso del uso lúdico de la marihuana” (amparo en revisión 237/2014), la Primera Sala de la SCJN habría dado una importancia, al grado de derivar en los efectos de una declaratoria general de inconstitucionalidad, a la *integración jurisprudencial* del derecho al “*libre desarrollo de la personalidad*”. Libertad que la Corte reconoció como “*implícita y residual*” respecto del texto de la CPEUM y de las demás libertades, en ese orden. En el capítulo 4 de esta obra se profundiza en el tema.

En el caso de los Estados Unidos de América, concretamente de la doctrina de su Corte Suprema de tal país (SCOTUS) podríamos extraer dos extremos: el que *maximizaría* el tema de las libertades civiles, en especial la de *expresión*. Postura que se apuntala por la siguiente frase del integrante de aquella en la década de los años 30 del siglo pasado, Benjamín Cardozo quien, respecto de la *libertad de expresión*, la consideró como “*la matriz, la condición indispensable de casi cualquier otra forma de libertad*”. Al otro lado se hallaría el criterio restrictivo respecto a cómo considerar a las libertades con base a la Constitución y sus Enmiendas en dicha nación, evitando con ello la protección o “*sobreprotección libertaria*”. Criterios principialista y positivista o normativo, podríamos aludir en uno y otro caso, respectivamente.

Regresando a su esencia general, el *favor libertatis* ha sido también, más en lo aca-

¹⁸² Cortés Araujo, Gabriela E, “*La tutela horizontal de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano*”, *op. cit.*, p.p. 16-17.

¹⁸³ Como, por ejemplo, las contenidas en el primer párrafo de este artículo de la CPEUM: Artículo 5o. A ninguna persona podrá impedirse que se dedique a la profesión, industria, comercio o trabajo que le acomode, siendo lícitos. El ejercicio de esta libertad sólo podrá vedarse por determinación judicial, cuando se ataquen los derechos de tercero, o por resolución gubernativa, dictada en los términos que marque la ley, cuando se ofendan los derechos de la sociedad. Nadie puede ser privado del producto de su trabajo, sino por resolución judicial.

démico que en lo jurídico y en lo político, un factor importante a considerar para determinar si las acciones u omisiones de las autoridades públicas, tanto de México como del resto del mundo, han sido respetuosas de las libertades de tránsito; de circulación de los vehículos automotores; del comercio; del trabajo, etc., en el contexto de la pandemia del SARS-CoV-2 (Covid-19). Este ha sido un debate álgido y, ciertamente, no debidamente abordado, el cual evidenció cómo las libertades entran en conflicto con los derechos humanos, verbigracia el de la salud pública, tal y como se retrata en la siguiente opinión:

*En la doctrina contemporánea sobre derechos humanos, se acepta que los derechos civiles y políticos, por un lado, y los sociales, económicos, culturales y ambientales, por el otro, tienen el mismo valor jurídico. Tanto las obligaciones de salvaguardarlas libertades, como las de proteger contra las consecuencias de una pandemia, son cuestiones relativas a derechos humanos.*¹⁸⁴

Y es sobre el tema de los límites o restricciones (o “suspensiones”) a los derechos humanos, libertades y garantías de las personas en México durante tal epidemia por todos conocida que se puede aseverar que en México se optó por *maximizar* aquellas en vez de aplicar el sentido ya tantas veces relacionado con el *pro persona*: *restringir* en lo posible la interpretación como la aplicación normativa que incida en la limitación, restricción o *suspensión* de los derechos, libertades y garantías de los gobernados. Esto se afirma dado que nunca se intentó, siquiera (al menos a la fecha en que se redactó este capítulo), el analizar por las autoridades competentes el procedimiento a que alude el arábigo 29 de la CPEUM¹⁸⁵,

¹⁸⁴ Bogdandy, Armin von y Villarreal Pedro, A. “Derecho Internacional Público y la respuesta frente a la pandemia de Covid-19”, panorama internacional, contenido en “Emergencia Sanitaria por Covid-19”, Derecho constitucional comparado, González Martín, Nuria y Valadés, Diego, coordinadores, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, UNAM, IJ UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2020, p. 21.

¹⁸⁵ Artículo 29. En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación; pero deberá hacerlo por un tiempo limitado, por medio de prevenciones generales y sin que la restricción o suspensión se contraiga a determinada persona. Si la restricción o suspensión tuviese lugar hallándose el Congreso reunido, éste concederá las autorizaciones que estime necesarias para que el Ejecutivo haga frente a la situación; pero si se verificase en tiempo de receso, se convocará de inmediato al Congreso para que las acuerde. *Párrafo reformado DOF 10-02-2014*
En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia religiosa alguna; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.
La restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías debe estar fundada y motivada en los términos establecidos por esta Constitución y ser proporcional al peligro a que se hace frente, observando en todo momento los principios de legalidad, racionalidad, proclamación, publicidad y no discriminación.

lo que en otros países sí se hizo y se llegó al extremo de emitir la “*declaratoria de estado de emergencia o alarma nacional*”. Sin dejar atrás las opiniones que refieren que la *suspensión* a que alude el artículo inmediato anterior se refiere a, digamos, limitaciones absolutas, acotadas a un lapso definible y nunca excesivo, concretas de un catálogo cierto y determinado de derechos y libertades, a diferencia de lo que acontecería con las *restricciones constitucionales*.

Como anécdota se tiene que se dejó pasar la oportunidad de analizar, y en su caso controlar por el Alto Tribunal de México, esa masiva limitación o suspensión de derechos humanos, libertades y/o garantías que durante tiempo indeterminado y formas múltiples padecemos (y hasta este momento, seguimos padeciendo los mexicanos) a raíz de las decisiones gubernamentales tomadas con motivo, al menos aparente, del combate del Covid-19.

3.5 *In dubio o favor debilis*

Tal cual se opina respecto a la incorrecta equiparación entre un *mandato de favorabilidad condicionado por la existencia de la duda previa* respecto de uno que no la posee, al menos de manera notoria, el actual apotegma, al que también se le denomina principio de “*protección o a favor de las víctimas*”, mismo que, siguiendo la ilustrativa tesis aludida en el apartado inmediato anterior, se definiría así:

(...) Principio de protección a víctimas o principio favor debilis; referente a que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad; (...).

Cabe decir que la esencia de la definición aludida por el tribunal mexicano es coincidente con la que en su oportunidad sostuvo Germán Bidart Campos, quien, según lo describe Carpio Marcos, dijo que, junto al *in dubio pro operario*, el principio *pro homine* también se conforma (los llama “variantes de este último”) por otros postulados dirigidos a la protección de los “*sujetos débiles*” (sic)¹⁸⁶. En esto, cabría por ejemplo los consumidores respecto de los grandes empresarios, como los bancos, en donde los primeros serían los “*débiles jurídicos*” y

Cuando se ponga fin a la restricción o suspensión del ejercicio de los derechos y garantías, bien sea por cumplirse el plazo o porque así lo decrete el Congreso, todas las medidas legales y administrativas adoptadas durante su vigencia quedarán sin efecto de forma inmediata. El Ejecutivo no podrá hacer observaciones al decreto mediante el cual el Congreso revoque la restricción o suspensión.

Los decretos expedidos por el Ejecutivo durante la restricción o suspensión, serán revisados de oficio e inmediatamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, la que deberá pronunciarse con la mayor prontitud sobre su constitucionalidad y validez. Artículo reformado DOF 21-04-1981, 02-08-2007, 10-06-2011.

¹⁸⁶ Bidart Campos, Germán, “*Las fuentes del Derecho Constitucional y el principio pro Homine*”, en Bidart Campos y Gil Domínguez (Coordinadores), “*El Derecho Constitucional del Siglo XXI: Diagnóstico y perspectivas*”, p. 18. Citado por Carpio Marcos, Edgar, *op. cit.* p. 472.

los segundos los “*fuertes jurídicos*”.¹⁸⁷

Sobre la vinculación entre *débiles* y *fuertes jurídicos*, cobran preponderancia indiscutible las siguientes aseveraciones, tomando en cuenta la fuente de la cual provienen: del ministro presidente de la SCJN y del Consejo de la Judicatura Federal, en funciones como representante del Tribunal Constitucional de México.

Así, se tiene que en el mes de septiembre de 2019, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, durante su intervención en el conversatorio la “*Recepción de la Jurisprudencia Interamericana por la SCJN*”, organizado por la SCJN y el Programa Estado de Derecho para Latinoamérica de la Fundación Konrad Adenauer, manifestó que la prioridad deben ser los más “*desprotegidos*”; entre estos, los pobres, los indígenas, las mujeres y quienes no tienen la posibilidad de que alguien alce la voz por ellos.

En ese tenor, la nota periodística bajo consulta le atribuye las siguientes palabras: “*Estamos los jueces para defender al más débil, al que no tiene defensa, al que no tiene quien lo apoye, a quien no tiene quien lo respalde, ese es y seguirá siendo nuestro compromiso*”.¹⁸⁸

Discurso, sin duda, al menos aparente, que pareciera más una declaración política, a secas, que una argumentación propia del ministro presidente del Tribunal Constitucional mexicano. No obstante, es preciso aclarar que su esencia está contenida en el primer párrafo de su voto aclaratorio y concurrente en relación con la contradicción de tesis 293/2011, ya referenciada¹⁸⁹. Aunado a esa, digamos integración normativa y constitucional, del postulado de referencia, cabría más señalar que el mismo tendría un origen teórico, concretamente el perteneciente al intelecto de Luigi Ferrajoli plasmado en su obra “*Derechos y Garantías. La Ley del más débil*”.¹⁹⁰ Teorización sobre los “*débiles*” que el italiano reflejaría en esta aseveración

¹⁸⁷ Sobre tal distinción: Parra Lara, Francisco José, “*La ley Monreal, los débiles y los fiffs bancarios*”, Hechos y Derechos, [S.l.], apr. 2019. ISSN 2448-4725. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13429/14859>. Fecha de acceso: 25 de junio de 2019.

¹⁸⁸ Fuente de consulta: “*Los jueces estamos para defender al más débil: Arturo Zaldívar*”, del portal La Razón Online, publicada el 4 septiembre de 2019. Liga; <https://www.razon.com.mx/mexico/los-jueces-estamos-para-defender-al-mas-debil-arturo-zaldivar/>.

¹⁸⁹ Parágrafo que en lo conducente dice: “*En relación con el tema de la presente contradicción, conviene no perder de vista que el surgimiento mismo de los Estados constitucionales encuentra su justificación precisamente en la necesidad de proteger los derechos humanos de las personas, tanto frente al resto de los miembros de la sociedad -evitando con ello la imposición de la “ley del más fuerte”-, como frente a las autoridades del Estado limitando así el ejercicio del poder público con la finalidad de evitar abusos y arbitrariedades (...)*”.

¹⁹⁰ Editorial Trotta, Cuarta edición, España, 2004.

que, siguiendo su discurso doctrinal, establecería la “*regla o deber de interpretar los derechos fundamentales*”:

Los derechos fundamentales se afirman siempre como leyes del más débil en alternativa a la ley del más fuerte que regía y regiría en su ausencia.

Prima facie, podría considerarse que aquellas palabras del ministro Zaldívar Lelo de Larrea, si bien con asidero Ferrajoliano, en lo nacional como aisladas y sí, en la misma sintonía con la política del Ejecutivo federal que, *grosso modo*, podría sintetizarse en la frase “*Por el bien de todos, primero los pobres*”.¹⁹¹ No obstante, al mes siguiente tal alto magistrado, durante la ceremonia inaugural de los “*Diálogos entre Jueces Constitucionales de América Latina: Avances y desafíos del Constitucionalismo Transformador*”, dijo lo consiguiente que viene a reforzar la importancia de atender a los más *débiles* según la ley:

*El constitucionalismo transformador nos compromete a los jueces constitucionales a ser instrumentos de cambio social, a estar siempre del lado correcto de la historia, que no me cabe duda que es lado (sic) de los más débiles que a través del Derecho deberán convertirse en los más fuertes.*¹⁹²

Idea, la del “*constitucionalismo transformador*”, que se entendería en el deber, más moral (principalista) que normativo (textual) que trascendería en los poderes públicos y sociedad a efecto de estar, en conjunto, en vías actuar en pos de superar “*la profunda exclusión social a la luz de la tríada derechos humanos, democracia y Estado de derecho*” (sic).¹⁹³ Ahora bien, también es preciso decir que el *constitucionalismo transformador* tendría una arraigada tradición constitucional en nuestro país, pues así se entenderían que fueron incorporados en el texto de la CPEUM tanto los derechos sociales como los propios de la población de origen indígena.

Retomando la discusión teórica, podemos aseverar que el apotegma *pro debilis* se yergue a fin de reparar una situación de *desigualdad*, si acaso en inicio fáctica, siempre jurídica al final, pues al darle el sinónimo de “*víctimas*” a sus beneficiarios, la interpretación *extensiva* de tal concepto (*víctimas*), permitiría englobar, tanto a las que se entenderían como “*víctimas en el lenguaje del DIDH*” como las que no. He ahí el papel insoslayable del juez

¹⁹¹ Misma cuyo conocimiento consiste en un hecho notorio en México.

¹⁹² Información tomada de la nota “*Tribunales no deben depender de los poderes fácticos: SCJN*”, de Eduardo Murillo, La Jornada, 24 de octubre de 2019. Liga: <https://www.jornada.com.mx/ultimas/politica/2019/10/24/tribunales-deben-ser-independientes-a-poderes-facticos-scn-9047.html>.

¹⁹³ Como se señala en A. Bogdandy, V. “*Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador*”. Revista Derecho del Estado, n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 3-50. DOI: 10.18601/01229893.n34.01.

como intérprete y operador jurídico, pues al ser la categoría de “*débil para los efectos jurídicos*” inacabada o dinámica por depender casuísticamente y no de su identificación normativa. He aquí un ejemplo *ad hoc*:

En un asunto laboral, concretamente en una demanda de despido injustificado, se tendría que la parte tenida como la “*originalmente débil*” (en el lenguaje constitucional normativo, si no es que meramente legal-taxativo) sería el trabajador (de ahí la teleología del *in dubio pro operario* antes comentada). Ahora, si como aconteció en el caso referenciado en la nota que al afecto se transcribe al final de esta foja¹⁹⁴, resulta que el patrón demandado está en una “*situación de vulnerabilidad*” debido a su pobreza patrimonial, este escenario, originalmente no contemplado por el legislador constitucional-laboral mexicano, sería únicamente susceptible de ser reparado por el espíritu del principio *pro debilis*, o bien, como se adujo en específico el artículo construido sobre tal caso, por la *maximización* del postulado de la *suplencia de la queja deficiente* (en sede del amparo federal).

Luego, se afirmaríase que el principio *pro debilis* pretende facilitar el acceso al principio-derecho humano (y fundamental) a la *igualdad*.¹⁹⁵ Como argumento ilustrativo estarían las siguientes palabras de Mireya Castañeda:

*(...) considero de la mayor importancia lo relativo a la toma de medidas de compensación para reducir la desigualdad real que puede existir entre personas o grupos en situación de vulnerabilidad, que se pueden realizar en los diversos sectores, a través de diversas medidas, pero en donde la impartición de justicia tiene un papel fundamental.*¹⁹⁶

Ateniéndonos al derecho judicial comparado, se observa que en el asunto de la “*Píldora del Día siguiente*” resuelto por el Tribunal Constitucional peruano el 16 de octubre de 2009¹⁹⁷, se tendría que la concatenación del apotegma *pro homine* con el *favor debilis, pro debilis o principio de protección a las víctimas*, configuran el diverso *mega o meta-principio* que dicho órgano jurisdiccional denomina como “*el principio de centralidad del ser humano*” (*sic*).¹⁹⁸

¹⁹⁴ Parra Lara, Francisco José, “*El caso super-trabajador versus ejidatario-patrón*”, Hechos y Derechos, [S.I.], feb. 2019. ISSN 2448-4725. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13190/14668>. Fecha de acceso: 25 de junio de 2019.

¹⁹⁵ Idea esencial que se estima que comparte el Tribunal Constitucional de Perú en su sentencia del 16 de octubre de 2009 dictada dentro del expediente N.O 02005-2009-PA/TC.

¹⁹⁶ *Op. cit.*, p.230.

¹⁹⁷ Expediente N.O 02005-2009-PA/TC.

¹⁹⁸ Párrafo 34 de la sentencia al efecto emitida.

Recapitulando: como se observó en el caso laboral, es factible que dos o más sujetos de un mismo asunto resientan una *debilidad jurídica*. Ergo, en primera instancia se buscaría reparar la desigualdad otorgando la equidad de trato intra-procesal. Cuando esto no sea posible, como acontecería al momento de resolver el fondo del asunto, la axiología aplicable a la sentencia sería del tipo regla procesal: la consistente en el deber de acatar el *favor* o *in dubio ad hoc* dirigido en beneficio de la parte más débil.

En materia penal, *la primacía del más débil sobre el menos débil* cabría, paradigmáticamente, cuando la *víctima del delito* requiere de una o más medidas de protección (*v.gr.* ordenar el desalojo del predio y la restricción hecha a su victimario de acercarse a él), aquella “*derrotaría a la presunción de inocencia*” del segundo (como ya se había adelantado), dado que, intra-procesalmente, el *más débil*, en ese contexto, sería la víctima (más aún si esta, en sí misma, refiere características subjetivas de debilidad, tales como su género, edad, situación económica, etc.). Aquí, tal cual se ha venido observando en la práctica forense en los últimos años, el *in dubio* sería *favorable* a la *víctima*¹⁹⁹. Conclusión que reforzaría que, en este contexto, la presunción de inocencia sería el principio “*derrotado*” por la “*regla de in dubio pro víctima*”.

Caso totalmente contrario será cuando el juez penal vaya a resolver en definitiva el caso, pues al estar de antemano la libertad personal del acusado, con la consecuente actuación del órgano técnico de acusación (representación social del Estado) en su contra, es que se presentaría, entonces sí, el *in dubio pro reo* en los términos antes precisados. Esto bajo el razonamiento que, al resolverse sobre la responsabilidad penal del procesado, es en esta oportunidad en donde, para los efectos del drama penal, que aquel se convierte, sin lugar a dudas y de forma singular y exclusiva, en el *más débil jurídico*.

3.6 El interés superior del niño

Otros de los postulados con fuerte asidero constitucional y convencional²⁰⁰, con bastante doctrina jurisdiccional mexicana al respecto. De esta última, la jurisprudencia P./J. 7/2016 (10a.) del Pleno de la SCJN concibe que el *interés superior de los niños, niñas y adolescentes*

¹⁹⁹ Como lo comenta Jorge Rivero Evia en su ponencia “*IN DUBIO PRO VICTIMA*”, *Nuevo Sistema de Justicia Penal*, Revista semestral del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, año VI, número IX, México, pp. 23-29.

²⁰⁰ En especial, el artículo 4o constitucional; 3 de la Convención sobre los Derechos del Niño, y 19 de la CADH.

(...) implica que el desarrollo de éstos y el ejercicio pleno de sus derechos deben ser considerados como criterios rectores para la elaboración de normas y la aplicación de éstas en todos los órdenes relati

*vos a su vida. Así, todas las autoridades deben asegurar y garantizar que en todos los asuntos, decisiones y políticas públicas en las que se les involucre, todos los niños, niñas y adolescentes tengan el disfrute y goce de todos sus derechos humanos, especialmente de aquellos que permiten su óptimo desarrollo, esto es, los que aseguran la satisfacción de sus necesidades básicas como alimentación, vivienda, salud física y emocional, el vivir en familia con lazos afectivos, la educación y el sano esparcimiento, elementos -todos- esenciales para su desarrollo integral (...).*²⁰¹

De entrada, se observa como *maximizado*, en *pro de la niñez*, tal postulado, pues no solo se erige como un criterio, más que orientador, *rector* de las autoridades públicas, incluidas las de índole legislativo. Extremo que, según lo interpretado por el Tribunal Constitucional de México, *maximizaría aún más* los horizontes sobre los cuales se cierne el principio *pro persona*.

Adentrándonos en el derecho comparado, se observa que la indeterminación o vaguedad del principio en comento es, esencialmente, la que lo describe como un principio argumentativo más que una regla específicamente regulada en el texto constitucional. Tal cual como ocurre en México. No obstante, su importancia le daría la ya comentada dicotomía de principio-regla, como lo refiere Luis Díez Picazo cuando sostuvo que dicho interés consistiría en

*(...) la cláusula de beneficio de los hijos (que) supone una regla, en virtud de la cual en caso de conflicto, el interés de los hijos prepondera y el interés de los padres se sacrifica y cede.*²⁰²

El interés del menor ("*favor filii*"), refiere Nuria Beloso Martín, habría sido considerado por diversas salas del orden común español como un "*principio general del derecho y regla de reconocimiento de los derechos fundamentales del menor, y ello se ha puesto de manifiesto en litigios relacionados con la filiación (nota omitida), con acogimiento y adopción (nota omitida), alimentos y vivienda (nota omitida), derecho de visitas (nota omitida), guarda y custodia y custodia compartida*"(nota omitida)".²⁰³

²⁰¹ NRE 2012592.

²⁰² Díez Picazo, Luis, "*Principio de protección integral de los hijos (Tour pour l'enfant)*" en "*La tutela de los derechos del menor. I Congreso Nacional de Derecho Civil*", España, 1984, p.33.

²⁰³ Obra consultada: "*La Concreción del Interés (Superior) del Menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿Idoneidad? de la Mediación Familiar*", Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá X (2017) 1-42, pp. 24-25.

De ahí que se entienda que, si se hubiera que decantarse por el *interés superior* de alguna persona respecto de otra u otras, este no podría ser otro, dogmáticamente hablando, que el del menor de edad y, por analogía, de la persona mayor de edad discapaz o incapaz.²⁰⁴ De nuevo, podría agregarse, atendiendo al factor de la *desigualdad* de la que es receptor dicho grupo social *originalmente débil*.

Ahora, según lo opinado por García Amado acerca de tal aparente interés superior, se tendría la crítica a la *superioridad*, como tal, de dicho principio (que ya antes habíamos dicho que él lo considera más como una *regla* o *directiva interpretativa*) pues, ciertamente, lo hace co-depender, si es que no estar subordinada al menos parcialmente, al diverso principio de *“reintegración o reagrupación de la familia biológica”*²⁰⁵. Es decir, en resumen el filósofo argumenta que sólo cuando realmente se estimen lesionados los intereses del menor de edad no podrá reintegrarse a su familia original (biológica).²⁰⁶ Ergo, es que tal interés será *residual* o *excepcional* al otro postulado tratado en este párrafo. Situación que, aparentemente, sembraría la duda fundada acerca de la *superioridad* del primero, lo que, por otro lado, haría aún menos factible su equiparación con las normas de *jus cogens*. O por lo menos daría jugada al tema de la *regla especial que contiene la excepción* (principio del interés superior) respecto de la *directriz interpretativa principal o general* (el de la *reintegración o reagrupación de la familia biológica*).

Luego, no obstante que aún en el derecho de otros países se le tenga como una regla, más que un principio, se recuerda que el interés superior del niño (y por extensión de la persona discapaz) no deja ser, esencialmente, un principio en cuanto a su observancia como mandato general se refiere, y por ende no una regla (salvo lo explicado con base en la opinión de García Amado), menos del tipo *de jus cogens*, por lo que el mismo no puede trastocar los demás postulados constitucionales-convencionales y del DIDH, como los que convergen en la materia penal, tal cual lo señala el criterio de la Primera Sala del Alto Tribunal de título **“INTERÉS SUPERIOR DE LA PERSONA MENOR DE EDAD IDENTIFICADA COMO VÍCTIMA DEL DELITO. DEBE PONDERARSE FRENTE A LA PRESUNCIÓN DE INOCENCIA, DEFENSA ADECUADA Y DEBIDO PROCESO PENAL DE LA PERSONA IMPU-**

²⁰⁴ Abona a dicha analogía, el criterio aislado de la Primera Sala 1a. CXV/2015 (10a.). NRE 2008713.

²⁰⁵ Al respecto, el autor se basa en lo resuelto en la sentencia 565/2009 de la Sala Civil del Tribunal Supremo español.

²⁰⁶ García Amado, Jun Antonio, *“El interés superior del menor. Entre el mito y la utilidad práctica real”*, op. cit, p. 12 y s.s.

TADA.²⁰⁷

3.7 Las razones de la divergencia entre el *pro homine* y sus “variantes”

Atentos los apartados inmediatos anteriores, se diría que los postulados antes comentados *no son vertientes o sub-principios* del *pro homine*. Entre otras razones, por las siguientes:

1.- Tienen, si no todos, sí la mayoría de los mencionados *sub-principios*²⁰⁸ vida propia y autónoma respecto del *pro homine*. Esto dado su origen histórico-cronológico, como ya se explicó.

2.- Dicha autonomía los ha dotado, a algunos de ellos, de fuente constitucional, e incluso convencional, no necesariamente la misma que la propia del *pro homine*.

3.- Así mismo, su importancia ha sido refrendada legal, reglamentaria y jurisprudencialmente.

4.- Al principio *pro homine* se le entiende, según gran parte de los doctrinarios, como un *meta o mega-principio*, en la especie concatenado a la interpretación de los derechos humanos. En consecuencia, su aspecto es general, es decir, resulta un *mandato general, abstracto o genérico de favorabilidad*. Los referidos como *vertientes o sub-principios*, en cambio, son *aplicaciones o mandatos específicos de favorabilidad* que gozan de la dicotomía de volverse reglas procesales cuando su hipótesis de causación se actualiza.

5.- En consonancia con lo dicho en los dos puntos inmediatos anteriores, los *mandatos específicos de favorabilidad* tienen la *primacía* en cuanto a su aplicación se refiere, resultando la vigencia del *pro persona* respecto de aquellos, sino paralela o conexas, sí *residual*.

6.- Por otro lado, una diferencia sustancial entre las *vertientes o sub-principios* respecto del *pro persona* es que los primeros tienen, de antemano, identificados de forma procesalmente rígida (valga el símil ya dicho con la regla procesal), los sujetos y campo de acción donde serán aplicados; mientras que el segundo no, lo que es afín a su flexibilidad propia de su esencia como *mandato general o abstracto de favorabilidad*.

²⁰⁷ NRE 2019421.

²⁰⁸ Si acaso, el *interés superior de la niñez* tendría igual data que el *pro homine* respecto a su fundamento en el artículo 19 de la CADH.

7.- En consonancia, podría aceptarse que tales postulados constitucionales, o a lo sumo como principios generales de derecho (ordinario), es decir las *vertientes* o *sub-principios* en cuestión, constituirían un “límite justificado a la interpretación *pro persona*”, siempre y cuando esto último resulte indiscutible según el órgano jurisdiccional; mientras que, por otro lado, el principio *pro persona* sería el que actuaría en favor de la maximización de sus *vertientes* o *sub-principios*, y no así a la inversa.

4 Conclusiones

La delimitación de las fuentes internacionales del principio *pro homine*, desglosadas en este capítulo, permite tener la idea clara y precisa que de aquellas la más ampliamente reconocida, en el ámbito *supra-continental*, es la fincada en el cardinal 5 del PIDCP, así como el hecho que la vertiente por demás aceptada del citado postulado es la de la preferencia normativa, concretamente en cuanto a la expresa prohibición de atenerse a la conducta contraria: preferir la o las normas que *menos protejan a la persona* de acuerdo a los derechos y/o libertades expresamente correlacionados con el tratado, convención, declaración, o pacto en cuestión. Estructura normativa que es replicada por el arábigo 29 de la CADH, y por el tratado-marco (Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados) que obliga a los países a respetar el texto y los propios criterios de interpretación que deriven de la norma convencional en cuestión.

Punto especial, el inmediatamente antes señalado, que hizo ineludible el que, instrumento por instrumento, se determinara bajo qué parámetros específicos se reconoció la vigencia del *pro homine*, máxime en lo que acontece al ámbito del SIDH por ser este al que pertenece nuestro país. Esto en la idea, sustentada tanto en el texto de la Convención de Viena como en su interpretación, de que no existe un consenso general que reconozca que tal principio tiene un basamento universal que lo vuelva innegable y exigible sin cortapisas, como en su caso podrían exigir los teóricos del positivismo normativista o garantista.

He ahí la razón del análisis comentado de cada uno de los ordenamientos internacionales incorporados en la legislación mexicana que permiten sustentar el reconocimiento *trans-legislativo* de dicho principio; mismo que, se explicó, resulta ser el punto de partida y “límite positivista mínimo” que sirve de puente hacia la argumentación jurisdiccional o principialista que se encargaría, entonces, de desarrollar sus dos tareas sobre el tema: delimitar,

casuísticamente, en cual o cuales de sus variantes (incluidas sus manifestaciones generales o específicas como *mandato de favorabilidad*) está reconocido el *principio pro homine* y en qué medida habrá de graduarse cuando se enfrente contra un diverso postulado jurídico (principio, derecho fundamental, regla procesal, etc.). Ambas labores argumentativas que habrán de respetar la operatividad u orden público que permite funcionar al sistema jurídico en cuestión.

Capítulo

III

El principio *pro persona* y su interpretación por los tribunales mexicanos

1 Introducción

Tomando como punto de partida la segunda ruta de análisis aludida desde el capítulo inmediato anterior (la integración jurisprudencial desde el enfoque argumentativo o principialista), es que el presente apartado se centra en la construcción inductiva del principio de que nos atañe desde el enfoque de los órganos encargados de impartir justicia.

Por ende y a fin de hacer sintético y funcional este apartado se extractaran, cronológicamente, los principales criterios judiciales sustentados por los tribunales mexicanos

²⁰⁹ antes y después de las reformas constitucionales de 2011 en materia de amparo y derechos humanos, relacionados, todos, con la esencia del principio *pro persona* o *pro homine*. Precedentes que son, en su gran mayoría, diversos a los anteriormente plasmados en esta investigación a fin de evitar repeticiones innecesarias.

Labor, la inmediata anterior, que se hizo mediante el prisma teórico y/o doctrinal con el que fueron observados tales criterios judiciales en aras de actualizar lo concluido en el capítulo 2 de esta obra: el tender el puente hacia la argumentación jurisdiccional o principialista necesaria para delimitar, casuísticamente, en cual de las variantes está reconocido el *pro persona*, puntualizando cómo el mismo ha sido graduado frente a los diversos componente del sistema jurídico de México. Tarea obligada si se recuerda el peso legal que tienen los precedentes, más aún los jurisprudenciales, de los tribunales del PJJ, máxime del Alto Tribunal.

Estudio, objeto central del presente capítulo, que en la medida de lo posible buscará estarse, sintéticamente, a lo que el ministro presidente de dicho poder, Arturo Zaldívar Lelo de Larrea, se refirió como “*metodologías de adjudicación constitucional*”, las cuales, refiere, se centran en “*los pasos que sigue la Corte para evaluar si una afectación a un derecho humano es constitucional*”.²¹⁰

²⁰⁹ Preponderantemente del PJJ, máxime los atinentes a la SCJN.

²¹⁰ “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte*”, *aplicaciones y desarrollos recientes*, op. cit., p. XI.

2 Antes de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011

2.1 El primer antecedente del *pro homine* en la sede judicial mexicana

De todos los criterios que se tengan noticia, al menos en el ámbito del PJF, que puede reputarse vinculado con la aplicación *maximizadora* de los derechos “*fundamentales*” (sic) contenidos en los tratados internacionales previamente *incorporados* como “*ley suprema*”²¹¹ del país, es el emitido por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, de rubro: “**TRATADOS INTERNACIONALES. SU APLICACIÓN CUANDO AMPLÍAN Y REGLAMENTAN DERECHOS FUNDAMENTALES.**”²¹²

2.2 La primera referencia textual

Al mes de haberse publicado dicha tesis aislada en el SJF, del mismo tribunal colegiado se publicó la primera alusión precisa y a la letra del multicitado principio (señalado con el mismo nombre con el cual lo identifican, por lo general, la Corte IDH y demás organismos internacionales protectores de derechos humanos). Criterio que, dada su importancia histórica dentro del derecho mexicano, se cita tal cual fue publicado:

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN. *El principio pro homine, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.*²¹³

²¹¹ Sobre el concepto de la “*ley suprema*” de México y su referencia a los tratados internacionales, en los términos del artículo 133 constitucional, es ilustrativa la jurisprudencia P./J. 84/2004. NRE 180432.

²¹² Tesis: I.4o.A.440 A. NRE 180431. Publicada en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta (SJF) en el mes de septiembre de 2004.

²¹³ Tesis: I.4o.A.441 A. NRE 180294. Publicada en el mes de octubre de 2004.

2.3 Su exigencia desde la interpretación de la normativa convencional

El mismo Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito emite el tercer criterio sobre dicho apotegma y que fuera publicado en el SJF en el mes de febrero de 2005, del cual destaca la vigencia aquel postulado concatenada con su “*aplicación obligatoria*” que tal órgano judicial extrae de la consideración previa de que el mismo tiene su fuente en el artículo 29 de la CADH y el 5 del PIDCP, ambos integrantes de la “*Ley Suprema de la Unión*” (sic).²¹⁴

2.4 Su primera derivación o aplicación en una materia específica

Al año después de darse a conocer el criterio inmediato anterior, se publicó el diverso emitido por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia de Trabajo del Cuarto Circuito, mismo en donde se avocó hacia la “*interpretación más favorable al trabajador*” (sic), que, en lo medular, derivó en que “*(...) de su interpretación teleológica se deduce que no constituye una técnica de investigación para interpretar las normas laborales, sino que supone que de un análisis pueda obtenerse más de una interpretación, y frente a éstas debe aplicarse la más favorable al trabajador (...)*”.²¹⁵

Es importante también señalar que dicho criterio judicial sirve de precedente en la integración judicial del “*principio in dubio pro operario*” (sic). Determinación que difiere de la relación que de tal mandato *favorable* a la clase obrera, como “*variante o sub-principio*” del *pro persona*, como ya se detalló en el capítulo inmediato anterior.

2.5 La primera interrelación con el control de constitucionalidad

En el mes de diciembre de 2008 se publicó el que podría tenerse como el primer criterio en donde, a raíz del que sería un “*implícito control de constitucionalidad*”, el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito refiere que bajo el parámetro del “*derecho sustantivo constitucional a la indemnización*” (tal cual se le considera a la

²¹⁴ Tesis: I.4o.A.464 A. NRE 179233.

²¹⁵ Tesis: IV.3o.T.224 L. NRE 175911.

responsabilidad –patrimonial- del Estado²¹⁶, entre cuyas características fundacionales está el ser objetiva y directa²¹⁷), tuvo a bien a “*desaplicar o inaplicar*” en los hechos (aunque no se indica así en el texto de la tesis aislada al efecto publicada) el artículo 1927 del Código Civil para el Distrito Federal, pues este exigía la acreditación del dolo para condenar solidariamente al Estado, extremo proscrito por la entonces parte conducente de la CPEUM.

Conclusión a la que el órgano judicial arribó mencionando, al mismo tiempo, el criterio *progresista* inserto en tal apartado constitucional.²¹⁸ Datos que resaltan, pues fue hasta que en 2011 se reformó la CPEUM que la SCJN comenzó, de lleno, a pronunciarse, tanto de forma como de fondo, respecto de tal tipo de control al que, tres años antes, se refirió aquel órgano colegiado.

2.6 La presunción de inocencia en el ámbito del derecho electoral (La histórica contradicción de tesis 6/2008-PL)

Este último criterio que se cita en este apartado presenta dos tópicos a destacar: el primero, concerniente a que se trata de la primera de las colisiones entre criterios provenientes, no de las mismas Salas de la SCJN, sino entre la Sala Superior del Tribunal Electoral del PJF y la Primera Sala de la SCJN (resuelta en la sesión del Pleno del Alto Tribunal el 26 de mayo de 2011)²¹⁹. Cabe decir que dicha contradicción se dio respecto a si resultaba constitucional o no (y en qué precisos términos) suspender el derecho a votar a las personas sujetas a un auto de formal prisión o de sujeción a proceso (es decir, en los asuntos del orden penal).

Como el segundo punto a destacar es que de tal contienda argumentativa el criterio “ganador” fue el proferido por la Sala Superior electoral y no así por los que también son integrantes del Tribunal Constitucional mexicano. Abundando sobre el precedente obligatorio

²¹⁶ Al respecto, consúltese la Tesis: 1a. LII/2009. NRE 167384.

²¹⁷ Como al respecto lo indica el vigente asidero de la CPEUM: **Artículo 109** (último párrafo): La responsabilidad del Estado por los daños que, con motivo de su actividad administrativa irregular, cause en los bienes o derechos de los particulares, será objetiva y directa. Los particulares tendrán derecho a una indemnización conforme a las bases, límites y procedimientos que establezcan las leyes. [Artículo reformado DOF 28-12-1982, 27-05-2015.](#)

²¹⁸ Tesis: I.7o.C.119 C. NRE 168274.

²¹⁹ De la cual derivó la jurisprudencia Tesis: P./J. 33/2011. NRE 161099, publicada en el SJF en el mes de septiembre de 2011.

que se impuso, se observa que del mismo se adujo que de una “interpretación armónica, sistemática y funcional” (sic), conceptualizada respecto de la CPEUM como de diversos instrumentos internacionales incorporados al sistema constitucional mexicano, se maximizó el “derecho humano fundamental al voto”. Así se lo refleja el criterio en comento, emitido el 20 de junio de 2007, al resolver dicha Sala electoral el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano SUP-JDC-85/2007, la cual constituye la tesis aislada XV/200, de rubro y texto:

SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD. *La interpretación armónica, sistemática y funcional del artículo 38, fracción II, en relación con los artículos 14, 16, 19, 21 y 102, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14, párrafo 2 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7, párrafo 5, y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, permite concluir que la suspensión de los derechos o prerrogativas del ciudadano por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión no es absoluta ni categórica. En efecto, las referidas disposiciones establecen las bases para admitir que, aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al habersele otorgado la libertad caucional y materialmente no se le hubiere recluso a prisión, no hay razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos político-electorales; pues resulta innegable que, salvo la limitación referida, al no haberse privado la libertad personal del sujeto y al operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar con el uso y goce de sus derechos. Por lo anterior, congruentes con la presunción de inocencia reconocida en la Constitución Federal como derecho fundamental y recogida en los citados instrumentos internacionales, aprobados y ratificados en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la suspensión de derechos consistente en la restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano relativos a la participación política, debe basarse en criterios objetivos y razonables. Por tanto, tal situación resulta suficiente para considerar que, mientras no se le prive de la libertad y, por ende, se le impida el ejercicio de sus derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones que justifiquen la suspensión o merma en el derecho político-electoral de votar del ciudadano.*

Como quedó plasmado en el presente apartado, antes del 10 de junio de 2011, fecha en que se publicó en el DOF la reforma constitucional de derechos humanos, los tribunales mexicanos, en especial los Colegiados de Circuito del PJJ, distintos a la SCJN, fueron los que más aplicaron en sus resoluciones la doctrina y jurisprudencia internacional sobre el *pro homine*.

3 Después de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011

3.1 Por la SCJN

En este punto se comentará sintéticamente respecto a los principales criterios emitidos por el Alto Tribunal de México en relación al *pro persona* y que anteriormente no hayan sido ya comentados en esta obra.

3.1.1 La incorporación de su directriz de preferencia normativa

Atento lo explicado en el capítulo anterior, resulta de gran relevancia que al emitir la jurisprudencia de título “**PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE**”²²⁰, la Primera Sala señala que en México también está *incorporado* el principio *pro persona* en su directriz de preferencia de normas, tal cual lo señala en esta parte conducente: “*Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción*” (sic). Por ende, se avalaría argumentativamente y a falta de observar el marco legal pertinente, que la autoridad pública sí puede optar entre la aplicación entre dos o más normas (como fuentes de derecho abstractas y generales) y no solo entre interpretaciones afines a tal postulado.

3.1.2 Los límites y/o restricciones (en abstracto) a la interpretación *más favorable* a la persona

En la construcción de dicho criterio se observa lo siguiente: inicialmente el mismo derivó de la tesis aislada de rubro “**PRINCIPIO PRO PERSONA O PRO HOMINE. FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN DESEMPEÑAR SUS ATRIBUCIONES Y FACULTADES A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE**

²²⁰ Jurisprudencia, 1a./J. 107/2012 (10a.). NRE 2002000. Publicada en octubre de 2012.

LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011²²¹. No obstante y contrario a lo que habitualmente ocurre cuando se integran las tesis de jurisprudencia por la acumulación de cinco resoluciones en un mismo sentido, dicho criterio fue sustituido en su título, ya como tesis jurisprudencial, por este: **“PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL.”**²²²

¿Mera cuestión semántica? Podría ser, si se repara sólo en el texto de su título. No obstante, observando las fechas en que se resolvieron los asuntos en que se basaron tanto la tesis aislada como la de jurisprudencia, parece evidente (y mucho) cómo la Segunda Sala del Alto Tribunal se afianza en la doctrina del Pleno respecto a convalidar los límites (restricciones, según se ha visto cómo se refiere la propia SCJN al respecto) del *pro persona* en el ámbito doméstico nacional. Sí, todo indicaría que tal Sala enderezó la orientación de su jurisprudencia hacia la del Pleno varias veces citada con motivo de la contradicción de tesis 293/2011. Un reforzamiento del obstáculo normativo sólido e infranqueable (por cuanto a su valor legal y obligatoriedad se refiere) a la vigencia del principialismo *más favorable* a la persona: su condicionamiento *sine qua non* de que no exista una restricción constitucional expresa que lo impida.

Así, se tiene que dicho criterio, de obligatoriedad jurisprudencial, delimita los alcances de la actividad competencial de los tribunales mexicanos en relación con tal postulado; razón por la cual la Segunda Sala en este tema sostuvo que, en la labor jurisdiccional, la *incorporación* de tal principio de modo alguno se puede traducir en una “*circunstancia (que) signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función*” (sic).

En tal criterio, la Segunda Sala, implícitamente, nos indica que el *pro persona* es una directriz interpretativa, si bien de enorme importancia y trascendencia (recuérdese lo dicho acerca de su convalidación como *mega* o *meta-principio*), pero al fin al cabo un *principio*, tal

²²¹ Tesis: 2a. LXXXII/2012 (10a.). NRE 2002179. Publicada en noviembre de 2012.

²²² Tesis: 2a./J. 56/2014 (10a.). NRE 2006485. Publicada en mayo de 2014.

cual se dijo en el primer capítulo de este trabajo. Por ende, su vigencia respecto de los demás postulados, así como de lo constitucional y procesalmente estipulado previamente en el sistema jurídico, como el mexicano, debe hacerse como, por su parte, se sugiere en el capítulo 4 de esta investigación: mediante el debido proceso argumentativo que lo justifique.

3.1.3 El *pro persona* y su impacto en el juicio de amparo

En el criterio aislado de título ***“PRINCIPIO PRO PERSONA. NO ES FUNDAMENTO PARA OMITIR EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS LEGALES EN EL JUICIO DE AMPARO”***²²³, la Primera Sala enfatiza, como en su momento empezó a considerar su par Segunda, que tal postulado tiene límites (constitucionales) en su desarrollo por los órganos impartidores de justicia; esencialmente en este caso, se sostuvo que *“la aplicación de este principio no puede servir como fundamento para omitir el estudio de los aspectos técnicos legales que puedan actualizarse en el juicio de amparo”* (sic).

Así las cosas, se observa cómo el multicitado postulado no puede tener el alcance de modificar, al menos en abstracto, las reglas procesales del juicio de derechos humanos por antonomasia en México: el del amparo federal.

3.1.4 La *¿infra-valorización del in dubio pro actione?*

En la tesis aislada 1a. XXXII/2013 (10a.) de la Primera Sala²²⁴, no se aprecia una argumentación que pudiera considerarse sólida respecto a la razonabilidad en cuanto al derecho (humano fundamental) constitucional (y convencional) del debido proceso (legal) y los demás a él vinculados de forma interdependiente e integral se refiere. Así se deduce de esta parte: *“(...) no puede considerarse que el establecimiento de un plazo mayor al referido implique necesariamente una protección más amplia al derecho de acceso a la justicia efectiva previsto en el artículo 17 de la Constitución General de la República, además porque no se demuestra que aquél sea insuficiente para promover el juicio o que con un plazo más*

²²³ Tesis: 1a. CCLXXVI/2012 (10a.). NRE 2002359. Publicada en diciembre de 2012.

²²⁴ De título: ***“PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL ARTÍCULO 58-2, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL PREVER EL PLAZO DE QUINCE DÍAS PARA PRESENTAR LA DEMANDA EN LA VÍA SUMARIA, NO VIOLA EL PRINCIPIO PRO PERSONA”***. NRE 2002867. Publicada en febrero de 2013.

amplio pudiera tener mayores facilidades para promoverse y en qué forma repercutiría para alcanzar una justicia más eficaz que mediante lo ya previsto” (sic).

Luego, tal criterio parece más constreñido a defender la constitucionalidad de aquel lapso integrante del acceso a la tutela judicial efectiva que a sentar las bases argumentativas que permitieran comprender cómo en un asunto de estricto derecho, como lo es el contencioso administrativo, el período de quince días es suficiente para derrotar incluso al principio o “sub-principio” *in dubio pro actione* que doctrinalmente tanto se vincula con el acceso a la jurisdicción como con el *pro homine*.

3.1.5 La interpretación conforme y el *pro persona*

De la tesis aislada de la Primera Sala de título **“DERECHOS HUMANOS. INTERPRETACIÓN CONFORME, PREVISTA EN EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”**²²⁵, en lo medular y recordando lo antes comentado sobre tal clase de interpretación en la sede de la regularidad constitucional (que incluye, se recuerda, tanto al ámbito propiamente constitucional-doméstico como al convencional-internacional), puede decirse a manera de datos complementarios que la directriz de preferencia de normas del principio *pro persona* implicaría, a su vez, como requisito *sine qua non*, que *“una ley no puede declararse nula cuando pueda interpretarse en consonancia con la Constitución y con los tratados internacionales en materia de derechos humanos, dada su presunción de constitucionalidad y convencionalidad”* (sic).

Ergo, se entiende que si el intérprete de la norma jurídica considera que sobre esta pueden efectuarse dos o más *interpretaciones conformes* a la CPEUM, debe preferir, entre estas, la que devenga en la *más favorable a la persona*.

Sobre el mismo tema, la misma Sala formuló la jurisprudencia intitulada **“INTERPRETACIÓN CONFORME. NATURALEZA Y ALCANCES A LA LUZ DEL PRINCIPIO PRO PERSONA”**.²²⁶ Este criterio sienta importantes definiciones, entre las cuales está la referencia de que la *“supremacía normativa de la Constitución”* (sic) también se manifiesta al resultar el *“parámetro interpretativo”* o *“marco de referencia o criterio dominante*

²²⁵ Tesis: 1a. CCXIV/2013 (10a.). NRE 2003974. Publicada en julio de 2013.

²²⁶ Tesis: 1a./J. 37/2017 (10a.). NRE 2014332. Publicada en mayo de 2017.

en la interpretación de las restantes normas” (sic). Luego, robustece tal fundamento normativo al considerar que “la interpretación de las normas conforme a la Constitución se ha fundamentado tradicionalmente en el principio de conservación de ley, que se asienta a su vez en el principio de seguridad jurídica y en la legitimidad democrática del legislador” (sic).

Tal *parámetro constitucional de interpretación* (presupuesto sólido para los debidos ejercicios hermenéuticos, al menos en la sede judicial), la Primera Sala lo *extiende aún más* al concluir que

(...) hoy en día, el principio de interpretación conforme de todas las normas del ordenamiento a la Constitución, se ve reforzado por el principio pro persona²²⁷, contenido en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme en aquellos escenarios en los cuales, dicha interpretación permita la efectividad de los derechos fundamentales de las personas frente al vacío legislativo que puede provocar una declaración de inconstitucionalidad de la norma.

Jurisprudencia, la inmediatamente referida, que fortalece la relación *bi-direccional* entre la interpretación conforme y el principio *pro persona*. En este escenario, recordando lo afirmado en el primer capítulo de este trabajo, cobra importancia lo dicho por Karlos Castilla, concretamente respecto de la

(...) la necesidad de que el juzgador conozca y aplique los diferentes principios de interpretación de los derechos humanos sin autolimitarse a los tradicionales métodos de interpretación, pues los derechos fundamentales requieren de una serie de pautas hermenéuticas distintas a las que se pueden aplicar al resto de las normas jurídicas y, sobre todo, distintas a las reglas de interpretación de las leyes ordinarias.²²⁸ Esto no significa que los métodos comunes de interpretación se deban dejar de utilizar, ni que no sean aplicables para los derechos humanos, sino más bien que además de lo que tradicionalmente se conoce, la evolución del derecho nos exige ampliar los criterios utilizados para lograr una mejor salvaguarda de los derechos fundamentales.²²⁹

Así, haciendo uso de la técnica *tradicional* de la interpretación sistemática y funcional entre lo razonado en la jurisprudencia en comentario y lo referido por Castilla, se reitera la esencia de las opiniones doctrinales antes plasmadas: que el principio *pro homine* no sustituye o minimiza, sino, por el contrario, *maximiza* u *optimiza* la interpretación conforme, así como los demás principios de interpretación de los derechos humanos, tales como “la

²²⁷ El **énfasis** es propio.

²²⁸ El autor cita la siguiente fuente: Cfr. Carpio Marcos, Edgar, *La interpretación de los derechos fundamentales*, Lima, Palestra, 2004, p. 15.

²²⁹ *Op. cit.*, p. 2.

interpretación evolutiva"; "la posición preferente"; el de "maximización de los derechos", el de "fuerza expansiva de los derechos"; el de "estándar mínimo"; el de "progresividad"; el de "interacción"; el de "irreversibilidad", el de "indivisibilidad" y el principio de "efectividad o del efecto útil".²³⁰

En lo anterior, se recuerda lo que en su oportunidad se dijo al comentarse la tesis de rubro "**INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU APLICACIÓN TIENE COMO PRESUPUESTO UN EJERCICIO HERMENÉUTICO VÁLIDO**"²³¹: la aparente discordancia *in situ* de la Primera Sala consideraría que el intérprete normativo debe abordar la exégesis y empleo, tanto del *pro homine* como de la interpretación conforme, respecto de los demás postulados de interpretación, tanto los ordinarios (*tradicionales*), como los relativos a derechos humanos, tal cual los señalados en el párrafo inmediato anterior y sin demeritarlos en su edificación conceptual. Situación, según se explicó en ese apartado, que no forzosamente demeritaría el empleo de aquellos postulados como, en cambio, sí ayudaría a darles una operatividad más acorde con las garantías de seguridad y certeza jurídica.

3.1.6 El *pro persona* y la no «pre-constitución» de derecho alguno

De su jurisprudencia 1a./J. 104/2013 (10a.)²³², se tiene que la Primera Sala acentúa la *interdependencia e integralidad* de dicho principio respecto de los demás postulados y reglas que conforman el sistema jurídico en cual se pretende hacer valer, en este caso el mexicano; más aún, destacaría cómo refiere que el *pro persona* no puede tener el alcance, por sí mismo, de configurar derecho alguno, sea este humano o de índole meramente procesal. Así se deduce de la parte final de dicho criterio: "(...) del principio *pro homine* o *pro persona* no deriva necesariamente que las cuestiones planteadas por los gobernados deban ser resueltas de manera favorable a sus pretensiones, ni siquiera so pretexto de establecer la interpretación más amplia o extensiva que se aduzca, ya que en modo alguno ese principio

²³⁰ *Ibidem*, p. 4.

²³¹ Tesis: 1a. CCLXIII/2018 (10a.), NRE 2018696.

²³² De título "**PRINCIPIO PRO PERSONA. DE ÉSTE NO DERIVA NECESARIAMENTE QUE LOS ARGUMENTOS PLANTEADOS POR LOS GOBERNADOS DEBAN RESOLVERSE CONFORME A SUS PRETENSIONES**". NRE 2004748. Publicada en octubre de 2013.

puede ser constitutivo de "derechos" alegados o dar cabida a las interpretaciones más favorables que sean aducidas, cuando tales interpretaciones no encuentran sustento en las reglas de derecho aplicables, ni pueden derivarse de éstas, porque, al final, es conforme a las últimas que deben ser resueltas las controversias correspondientes" (sic).

Razonamiento, el derivado de dicha jurisprudencia, que contrasta con lo observado en el ámbito teórico-doctrinal, en especial con lo aducido por Zlata Drnas de Clément quien, se recuerda, aseveró que el *pro homine*, en conjunto con los diversos principios de *progresividad* y/o *evolutividad* en materia de derechos humanos, ha colaborado en la construcción de "*nuevos derechos sustantivos y procesales*" (sic).²³³

3.1.7 Las restricciones procesales domésticas del *pro persona*

En su criterio obligatorio 1a./J. 10/2014 (10a.)²³⁴, la Primera Sala interpreta tal principio de forma sistemática (e interdependiente) con el derecho (humano fundamental) a un recurso efectivo a que alude el cardinal 25 de la CADH²³⁵. Lo anterior, a su vez, conlleva al reforzamiento de su doctrina jurisprudencial que valida la primacía de las que se entenderían como "*formalidades procesales esenciales*"²³⁶, respecto de las cuales el principio *pro persona* devendría "*improcedente*", tal cual concluyó en su escrito de mérito: "*(el) principio pro persona, el cual consiste en brindar la protección más amplia al gobernado, así como los tratados internacionales en materia de derechos humanos, entre ellos el derecho a un*

²³³ Como en su oportunidad se dijo en el capítulo 1 de este trabajo

²³⁴ De título "**PRINCIPIO PRO PERSONA Y RECURSO EFECTIVO. EL GOBERNADO NO ESTÁ EXIMIDO DE RESPETAR LOS REQUISITOS DE PROCEDENCIA PREVISTOS EN LAS LEYES PARA INTERPONER UN MEDIO DE DEFENSA**". NRE 2005717. Publicada en febrero de 2014.

²³⁵ Así lo establece la convención: Artículo 25. Protección Judicial 1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente Convención, aun cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales (...).

²³⁶ Las mismas, referidas al contenido de la jurisprudencia aludida y aplicadas, por ejemplo, en relación al derecho fundamental que permite a las personas acceder a los tribunales, supeditaría la vigencia de este al acatamiento de "*(...) los requisitos de procedencia, a falta de los cuales se actualiza la improcedencia de una acción, varían dependiendo de la vía que se ejerza y, en esencia, consisten en los elementos mínimos necesarios previstos en las leyes adjetivas que deben satisfacerse para la realización de la jurisdicción, es decir, para que el juzgador se encuentre en aptitud de conocer la cuestión de fondo planteada en el caso sometido a su potestad y pueda resolverla, determinando los efectos de dicha resolución (...)*". Argumento contenido en la jurisprudencia de título "**DERECHO FUNDAMENTAL DE ACCESO A LA JURISDICCIÓN. SU CONTENIDO ESPECÍFICO COMO PARTE DEL DERECHO A LA TUTELA JURISDICCIONAL EFECTIVA Y SU COMPATIBILIDAD CON LA EXISTENCIA DE REQUISITOS DE PROCEDENCIA DE UNA ACCIÓN**". 1a./J. 90/2017 (10a.) . NRE 2015595.

recurso efectivo, previsto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ello no significa que en cualquier caso el órgano jurisdiccional deba resolver el fondo del asunto, sin que importe la verificación de los requisitos de procedencia previstos en las leyes nacionales para la interposición de cualquier medio de defensa, ya que las formalidades procesales son la vía que hace posible arribar a una adecuada resolución, por lo que tales aspectos, por sí mismos, son insuficientes para declarar procedente lo improcedente” (sic).

Como nota marginal y en atención a otro principio constitucional y convencional integrante del DIDH, *el interés superior del niño*, la misma Primera Sala ha sostenido desde hace más de una década que tal postulado, de importancia transversal como el *pro homine*, tampoco tiene el alcance de “*volver procedente lo improcedente*”; en la especie, de habilitar la vía de la revisión en el amparo directo, como determinó en esa oportunidad dicha Sala.²³⁷ Ergo, si ni el que podría catalogarse como el interés superior de cualquier persona (es decir, la de menor de edad legal y por extensión de la mayor de edad con discapacidad), puede rebasar tales delimitaciones o restricciones procesales, un principio aún más abstracto y genérico, como lo es el *pro persona*, menos lo podría, según dicha lógica jurisprudencial.

3.1.8 La jurisprudencia supranacional y su incorporación en la regularidad constitucional de México

De la muchas veces citada contradicción de tesis 293/2011 también deriva el criterio obligatorio “**JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA.**”²³⁸ Pues bien, en la que ahora se invoca por vez primera, destaca un *cambio sustancial* respecto a cómo entender y aplicar la jurisprudencia (en este caso, del P/JF, máxime de la SCJN)²³⁹; situación que, no obstante, habría que analizar en clave de la diversa tesis jurisprudencial relacionada con tal contradicción de criterios; es decir, que es *deber constitucional y convencional* de los

²³⁷ Tesis: 1a. XVII/2007. NRE 173440.

²³⁸ P./J. 21/2014 (10a.). NRE 2006225. Publicada en abril de 2014.

²³⁹ Al efecto, nótese qué establece este arábigo de la Ley de Amparo en vigor:

Artículo 192.- La jurisprudencia que establezca la Suprema Corte de Justicia, funcionando en Pleno o en Salas, es obligatoria para éstas en tratándose de la que decreta el Pleno, y además para los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, los juzgados de Distrito, los tribunales militares y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y tribunales administrativos y del trabajo, locales o federales.

juzgadores nacionales el *optar por la jurisprudencia de la Corte IDH respecto de la de índole mexicana* si esto lo habilita el principio *pro persona*, siempre y cuando no esté de por medio una *restricción constitucional expresa*. Aquí el texto de la jurisprudencia primeramente señalada en este párrafo:

Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los Jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1o. constitucional, pues el principio pro persona obliga a los Jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Cabe ahora manifestarse sobre un punto total respecto de las limitaciones (restricciones) de la aplicación del principio *pro persona* en México: la jurisprudencia de la SCJN. Esto es, ¿es posible que la misma sea “*desaplicada* o *inaplicada*” a manera de ejercer el control de regularidad constitucional sobre la misma? O, en sentido contrario, la jurisprudencia del Alto Tribunal, respecto de la *maximización* que en materia de derechos humanos se vincula al *pro homine*, ¿constituye una *restricción constitucional “expresa”* en cuanto a que con motivo del segundo se *desaplique* o *inaplique* la primera?

Se colige que, de acuerdo a los siguientes criterios aún en vigor, la respuesta afirmativa a la segunda de dichas interrogantes es la que impera en el sistema jurídico mexicano. Es decir, el principio *pro persona* no autoriza que una autoridad legal y originalmente obligada a acatar la jurisprudencia del PJJ (donde también se halla la derivada de los Plenos de Circuito y de los Tribunales Colegiados de Circuito)²⁴⁰, pueda *desaplicarla* o *inaplicarla* si la misma resulta clara y perfectamente adaptable al caso bajo estudio.

²⁴⁰ En el último párrafo del artículo 14 de la CPEUM estaría el mandato constitucional que obliga acatar la jurisprudencia, como “*interpretación jurídica de la ley*”, por encima de la misma vigencia del *pro persona*: *En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho*. Extremo al que abona la *competencia delegada por reenvío constitucional expreso* que hace el siguiente parágrafo del artículo constitucional que se cita: **Artículo**

Conclusiones que se afianzan en los argumentos vertidos en los criterios cuyos títulos se señalan a continuación: “**JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA**”²⁴¹. “**JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SUJETARSE A CONTROL CONSTITUCIONAL**”. Y: “**JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. EL ARTÍCULO 217 DE LA LEY DE AMPARO QUE ESTABLECE SU OBLIGATORIEDAD, NO TRANSGREDE EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS**”²⁴³.

3. 1. 9 La transversalidad de la interpretación conforme y el *pro persona* en los asuntos de estricto derecho

En su tesis aislada 1a. CCCLI/2014 (10a.)²⁴⁴, la Primera Sala refiere que dicho postulado, como en su caso el de la interpretación conforme, también son de acatamiento obligatorio en los asuntos conocidos en el foro como “*de estricto derecho*”, es decir, en aquellos en donde las partes son los que tienen el deber de impulsarlos (“*principio dispositivo*”) y, en general, de ofrecer medios de prueba, alegar y en su caso recurrir en contra de la sentencia al efecto emitida, por regla común, sin auxilio procesal alguno por parte del juzgador²⁴⁵.

94. (...) La ley fijará los términos en que sea obligatoria la jurisprudencia que establezcan los Tribunales del Poder Judicial de la Federación sobre la interpretación de la Constitución y normas generales, así como los requisitos para su interrupción. Párrafo reformado DOF 06-06-2011, 11-03-2021. Párrafo reformado DOF 06-06-2011. Extremo que, esencialmente, no cambió cuando el Constituyente Reformador incorporó, en el párrafo inmediato siguiente, la *doctrina del precedente* (“*stare decisis*”), relativa a convalidar que con tan solo una decisión razonada y sancionada por el voto mayoritario de los ministros, *incluso en los juicios y recursos de amparo*, dicho criterio resultante goce de plenos efectos jurídicos para los sujetos obligados a acatarlo: *Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas.* Párrafo adicionado DOF 11-03-2021.

²⁴¹ Tesis: P./J. 64/2014 (10a.). NRE 2008148. Publicada en diciembre de 2014. El **énfasis** es propio.

²⁴² Tesis 2a. CII/2016 (10a.). NRE 2012726. El **énfasis** es propio.

²⁴³ Tesis: 2a. XL/2015 (10a.). NRE 2009411. El **énfasis** es propio.

²⁴⁴ Intitulada “**PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN CONFORME Y PRO PERSONA. SON APLICABLES A LOS JUICIOS CIVILES.**” NRE 2007735. Publicada en octubre de 2014.

²⁴⁵ De ahí que, dentro del lenguaje forense del amparo mexicano, se considere que los asuntos relativos al postulado de “*estricto derecho*” son, por exclusión, aquellos en donde no opera el que sería el principio exactamente opuesto: el de “*la suplencia de la queja deficiente*” (a favor del justiciable, como en su caso sería el actor). Véase artículo 79 de la Ley de Amparo (Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la CPEUM).

En este tenor, la Sala afirma que es “*incorrecto sostener que se vulnera la equidad procesal entre las partes, si a los juicios civiles se les aplican dichos principios, puesto que en esa premisa se confunde la interpretación de una norma de conformidad con la Constitución, con su aplicación en beneficio exclusivo de una de las partes. En efecto, lo que ocasionaría un desequilibrio procesal es que no se aplicaran las mismas reglas a las partes, o que las reglas se les aplicaran en forma distinta, ello sin lugar a dudas llevaría a la inseguridad jurídica (...)*” [sic]. Así las cosas, también destaca como tal Sala plantea la diferencia conceptual entre la interpretación conforme y el *pro persona*, este último en cuanto a su enfoque predeterminado hacia una de las partes del proceso.

3.1.10 *Pro persona*: los requisitos mínimos para acceder a su estudio

El criterio 1a. CCCXXVII/2014 (10a.) de la Primera Sala²⁴⁶, aunque aislado y referido en lo especial a los asuntos en sede del amparo federal, es sumamente ilustrativo, tanto por lo que hace a los requisitos procedimentales para acceder al estudio del dicho postulado, como por delimitar el “*objeto*” del mismo. Aquí el argumento sintético de cómo entender dichos “*requisitos mínimos*” (sic) como exigencia a cargo del justiciable (claro está, si el tribunal no lo hace *ex officio* cuando resulte procedente):

a) pedir la aplicación del principio o impugnar su falta de aplicación por la autoridad responsable; b) señalar cuál es el derecho humano o fundamental cuya maximización se pretende; c) indicar la norma cuya aplicación debe preferirse o la interpretación que resulta más favorable hacia el derecho fundamental; y, d) precisar los motivos para preferirlos en lugar de otras normas o interpretaciones posibles. En ese sentido, con el primer requisito se evita toda duda o incertidumbre sobre lo que se pretende del tribunal; el segundo obedece al objeto del principio pro persona, pues para realizarlo debe conocerse cuál es el derecho humano que se busca maximizar, aunado a que, como el juicio de amparo es un medio de control de constitucionalidad, es necesario que el quejoso indique cuál es la parte del parámetro de control de regularidad constitucional que está siendo afectada²⁴⁷; finalmente, el tercero y el cuarto requisitos cumplen la función de esclarecer al tribunal cuál es la disyuntiva de elección entre dos o más normas o interpretaciones, y los motivos para estimar que la propuesta por el quejoso es de mayor protección al derecho fundamental (...).

²⁴⁶ De rubro “**PRINCIPIO PRO PERSONA. REQUISITOS MÍNIMOS PARA QUE SE ATIENDA EL FONDO DE LA SOLICITUD DE SU APLICACIÓN, O LA IMPUGNACIÓN DE SU OMISIÓN POR LA AUTORIDAD RESPONSABLE.** NRE 2007561. Publicada en octubre de 2014. El énfasis es propio.

²⁴⁷ El subrayado es propio.

3.1.11 La suplencia de la queja deficiente y el *pro persona*

En su jurisprudencia 2a./J. 154/2015 (10a.)²⁴⁸, la Segunda Sala interpreta sistemáticamente los artículos 7 y 8 de la DUDH²⁴⁹; II (2º) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre²⁵⁰, en consonancia con el 25 de la CADH, a efecto de determinar la factibilidad (*previa constatación sobre la no transgresión del diverso postulado de la igualdad inter-partes*) de dicha suplencia en el proceso del amparo federal, *maximizando* así su alcance con base en la vigencia del principio *pro persona*.

Así, culmina en su razonamiento la Segunda Sala, que “(...) *el principio de suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo se erige como una institución de capital importancia dentro de nuestro sistema jurídico, con características particulares, con el fin de impedir la denegación de justicia por razones de carácter meramente técnico-jurídicas; por ello, dicha institución debe analizarse desde la perspectiva constitucional y legal nacional, y es en función de ese examen interno como debe contrastarse si efectivamente tal principio satisface el mandato universal de igualdad, o si existe una justificación razonable en la distinción de trato que respecto de ciertas personas o grupos establece el artículo 76 Bis de la Ley de Amparo, vigente hasta el 2 de abril de 2013, sustituido por el precepto 79 en la ley de la materia en vigor a partir del día siguiente*” (sic).

Atendiendo a lo explicado en el capítulo anterior, tanto por lo que hace a la suplencia de la queja deficiente como, en su caso, el *favor* o *in dubio pro debilis*, se observa ahora que la Segunda Sala entiende que el *pro persona* actúa “*en favor*” de la suplencia de la queja deficiente en el juicio de amparo federal (y, por analogía, en los demás procesos). Esto es,

²⁴⁸ De título **“SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. DEBE ANALIZARSE ACORDE CON EL MARCO SOBRE DERECHOS HUMANOS RESGUARDADO POR EL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, A PARTIR DE LA REFORMA PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.”**.NRE 2010623. Publicada en diciembre de 2015.

²⁴⁹Artículo 7.

Todos son iguales ante la ley y tienen, sin distinción, derecho a igual protección de la ley. Todos tienen derecho a igual protección contra toda discriminación que infrinja esta Declaración y contra toda provocación a tal discriminación.

Artículo 8.

Toda persona tiene derecho a un recurso efectivo ante los tribunales nacionales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución o por la ley.

²⁵⁰ Artículo 2 - Derecho de igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la Ley y tienen los derechos y deberes consagrados en esta declaración sin distinción de raza, sexo, idioma, credo ni otra alguna.

dicha Sala evidencia cómo la esencia *general* del *pro homine* opera en pos de dinamizar la aplicación del principio en lo particular comentado.

3.1.12 El *pro persona* y sus “*vertientes plausibles*”

Es su criterio aislado 1a. CCVII/2018 (10a.)²⁵¹, la Primera Sala enfatiza que el *pro persona*, respecto de sus dos multicitadas directrices, exige como requisitos de procedencia “*que tanto las normas entre las que se elige como las interpretaciones que se pretendan comparar sean aplicables en el primer caso y plausibles en el segundo, por ser el resultado de técnicas válidas de interpretación normativa*” (sic). Concluye la Sala afirmando, teleológicamente y en concordancia con el acceso efectivo a la justicia, que

(...) el principio pro persona debe beneficiar a quienes participen dentro de un procedimiento jurisdiccional, ya que opera como criterio para determinar el fundamento, alcances, regulación y límites de los derechos humanos de cada una, según se encuentren en juego en un asunto, mientras que su falta de utilización puede ser reclamada en juicio por el efecto potencialmente perjudicial que podría tener para la tutela de un derecho humano.

Así las cosas, se observa que el *pro persona* puede ser exigible desde esas dos perspectivas, de acuerdo a tal criterio de la Sala: como criterio dogmático y por ende válido de ser invocado en la construcción argumentativa de la resolución judicial, así como por su exclusión procesal en perjuicio de un justiciable (cierto o potencialmente identificable).

3.2 Por los Tribunales Colegiados de Circuito

Tales tribunales, cuyas funciones conciernen a tramitar y resolver, entre otros procedimientos jurídicos, el recurso del amparo directo (en primera instancia), así como la segunda instancia del amparo indirecto, ambas figuras del ámbito del PJF, han continuado interpretando los alcances y límites del principio *pro homine*, tal cual se observa documentado desde el año 2004. Como se hizo respecto de los criterios de la SCJN, se extractaran, cronológicamente, parte sustancial de los criterios más relevantes que aquellos han emitido con posterioridad a la entrada en vigor de la varias veces aludida reforma

²⁵¹ De título “**PRINCIPIO PRO PERSONA. SÓLO PUEDE UTILIZARSE EN SU VERTIENTE DE CRITERIO DE SELECCIÓN DE INTERPRETACIONES CUANDO ÉSTAS RESULTAN PLAUSIBLES**”. NRE 2018781. Publicada en diciembre de 2018.

constitucional de 2011; evitando, en la medida de lo posible, aludir a aquellos que redunden sin más en los ya comentados respecto del Alto Tribunal.²⁵²

3.2.1 El *pro persona* y las exenciones al orden público de tributar en favor del Estado

En su tesis aislada VI.1o.A.18 A (10a.)²⁵³, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito abona a la consideración de que tal postulado no puede ser, *per se*, constitutivo de derecho alguno, en la especie de constitución de exenciones tributarias, ni puede desvincularse, y menos aún hacer incongruente, el orden jurídico al cual pertenece. En esto el tribunal se vale de la *interpretación conforme convencional* a partir de los ordinales 4 y 6 del PIDESC²⁵⁴. De ahí que colija que “(...) *en la inteligencia de que el alcance que se otorgue a la norma mencionada a fin de privilegiar la interpretación más favorable al gobernado, debe buscar también su integración con el sistema normativo en que se ubica, esto es, evitar la interpretación que haga incongruentes las normas con el orden jurídico del que forman parte con el objeto de no vulnerar el derecho fundamental de seguridad jurídica de los gobernados conforme al cual, es sólo al legislador a quien corresponde el establecimiento expreso de exenciones tributarias*” (sic).

²⁵² Sin perjuicio de los correlacionados en otros apartados de esta obra.

²⁵³ De rubro “**RENTA. LA INTERPRETACIÓN QUE ATENTO AL PRINCIPIO PRO HOMINE O PRO PERSONAE SE HAGA DEL ARTÍCULO 17, SEGUNDO PÁRRAFO, PARTE FINAL DE LA LEY DEL IMPUESTO RELATIVO, NO LLEGA AL EXTREMO DE ESTABLECER VERDADEROS SUPUESTOS DE EXENCIÓN TRIBUTARIA QUE CARECEN DE SUSTENTO LEGAL**”, NRE 2000650. Publicada en abril de 2012.

²⁵⁴ Artículo 4. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen que, en ejercicio de los derechos garantizados conforme al presente Pacto por el Estado, éste podrá someter tales derechos únicamente a limitaciones determinadas por ley, sólo en la medida compatible con la naturaleza de esos derechos y con el exclusivo objeto de promover el bienestar general en una sociedad democrática.

Artículo 6

1. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho a trabajar, que comprende el derecho de toda persona a tener la oportunidad de ganarse la vida mediante un trabajo libremente escogido o aceptado, y tomarán medidas adecuadas para garantizar este derecho.

2. Entre las medidas que habrá de adoptar cada uno de los Estados Partes en el presente Pacto para lograr la plena efectividad de este derecho deberá figurar la orientación y formación técnico profesional, la preparación de programas, normas y técnicas encaminadas a conseguir un desarrollo económico, social y cultural constante y la ocupación plena y productiva, en condiciones que garanticen las libertades políticas y económicas fundamentales de la persona humana.

3.2.2 La “variante” *in dubio pro operario* como factor decisorio entre el estricto derecho y la suplencia de la queja deciente

Al sostener su criterio aislado XVIII.3o.2 K (10a.)²⁵⁵, el Tercer Tribunal Colegiado del Décimo Octavo Circuito aplica, procesalmente, dicho principio respecto de la abrogada ley del amparo federal²⁵⁶, lo que implícitamente permitiría colegir que tal interpretación no es contraria al sistema procesal constitucional en comento, ni es violatoria de los derechos de la contraparte (*vgr.* el patrón) en la contienda de la cual deriva el acto reclamado, pues, como alega el colegiado, “(...) *para el caso en particular que es un asunto en materia laboral -sin que con ello se prejuzgue el fondo sobre la naturaleza de la materia a la cual pertenece la controversia de origen, por ser ello precisamente lo que se pretende dilucidar-, para así estar en condiciones de suplir tal deficiencia y en atención al citado principio*” (sic).

Como se observa, el anterior criterio se enfoca en la manera en que es *maximizado* el *pro persona*, atendiendo no solo a la especial situación derivada de la calidad subjetiva del trabajador (lo que es consustancial al postulado *in dubio pro operario*), sino también a sus beneficiarios. Mismo razonamiento, el comentado en este apartado en específico, que es de suyo discutible, pues, atento los anteriores criterios y argumentos, la esfera competencial de la autoridad tiene afinidad con las reglas procesales, de ahí que *desplazarla* o *inaplicarla* sin un sólido sustento jurídico vaciaría de legitimidad a dicho ejercicio principialista del *pro persona*.

3.2.3 La *maximización* del acceso a la justicia

En la jurisprudencia VI.1o.A. J/2 (10a.)²⁵⁷ el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Sexto Circuito interpreta sistemáticamente tales numerales de la CADH²⁵⁸

²⁵⁵ In titulado “**PRINCIPIO PRO HOMINE. EN ATENCIÓN A ÉSTE, SI LA CONTROVERSIA MOTIVO DEL AMPARO INVOLUCRA UN CONFLICTO COMPETENCIAL ENTRE MATERIAS QUE ADOPTAN EL ESTRICTO DERECHO Y LA SUPLENCIA DE LA QUEJA, Y ESTÁN EN JUEGO LOS DERECHOS DE LOS BENEFICIARIOS DE UN SERVIDOR PÚBLICO FALLECIDO, DEBE ESTARSE A LO MÁS FAVORABLE AL QUEJOSO**”.. NRE 2000868. Publicada en mayo de 2012.

²⁵⁶ Apartado que guarda similitud con esta parte del citado artículo 79 de la ley de la materia, en vigor: Artículo 79. La autoridad que conozca del juicio de amparo deberá suplir la deficiencia de los conceptos de violación o agravios, en los casos siguientes: (...)

V. En materia laboral, en favor del trabajador, con independencia de que la relación entre empleador y empleado esté regulada por el derecho laboral o por el derecho administrativo;

²⁵⁷ De título “**ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS**

en consonancia con los arábigos 1º y 17 constitucionales, a fin de señalar que tales artículos convencionales desarrollan o *instrumentalizan* tal derecho (humano) fundamental a que se refiere el citado ordinal 17.²⁵⁹

Así, el colegiado razona “(...) *de tal manera que no constituyen cuestiones distintas o accesorias a esa prerrogativa fundamental, sino que tienden más bien a especificar y a hacer efectivo el derecho mencionado, debiendo interpretarse la totalidad de dichos preceptos de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados, atento al principio pro homine o pro personae, la interpretación más favorable que les permita el más amplio acceso a la impartición de justicia*” (sic).

3.2.4 El *pro persona* y la perención de la instancia en abstracto

En su criterio aislado VIII.A.C.3 K (10a.)²⁶⁰, el entonces Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y Civil del Octavo Circuito *limita el espectro de favorabilidad* al tenor de la

HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”. NRE 2001213. Publicada en agosto de 2012. Misma en la que expresamente se señala la trascendencia que en su contenido irroga la jurisprudencia 2a./J. 192/2007 de la Segunda Sala de la SCJN. NRE 171257, de rubro: **“ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES”**.

²⁵⁸Artículo 8. Garantías Judiciales
1. Toda persona tiene derecho a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente independiente e imparcial establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

Artículo 25. Protección Judicial
1. Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.
2. Los Estados Partes se comprometen:
a) a garantizar que la autoridad competente prevista por el sistema legal del Estado decidirá sobre los derechos de toda persona que interponga tal recurso;
b) a desarrollar las posibilidades de recurso judicial, y
c) a garantizar el cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso.

²⁵⁹ Concretamente, en su segundo párrafo: Toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

²⁶⁰ De rubro **“PRINCIPIO PRO HOMINE Y CADUCIDAD DE LA INSTANCIA. NO PUGNAN”**. NRE 2001428. Publicada en agosto de 2012.

normativa general de derecho procesal que impera en México, concluyendo que “(...) el principio *pro homine* no persigue cobijar a toda costa a la persona, sino procurarle la mayor protección pero, sin desconocer otros principios también de gran entidad como, en el caso, el orden procesal” (sic). Luego, la falta de inactividad de las partes como en su caso del propio juez de la causa (lo que es la esencia de la figura de la caducidad como sanción procesal), no es, *per se*, una figura contraria al *pro persona*, según lo referido por tal órgano colegiado.

3.2.5 El *in dubio pro actione* en la vía recursal en el amparo

En su criterio aislado I.4o.C.12 C (10a.)²⁶¹, el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito reconoce la convergencia de tal apotegma con otros, a los que cataloga como “*sub-principios*” (sic) en los que aquel se “*materializa*” (sic). Es así que, en el caso especial del amparo federal, dicho órgano en la materia enfatiza que el “*sub-principio*” de índole procesal, al que señala como el “*in dubio pro actione*”²⁶², en consonancia con la esencia del postulado de mérito, salvaguardan tanto el *derecho a la jurisdicción* como el *acceso a un recurso efectivo*; lo que se entiende, en pocas palabras, dado que “*se optimizan la interposición y admisión de los medios de impugnación, sobre todo de aquellos relacionados con el control constitucional de amparo en donde el debido proceso debe observarse con mayor rigor, dada su calidad de instrumento garante de los derechos fundamentales*” (sic).²⁶³ Interpretación de tal tribunal que puede caber siempre y cuando no se trastocuen los lineamientos antes referidos en el tema por la SCJN.

3.2.6 El *pro homine* como elemento *maximizador* de la suplencia de la queja deficiente

En la jurisprudencia de rubro “**SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN EL JUICIO DE AMPARO. PROCEDE CUANDO EL JUZGADOR ADVIERTA LA VIOLACIÓN DE**

²⁶¹ De título “**PRINCIPIO PRO PERSONA. SU APLICACIÓN PERMITE OPTIMIZAR LA ADMISIÓN DE RECURSOS EN AMPARO.**”. NRE 2001717. Publicada en septiembre de 2012.

²⁶² También conocido como “*favor actionis*”, cuya esencia versa en *favorecer el acceso a la jurisdicción o vía recursal*, tal cual se abundó en el capítulo 2 de este trabajo.

²⁶³ Criterio que ha sido replicado en varias tesis y que aplica perfectamente en la esencia del último párrafo de la fracción XVIII del cardinal 61 de la actual Ley de Amparo: Cuando la procedencia del recurso o medio de defensa se sujete a interpretación adicional o su fundamento legal sea insuficiente para determinarla, el quejoso quedará en libertad de interponer dicho recurso o acudir al juicio de amparo;

DERECHOS HUMANOS”²⁶⁴, el Primer Tribunal Colegiado de Circuito del Centro Auxiliar de la Octava Región sienta un precedente vanguardista, mismo que a la postre fue confirmado, en la sede, *grosso modo*, del amparo federal, mediante la jurisprudencia que, en la rama constitucional-penal, sostuvo en su oportunidad la Primera Sala de la SCJN.²⁶⁵ Tal criterio del colegiado, en concreto, se basa a su vez en el criterio del Pleno del Alto Tribunal que refiere que (todos) los jueces “*están autorizados para realizar un control de convencionalidad "ex officio", esto es, con independencia de que las partes lo invoquen, pues dicha facultad no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones de los accionantes en cada caso concreto*” (sic). En observancia de todo lo anterior, sostiene el tribunal colegiado, “*cuando el juzgador de amparo advierta que la norma general, acto u omisión reclamada de la autoridad responsable vulnera los derechos humanos del quejoso, debe abordar el estudio de esa violación, con independencia de que las partes invoquen o no dicha infracción en sus conceptos de violación o agravios*” (sic).

Entonces, de lo razonado por el tribunal colegiado, esencialmente compartido por la jurisprudencia de la Primera Sala, se deduce que *no existe violación al sistema jurídico del amparo federal*, pues la suplencia de la queja cuyos alcances *maximizaron* ambos órganos judiciales con base en la exégesis armónica de los principios de *interpretación conforme*, y *pro homine*, según lo concluido por el colegiado de circuito, “*(...) complementa la prevista en la Ley de Amparo, ya que revela mayores alcances en cuanto al sujeto, al proceder en favor de cualquier persona y no sólo en beneficio de determinados individuos, circunstancia que, sin embargo, no torna inoperante el beneficio regulado en dicha ley, pues éste reviste una protección más amplia en cuanto al objeto, debido a que no se limita a violaciones de derechos humanos en materia de constitucionalidad y convencionalidad, sino también de legalidad*” (sic).

Consideración la anterior que, a su vez, *debe respetar que en la actualización de la suplencia de la queja deficiente no se transgreda la igualdad inter-partes*, como ya se dijo respecto del alcance de la jurisprudencia 2a./J. 154/2015 (10a.) de la Segunda Sala.

²⁶⁴ Tesis: XXVII.1o.(VIII Región) J/3 (10a.). NRE 2003160. Publicada en marzo de 2013.

²⁶⁵ Jurisprudencia 1a./J. 29/2013 (10a.). NRE 1a./J. 29/2013 (10a.), de rubro: “**SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE EN MATERIA PENAL. OPERA EN FAVOR DE LA VÍCTIMA U OFENDIDO POR EL DELITO, CONFORME AL MARCO CONSTITUCIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS QUE RESGUARDAN LOS ARTÍCULOS 20, APARTADO B Y 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, NO OBSTANTE QUE EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN II, DE LA LEY DE AMPARO, LA PREVEA SÓLO EN BENEFICIO DEL REO.**”

3.2.7 Los límites contractuales (como normas jurídicas individuales) del *pro homine*

En su criterio aislado I.2o.C.6 C (10a.),²⁶⁶el Segundo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, se infiere, le da primacía al apotegma “*pacta sunt servanda*”, de fuente supranacional reconocida por el propio Convenio de Viena sobre el derecho internacional de los tratados, y, generalmente, de naturaleza infranqueable en el derecho doméstico mexicano, en especial en las ramas civil²⁶⁷ y mercantil²⁶⁸, a fin de considerar inaplicable el postulado *pro homine*. Esto, considera, dado a que no se dan los supuestos en que este último puede aplicarse, “*ya que en realidad no se pretende el análisis más favorable de dos normas con distintas regulaciones ni se está en el supuesto de que la ley admita más de una interpretación sobre un mismo aspecto, sino lo que se busca es privar de efectos jurídicos a lo pactado por propia voluntad en el contrato base de la acción, en perjuicio del otro contratante*” (sic).

3.2.8 El *pro persona* y su interrelación con los diversos principios de la apariencia del buen derecho y el peligro en la demora

En este criterio aislado²⁶⁹, el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito hace alusión a la jurisprudencia 2a./J. 204/2009 de la Segunda Sala de la

²⁶⁶ **“DERECHOS HUMANOS. EL PRINCIPIO PRO HOMINE ES INAPLICABLE CUANDO TRATÁNDOSE DEL CUMPLIMIENTO DE UN CONTRATO, EL QUEJOSO ALEGA QUE EL JUZGADOR DEBE ELEGIR LO MÁS FAVORABLE PARA ÉL, ENTRE LO EXPRESAMENTE PACTADO EN EL ACUERDO DE VOLUNTADES Y LO DISPUESTO POR LA LEY.”** NRE 2003027. Publicada en marzo de 2013.

²⁶⁷ Como ejemplo que excepciona la regla en la materia civil, se recomienda la lectura de Parra Lara, Francisco José, “*La protección oficiosa de los débiles ante el Infonavit*”, **Hechos y Derechos**, [S.l.], apr. 2020. ISSN 2448-4725. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13436/14865>. Fecha de acceso: 19 de junio de 2019.

²⁶⁸ Como ya es muy conocido en el foro mexicano, en la materia mercantil y las diversas, como la civil, en donde estén de por medio los intereses “*usurarios*”, no prima lo previamente dispuesto (y aceptado) por el deudor, en la especie la plena aceptación, y en su caso consentimiento tácito por no demandar o recurrir ante los tribunales el cobro de tal clase de intereses. Razonamiento plasmado originalmente en la jurisprudencia de la Primera Sala del Máximo Tribunal 1a./J. 47/2014 (10a.) . NRE 2006795.

²⁶⁹ VI.1o.A.20 K (10a.), de título **“SUSPENSIÓN EN EL JUICIO DE AMPARO. LA TÉCNICA PARA SU ESTUDIO NO DEBE SOSLAYARSE, BAJO EL ARGUMENTO DE APLICACIÓN DEL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN PRO HOMINE O PRO PERSONAE, POR EL HECHO DE QUE EN LA LITIS PRINCIPAL SE ADUZCA LA EXISTENCIA DE VIOLACIONES A DERECHOS HUMANOS.”** NRE 2003896. Publicada en junio de 2013.

SCJN²⁷⁰ a fin de justificar que dicho principio no exenta al juez de amparo federal de *“realizar un estudio ponderado de la apariencia del buen derecho con la posible afectación que pueda ocasionarse al interés social con la suspensión del acto reclamado, como se encuentra expresamente previsto en el artículo 107, fracción X, de la Ley Fundamental”*²⁷¹ (sic).

Así, puede decirse que el colegiado habría también convalidado el alcance del artículo 128 de la vigente Ley de Amparo²⁷², en atención a la *reserva de ley* que restringe darle al *pro homine* la facultad de constituir, *per se*, el fundamento hermenéutico con base al cual otorgar dicha medida cautelar. Extremo vedado, refiere el criterio bajo análisis, en vista de *“las razones jurídicas que dan origen a la técnica de estudio de la suspensión en el juicio de garantías, tienden precisamente a dar certidumbre a los gobernados en cuanto a la procedencia de la medida cautelar, a fin de respetar un sistema que, en su conjunto, tutela los diversos principios que acoge la Constitución Federal y que rigen la función jurisdiccional, como son los de legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso y acceso efectivo a la justicia”* (sic).

²⁷⁰ NRE 165659.

²⁷¹ **Artículo 107.** Las controversias de que habla el artículo 103 de esta Constitución, con excepción de aquellas en materia electoral, se sujetarán a los procedimientos que determine la ley reglamentaria, de acuerdo con las bases siguientes: (...)

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

Dicha suspensión deberá otorgarse respecto de las sentencias definitivas en materia penal al comunicarse la promoción del amparo, y en las materias civil, mercantil y administrativa, mediante garantía que dé el quejoso para responder de los daños y perjuicios que tal suspensión pudiere ocasionar al tercero interesado. La suspensión quedará sin efecto si éste último da contragarantía para asegurar la reposición de las cosas al estado que guardaban si se concediese el amparo y a pagar los daños y perjuicios consiguientes;

Fe de erratas a la fracción DOF 14-03-1951. Fracción reformada DOF 25-10-1967, 06-06-2011

²⁷² Artículo 128. Con excepción de los casos en que proceda de oficio, la suspensión se decretará, en todas las materias salvo las señaladas en el último párrafo de este artículo, siempre que concurren los requisitos siguientes:

I. Que la solicite el quejoso; y
 II. Que no se siga perjuicio al interés social ni se contravengan disposiciones de orden público. La suspensión se tramitará en incidente por separado y por duplicado.
 (ADICIONADO, D.O.F. 14 DE JULIO DE 2014)

Las normas generales, actos u omisiones del Instituto Federal de Telecomunicaciones y de la Comisión Federal de Competencia Económica, no serán objeto de suspensión. Solamente en los casos en que la Comisión Federal de Competencia Económica imponga multas o la desincorporación de activos, derechos, partes sociales o acciones, éstas se ejecutarán hasta que se resuelva el juicio de amparo que, en su caso, se promueva.

3.2.9 El *pro homine* y las “variantes que lo componen”

En este criterio aislado²⁷³, de nueva cuenta el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito evidencia lo propositivo que es en el conocimiento y aplicación de tal concepto jurídico, siendo que en esta oportunidad aporta una noción, desde la perspectiva doctrinal que refiere, de las que serían, a su juicio, las “variantes” y “sub-variantes” en que dicho principio puede diseccionarse, a fin de contrastarlo con lo desglosado en el capítulo inmediato anterior:

(...) desde el campo doctrinal se ha considerado que el referido principio "pro homine" tiene dos variantes: a) Directriz de preferencia interpretativa, por la cual se ha de buscar la interpretación que optimice más un derecho constitucional. Esta variante, a su vez, se compone de: a.1.) Principio favor libertatis, que postula la necesidad de entender al precepto normativo en el sentido más propicio a la libertad en juicio, e incluye una doble vertiente: i) las limitaciones que mediante ley se establezcan a los derechos humanos no deberán ser interpretadas extensivamente, sino de modo restrictivo; y, ii) debe interpretarse la norma de la manera que optimice su ejercicio; a.2.) Principio de protección a víctimas o principio favor debilis; referente a que en la interpretación de situaciones que comprometen derechos en conflicto, es menester considerar especialmente a la parte situada en inferioridad de condiciones, cuando las partes no se encuentran en un plano de igualdad; y, b) Directriz de preferencia de normas, la cual prevé que el Juez aplicará la norma más favorable a la persona, con independencia de la jerarquía formal de aquélla.

3.2.10 Las antinomias y su importancia en la actualización del *pro homine*

En el texto de su tesis de jurisprudencia “**PRINCIPIO PRO HOMINE O PRO PERSONA. SI EN UN CASO CONCRETO NO SE ACTUALIZA LA ANTINOMIA DE DOS NORMAS QUE TUTELAN DERECHOS HUMANOS PARA QUE EL JUZGADOR INTERPRETE CUÁL ES LA QUE RESULTA DE MAYOR BENEFICIO PARA LA PERSONA, AQUÉL NO ES EL IDÓNEO PARA RESOLVERLO.**”²⁷⁴, el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Penal del Segundo Circuito indica que el *pro persona*, concretamente como directriz de preferencia normativa, solo puede partir del supuesto del confronte o contradicción

²⁷³ Tesis: I.4o.A.20 K (10a.), de rubro “**PRINCIPIO PRO HOMINE. VARIANTES QUE LO COMPONEN**».. NRE 2005203. Publicada en diciembre de 2013.

²⁷⁴ Tesis: II.3o.P. J/3 (10a.). NRE 2005477. Publicada en febrero de 2014.

(“*antinomia*”) entre dos disposiciones jurídicas, específicamente tuitivas de derechos humanos y no así de los “*meramente procesales, adjetivos o instrumentales*”.

Razonamiento, el anterior, que cobraría entendimiento si se desarrolla *lato sensu* respecto de considerar que en las diversas “*antinomias*”, es decir, las que no se refieran, en lo específico, a derechos humanos, son las *reglas procesales* y no así los principios, como el *pro homine*, las que deben ser empleados para la resolución de aquellas. Conclusión respecto de la cual se abunda en el capítulo 4 de esta obra.

3.2.11 El *pro persona* como “*test de argumentación*”

En su criterio jurisprudencial XVII.1o.P.A. J/9 (10a.)²⁷⁵, el Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito hace alusión a la tesis aislada 1a. CCCXXVII/2014 (10a.) de la Primera Sala, de título y subtítulo “**PRINCIPIO PRO PERSONA. REQUISITOS MÍNIMOS PARA QUE SE ATIENDA EL FONDO DE LA SOLICITUD DE SU APLICACIÓN, O LA IMPUGNACIÓN DE SU OMISIÓN POR LA AUTORIDAD RESPONSABLE**”²⁷⁶, a fin de determinar, para los efectos del amparo federal, que para que el quejoso (actor en el proceso de amparo) o recurrente, “*se inconforme con su falta de atención o bien, solicite al órgano jurisdiccional llevar a cabo ese ejercicio interpretativo, y esta petición, para ser atendida de fondo, requiere del cumplimiento de una carga básica*” (sic). Carga procesal que el tribunal deduce como necesaria para atender el concepto de violación o agravio al efecto enderezado por el quejoso o recurrente, respectivamente; *excepto, se entiende, en los asuntos en donde se actualice la interpretación oficiosa del postulado pro persona*, según el criterio del juzgador.

Ergo, si bien el órgano jurisdiccional está, como ya se ha explicado, *constreñido constitucional y convencionalmente* a aplicar *ex officio* dicho principio, esto en modo alguno impide al justiciable el solicitarlo a aquel. Por ende, para que este último esté obligado a analizar tal pedimento a instancia de parte, esta primeramente, a su vez, debe acatar con el “*test de argumentación mínima exigida para la eficacia de los conceptos de violación o agravios es el siguiente: a) Pedir la aplicación del principio relativo o impugnar su falta por la*

²⁷⁵ De rubro “**PRINCIPIO PRO PERSONA COMO CRITERIO DE INTERPRETACIÓN DE DERECHOS HUMANOS. TEST DE ARGUMENTACIÓN MÍNIMA EXIGIDA POR EL JUEZ O TRIBUNAL DE AMPARO PARA LA EFICACIA DE LOS CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS.**” NRE 2010166. Publicada en octubre de 2015.

²⁷⁶ NRE 2007561.

autoridad responsable; b) señalar cuál es el derecho humano o fundamental cuya maximización se pretende; c) indicar la norma cuya aplicación debe preferirse o la interpretación que resulta más favorable hacia el derecho fundamental; y, d) precisar los motivos para preferirlos en lugar de otras normas o interpretaciones posibles” (sic).

4 Conclusiones

A la fecha en que es escrito este capítulo, han transcurrido diecisiete años desde que se publicó la primera tesis vinculada con el postulado *pro homine*. De lo observado en el sistema judicial mexicano en el devenir de esos años, se tiene que el Alto Tribunal va delimitando las dimensiones interpretativas del tal principio; extremo que, residualmente, da la oportunidad a los *infra* tribunales de *maximizar* el empleo del mismo.

De lo anterior, destaca cómo en su momento la Sala Superior del Tribunal Electoral del PJF tuvo un criterio más vanguardista que la Primera Sala de la SCJN, misma que obró en consecuencia y determinó darle primacía al de aquella por encima de su propio órgano integrante.

Gran importancia también amerita el hecho que el Máximo Tribunal redirija el *pro persona* a fin de que su directriz de preferencia de normas sea compatible, en la medida de lo posible, con la interpretación conforme a la CPEUM y a los tratados internacionales en materia de derechos humanos.

Extremo, el inmediato anterior, que se explica cuando se atiende que la SCJN ha sentado jurisprudencialmente que, como era lógico de esperarse, el principio *pro persona* no constriñe a sus aplicadores a resolver, necesariamente, a favor de las pretensiones de los gobernados. Razonamiento que la misma corte engarza con los límites procesales y, más aún, con las restricciones constitucionales, que tal postulado, como los demás de índole similar deben acatar. Se redundante en esto último cuando se hace hincapié en los criterios derivados de la ya citada contradicción de tesis 293/2011, que, al ser jurisprudencia y además del Pleno del Alto Tribunal, constituye un obstáculo normativo sólido e infranqueable respecto de la vigencia del principialismo *más favorable* a la persona.

Argumentaciones en la sede judicial que corroboran el alcance como principio, y no así como una regla y menos aún del tipo de *jus cogens*, que tiene el *pro persona* en la sede doméstica. Conclusión, esta última, que valida el análisis casuístico que previamente se hizo.

Capítulo

IV

El principio *pro persona* y su argumentación en el marco de la tutela jurisdiccional efectiva

1 Introducción

En los capítulos precedentes se han transcrito diversos argumentos jurisdiccionales y doctrinarios, tanto internacionales como de fuente nacional mexicana, en donde ha quedado plasmado que el *objeto* y *fin* del principio *pro homine* o *persona* tendría su fundamento en la protección *maximizada* o *extensiva* de los derechos humanos. En esto, se ha explicado que tal *maximización* consta de la vertiente *positiva*, en cuanto a su papel como directriz de la interpretación o elección de la norma que más beneficie a la persona; y la *negativa*, respecto a que mandata a interpretar las limitaciones a dichos derechos, no de forma extensiva, sino *restrictiva*.

Así mismo, se trazaron los basamentos en donde tal postulado se edifica, esto respecto desde su esencia teórica: el positivista o normativo y el argumentativo o principialista.

Ahora, queda por analizar la forma en que debe operativizarse el postulado de mérito; es decir, valorar cómo el mismo se debiera instrumentar en pos de lograr el acceso efectivo a la justicia, concretamente desde la óptica fundamental de la más importante veta argumentativa: la efectuada en la sede jurisdiccional. De ahí podemos afirmar que para complementar la teorización de los principios jurídicos, como el *pro homine*, se requiera del empleo ineludible de la *praxis* esencial de la argumentación jurídica.

Para lograr lo anterior, es debido comprender que en un sistema jurídico está conformado por diversos conceptos, tanto jurídicos como los no expresamente determinados como tales. Dentro de los primeros se hallarían las *normas jurídicas*, entre las cuales, para el presente apartado, conviene distinguir

entre dos de ellas: las relativas a los *principios* y las concernientes a las *reglas*. No sobra decir que, ni en la CPEUM ni en algún otro texto constitucional e incluso convencional se reconoce que tanto *principios* como *reglas* estén claramente definidos en cuanto a su contenido y alcance se refiere, aun respecto de su interrelación con los derechos humanos.

Así, con base en la doctrina, y en su caso por su asimilación en criterios jurisdiccionales, se tiene que los *principios (jurídicos)* serían, esencialmente, aquellos que compartan las características de “*fundamentalidad*”, “*generalidad*” y “*vaguedad*”.²⁷⁷

La definición más citada es la de Robert Alexy, al menos desde la doctrina, respecto a cómo habría que entenderse a los *principios* es cuando este concepto se contrapone con el de *reglas*, definiéndose también, en vía de consecuencia, al segundo concepto:

*Los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas existentes. Por lo tanto los principios son mandatos de optimización. En cambio, las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas o no. Si una regla es válida, entonces hay que hacer exactamente lo que ella exige. Por tanto, las reglas contienen determinaciones en el ámbito de lo posible, tanto en lo fáctico como en lo jurídico. La diferencia entre regla y principios no es de grado, sino cualitativa.*²⁷⁸

Importante acotación: Alexy, al aludir a que dicha optimización principialista debe realizarse dentro de la “*mayor medida posible, dentro de las posibilidades*

²⁷⁷Mismas que se definirían así: *La fundamentalidad de una norma significa que su modificación o sustitución tiene como efecto directo una transformación del resto del Ordenamiento jurídico o del sector del mismo en el que ésta se inserta. La generalidad de una norma, por su parte, alude a la amplitud del campo de su aplicación; es decir, indica que tanto el supuesto de hecho como la consecuencia jurídica están regulados en términos muy generales y abstractos. La vaguedad, en fin, si bien es confundida en ocasiones con la generalidad, tiene, no obstante un sentido distinto; así, se puede afirmar que una norma es vaga cuando, dado su amplio ámbito de indeterminación semántica, es difícil efectuar una identificación entre un caso y el supuesto de hecho previsto en la misma, por lo que aparecen o pueden aparecer casos límite o dudosos, que no están claramente excluidos ni incluidos en la norma.* Ruiz Ruiz, Ramón, “*La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho*”, Derecho y Realidad, Número 20, II semestre de 2012, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UTPC, España, p.147.

²⁷⁸ Alexy, Robert, “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1993, pp. 86 y 87.

jurídicas existentes”, daría razón a los que opinan que su pensamiento es, esencialmente, analítico-racional más que razonable, pues tal parte toral de su doctrina evidencia que está claramente consciente que aún la *ponderación* está sujeta a límites o restricciones; más de lo que ha solido y suele reconocerse en los hechos.

Carlos Bernal Pulido, por otra parte, critica la vertiente racional de la *ponderación* al grado de tildarla “*irracional*” debido, por ejemplo, a que llega al extremo de comparar principios que, por sus diferencias, devendrían imposibles de analizarse (compararse) los unos frente de los otros.²⁷⁹ Razonamiento que es afín al concepto de “*inconmensurabilidad*” sobre el que más adelante se comentará.

En el entendido de que se está tratando el tema de *principios y derechos* de fuente *supra-legal*, es decir, de fuente constitucional-convencional, es oportuno observar que, según Gustav Zagrebelsky, los *principios* se identificarían, preponderantemente, con “*las normas constitucionales sobre derechos y sobre la justicia*” (sic), siendo que, en contraparte, las *reglas* tendrían más similitud con las “*normas legislativas*” (sic)²⁸⁰.

Manuel Atienza Rodríguez dice que no todos los principios serían susceptibles de ser cumplidos en grados distintos, sino solamente los considerandos como *directrices o normas programáticas*.²⁸¹

Con las citadas particularidades entre *principios y reglas*, es dable comprender que los conflictos jurídicos (concretamente en cuanto a su interpretación y aplicación se refiere) no se pueden resolver de la misma manera. Muestra innegable de dicha aseveración se observa en que, atento lo asegurado por Alexy, las *reglas* no pueden ser interpretadas las una de las otras, esto con el

²⁷⁹ Bernal Pulido, Carlos, “*Los Derechos Fundamentales y la Teoría de Principios. ¿Es la teoría de principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?*”, Universidad Externado de Colombia, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007) ISSN: 0214-8676 pp. 273-291.

²⁸⁰ Zagrebelsky, Gustav, “*El Derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*”. M. Gascón (trad.), editorial Trotta, España, 1995, p. 109.

²⁸¹ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “*Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*”, cuarta edición, editorial Ariel, España, 2005, p. 26.

afán de salvaguardar, objetiva y continuamente, la existencia mutua de las mismas. Extremo que sí acontece respecto de los *principios*, con base a los siguientes requisitos que más adelante se relatarán.

Neil MacCormick nos diría que cuando una regla no alcance a develar su significado completo en el caso concreto, los principios colmarían esa laguna interpretativa. ¿*In dubio reglas, pro principios*? Si bien este pensamiento echa para abajo la seguridad y certeza jurídica, concretamente en lo clara e indudablemente externo que se varios doctrinarios estimarían como colmada la esencia de las reglas, no por eso desactiva sino al contrario refuerza el deber de argumentar jurídicamente como el asunto lo amerite. Aquí Manuel Atienza nos diría que debemos atender a las funciones “*explicativa*” y “*valorativa*” de los principios: la primera atinente a que ayudan a desentrañar el sentido de la norma, mientras que la segunda, consecuente con la figura de la “*subsunción*” sobre el que más adelante se abundará, refiere, concretamente en el plano axiológico, que si la norma puede *subsumirse* (encuadrarse) en un principio jurídico, entonces será considerada como “*valiosa*”.²⁸² Por otro lado, el pensador escocés parece refrendar o rescatar la fortaleza de las reglas al decir que esta cualidad les dota de más generalidad y por ende de obligatoriedad que por lo que hace al empleo de los principios. Razonamientos de MacCormick que nos van dando la idea de su empleo de la lógica y con esta de la elaboración de su teoría de la argumentación jurídica en el contexto jurídico aplicable, lo que la catalogaría como “*integradora*”, esto es, como aglutinadora de diversos métodos de interpretación.

Para determinar cuál o cuáles derechos humanos deben prevalecer (y en qué grado, medida o intensidad) respecto de los de otra persona (tercero) y/o bien frente a la sociedad o Estado, ambos extremos afines a los *límites* o *restricciones* del principio *pro homine*, es que se entienda que, como criterios intrínsecos a este último, o en su caso como principios (o *vertientes* o *sub-principios* de aquel), no puedan considerarse a *principios jurídicos*, referenciados incluso como *principios generales del derecho*, tales como el “*criterio jerárquico (lex superior derogat legi*

²⁸² Atienza, Manuel, “*Las razones del derecho*”, Teoría de la argumentación jurídica, *op. cit.*, p. 120.

inferiori)²⁸³; el “criterio cronológico” (*lex posterior derogat legi priori*)²⁸⁴ y el “de especialidad” (*lex specialis derogat legi generali*)²⁸⁵. Esto por cuanto los mismos estarían más identificados con las *reglas* que con los *principios*, tal cual se entendería en atención a que, al mandar la *derogación* del postulado opuesto, en automático excluyen cualquier ejercicio hermenéutico a cargo del intérprete jurídico, incluido en esto el atinente a la *ponderación* en la sede jurisdiccional.

Luego, se tendría que el *pro persona*, al resultar un *postulado o mandato general de favorabilidad*, dicha esencia importaría que no pueda, simple y mecánicamente, servir como *fórmula o respuesta única* para solucionar la colisión entre principios, derechos humanos y/o fundamentales y/o intereses constitucionales y/o de orden público o interés social. Por ende, como diría Medellín Urquiaga, “afirmar la favorabilidad de los derechos de una persona sin ninguna otra consideración resultaría en un detrimento –probablemente desproporcionado, arbitrario o discriminatorio– de los derechos de un tercero. Por lo tanto, de conformidad con nuestra doctrina constitucional, la ponderación es el ejercicio normativo aplicable en este escenario” (sic).²⁸⁶ No obstante, se disiente de la última conclusión (la relativa a la aplicabilidad obligatoria de la ponderación), tal cual se desarrollará en las líneas subsecuentes.

En sintonía con la última parte del párrafo inmediato anterior, es que se comentará acerca de lo que, en realidad, se observa respecto de la aplicación de la *poderación Alexyana*; esto es, el confronte del ideal teórico con el “*realismo jurídico*” que volvería aquella un “*soft balancing*”, pues como lo señalan doctrinarios como Juan Antonio García Amado, la técnica hermenéutica de la ponderación, con la rigidez, más de fórmula matemática que de razonamiento jurídico y *extra-jurídico* que propugna Robert Alexy, suele ser, a lo sumo, sólo invocada mas no efectivamente desarrollada como la base argumentativa que

²⁸³ Traducido al castellano: “*La ley superior deroga la inferior*”.

²⁸⁴ “*La ley posterior deroga la anterior*”.

²⁸⁵ “*La ley especial deroga la general*”. Según lo refiere la tesis aislada I.4o.C.220 C de rubro “**ANTINOMIAS O CONFLICTOS DE LEYES. CRITERIOS DE SOLUCIÓN**”, NRE 165344, del índice del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito. Criterio que, en esencia, comparte lo aludido por Guastini, *op.cit.*, 71 y ss.

²⁸⁶ *Op. cit.*, p. 80.

resuelva, sea la interpretación de un concepto como el fondo de un asunto jurídico.

2 La ponderación: sus orígenes internacional y nacional

Tal ejercicio ponderativo, también llamado *técnica normativa*, puede considerarse derivado en sus inicios de la sentencia emitida en el Caso “*Lüth*” por el Tribunal Constitucional Federal alemán (15 de enero de 1958).²⁸⁷ Entre los razonamientos que se extraen de tal caso estaría el que de una colisión de *principios sólo puede resolverse por ponderación*: “*por tanto, una ponderación de bienes será necesaria*” (sic).²⁸⁸

Mención aparte que fijaría un límite o restricción respecto de la forma de abordar a los derechos humanos (fundamentales, para estar más *ad hoc* con el lenguaje de dicho tribunal germánico), es el hecho consistente en que en *Lüth* se habría determinado que tales derechos son, esencialmente, “*derechos de defensa del ciudadano frente al Estado*”; es decir, sentaría que la *tutela horizontal o civil* de los derechos es derivada y mediata, por ende, no con la misma fuerza que exigiría el inmediato y directo reclamo prestacional hacia las autoridades públicas. De ahí el deber de atender a las determinaciones positivas, especiales y casuísticas en las relaciones entre particulares.²⁸⁹

Se asume que fue la Corte Europea de Derechos humanos (también referenciada como TEDH), quien a la ponderación denominó como “*balancing test*”;²⁹⁰ vocablo, que en lo general, se ha conocido a nivel internacional como “*balancing*”.

²⁸⁷ Como refiere Carpio Marcos, *op cit.*, p.483.

²⁸⁸ BVerfGE 7, 198 (210). Citado por Alexy, Robert, “*Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad (Grundrechte, Abwägung und Rationalität)*”, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 11, enero-junio 2009, p. 3. Consultado en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>. Fecha de acceso: 26 de junio de 2019.

²⁸⁹ Al respecto, véase Cortés Araujo, Gabriela E, “*La tutela horizontal de los derechos fundamentales en el constitucionalismo mexicano*”, en: “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte*”, *aplicaciones y desarrollos recientes*, *op cit.*, pp.9-10.

²⁹⁰ Medellín Urquiaga, *op. cit.* p. 73.

Una de las primeras aproximaciones a la ponderación se dio en la sede del Alto Tribunal mexicano, concretamente en el voto particular emitido por el hoy ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz dentro del amparo directo 28/2010²⁹¹:

La esencia de la ponderación, como se sabe, consiste en determinar cuál de los principios en colisión triunfa sobre el otro y por lo tanto determina la solución para el caso concreto. La clave del triunfo, debe precisarse, radica en el determinar cuál es el peso de los principios en el caso y las circunstancias concretas. Por ello, la ponderación se entiende sencillamente como la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso.

Opinión de Cossío Díaz que converge con esta efectuada en su momento por Carlos Bernal Pulido:

La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso [...] Existe una colisión entre principios, cuando 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.²⁹²

En el ámbito latinoamericano, la Corte IDH emitió la siguiente determinación, misma que reviste una doble importancia: primero, porque *expresamente* señala los requisitos o condiciones para considerar convencionales las “restricciones” (es decir, ya no aludió al concepto “limitaciones”, sino que invocó aquel mismo vocablo tan citado respecto del Alto Tribunal mexicano) a *determinados derechos y libertades*; extremo que de suyo convalidaría lo resuelto por el Pleno de la SCJN en su contradicción de tesis 293/2011; y segundo, porque implícitamente define los cauces respecto de los cuales debe efectuarse la ponderación:

²⁹¹ Del índice de la Primera Sala. Fallado el 23 de noviembre de 2011.

²⁹² Citado por González Meyenberg, Enrique Claudio, “La proporcionalidad y la ponderación en las decisiones judiciales de casos difíciles: un modelo de protección al principio de seguridad jurídica”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número 45, México, 2018, p. 313.

- a. Que se trate de una restricción expresamente autorizada por la Convención y en las condiciones particulares en que la misma ha sido permitida;
- b. Que los fines para los cuales se establece la restricción sean legítimos, es decir, que obedezcan a "razones de interés general" y no se aparten del "propósito para el cual han sido establecidas". Este criterio teleológico, cuyo análisis no ha sido requerido en la presente consulta, establece un control por desviación de poder; y
- c. Que tales restricciones estén dispuestas por las leyes y se apliquen de conformidad con ellas.²⁹³

Destaca cómo los puntos a y c realzan cómo, a través de la faceta propia de la corriente argumentativa o principialista, se reconoce la vertiente normativa o positivista; siendo que al mismo tiempo se evoca, tácitamente, al debate entre García Figueroa y Atienza Rodríguez aludido en el capítulo 3 de esta investigación.

En esa misma tónica, la Segunda Sala de la SCJN atiende a las *restricciones constitucionales* para configurar lo que sería la *regla* o *parámetro constitucional* respecto del cual vedar el *ejercicio ponderativo* y, no solo eso, justificar que las mismas están al mismo tiempo convalidadas en los artículos 30 y 32.2 de la CADH²⁹⁴, tal como se explica en su tesis aislada de rubro: **"RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. ADICIONALMENTE A QUE SE TRATEN DE UNA MANIFESTACIÓN EXPRESA DEL CONSTITUYENTE MEXICANO QUE IMPIDE SU ULTERIOR PONDERACIÓN CON OTROS INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, TAMBIÉN SE ENCUENTRAN JUSTIFICADAS EN EL TEXTO DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS"**.²⁹⁵

De nuevo, queda de manifiesto cómo se fortalece la ruta interpretativa normativista

²⁹³ Opinión Consultiva OC-6/86 de la expresión "Leyes" en el artículo 30 de la CADH. 9 de mayo de 1986.

²⁹⁴ Artículo 30. Alcance de las Restricciones
Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos
1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática

²⁹⁵ Tesis: 2a. CXXVIII/2015 (10a.). NRE 2010428.

previo reconocimiento hecho por el Tribunal Constitucional mexicano y su correspondiente *diálogo jurisprudencial-dialéctico* con la dicha corte interamericana.

Cabe agregar que la Corte Suprema de los Estados Unidos de América (SCOTUS) tendría una lectura similar a la idea de dichas restricciones, pues consideraría que el *balancing* propendería, no hacia avalar la lectura pro libertades a que alude su constitución y sus enmiendas, sino a tener un pensamiento más bien restrictivo acerca de cómo debe entenderse tal norma suprema, evitando así la protección o “*sobreprotección libertaria*”²⁹⁶; extremo que, por el contrario, sería (acaso diametralmente) distinto cuando se hace hincapié en un método argumentativo principialista, como el *test de proporcionalidad* o la *ponderación*.

3 La interpretación y la ponderación

La ponderación, *grosso modo*, podría ser entendida como el criterio o ejercicio hermenéutico o de argumentación que, respecto de los derechos humanos, como en su caso de los denominados *fundamentales* o *constitucionales*, en donde también podríamos incluir al orden público y el interés social, determina cuál de estos valores y en qué medida respecto de los demás habrá de prevalecer, sea como interpretación o como norma jurídica. Se acepta: esta conceptualización no es propia o “*pura*” respecto de la que se le suele atribuir a Alexy y demás partidarios de su teoría. No obstante, se presenta así en aras de sentar cómo, al menos en el sistema judicial mexicano, se considera que se va construyendo dicho *balancing*.

En un sentido conexo, Luis Prieto Sanchís nos dice que la “*ponderación estimula una interpretación de continuidad y efectos recíprocos entre las normas constitucionales, contraria a relaciones de independencia o jerarquía.*”²⁹⁷ Situación

²⁹⁶ Cohen-Eliya, Moshe y Porat, Iddo, “*American Balancing and German Proportionality: The historical origins*”, *International Journal Constitutional Law*, Vol. 8, núm. 2, 2010, p. 266.

²⁹⁷ Prieto Sanchís, Luis, “*Justicia Constitucional y Derechos*”, editorial Trotta, España, 2003, pp. 191 y ss. Citado por Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, “*Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales, teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana*”, Porrúa-Escuela Libre de Derecho-Universidad Complutense, primera edición, México, 2011, p. 92.

que explica, por ejemplo, que entre *principios* no pueda uno “*jerarquizarse*” (derogar) respecto de otro u otros, es decir, aplicarse *siempre e indistintamente* uno (“x”) sobre otro (“y”), como sí pasa cuando el confronto se da entre *reglas*, en donde, siguiendo el mismo parámetro ejemplificativo, “x” *siempre derogaría o nulificaría a “y”*.

Atento a lo antes referido, salta a la vista esta discusión doctrinal: ¿cuál es la relación entre la *interpretación* y la *ponderación* respecto de los principios, normas o derechos de rango constitucional-convencional?

De manera sintética, puede definirse que, en este contexto, la *interpretación* resultaría ser la actividad, preponderantemente jurisdiccional, a través de la cual se atribuye un significado concreto a alguna disposición normativa. Por ejemplo: el tribunal constitucional de un país determina la etapa biológica donde se considera nacida a una persona humana para todos los efectos legales conducentes. En esto es claro que el órgano jurisdiccional tuvo que hacer un ejercicio (previo) de *interpretación* para arribar a una respuesta concreta (y única) desde la perspectiva jurídica.

Entonces, confrontándose con la *interpretación stricto sensu*, ¿qué resultaría ser la ponderación o *balancing*? A diferencia de aquella, la ponderación o *balancing* “no pretende fijar el único significado atribuible a una disposición, sino individualizar el punto de equilibrio entre las posiciones de intereses en juego en el caso específico, lo que presupone, desde luego, una precedente actividad interpretativa de reconstrucción y calificación de los intereses por conciliar)”.²⁹⁸

Siguiendo la idea de Carpio Marcos aplicada al ejemplo en cita, tendríamos que la *interpretación* recaería, desde la normativa constitucional mexicana, *ampliada convencionalmente*, en la CPEUM (concretamente sus artículos 1º, 4º, 14, 22, 123 y 133), así como en la Convención sobre los Derechos del Niño, el PIDCP²⁹⁹ y la CADH.³⁰⁰ En dicha labor hermenéutica el intérprete constitucional,

²⁹⁸ Bin, Roberto, “*Diritti e argomenti. Il bilanciamento degli interessi nella giurisprudenza costituzionale*”, Giuffré editore, Milano, 1992, p. 60. Citado por Carpio, Marcos, *op. cit.*, p. 506.

²⁹⁹ Disposiciones, las anteriores, aludidas en las jurisprudencias del Pleno de la SCJN P./J. 14/2002. NRE 187817 y P./J. 13/2002. NRE 187816.

antes de emitir una “*interpretación definitiva*” en aras de proceder jurisprudencialmente debe, en su fuero interno, emitir una “*interpretación previa*” a la que, después, contrastará (mediante el *balancing*) respecto de los intereses o bienes constitucionales que pudieran resultar afectados con tal previa exégesis (en el caso, piénsese los derechos humanos de la mujer, como *a decidir libremente sobre su propio cuerpo y sobre el número de hijos que quiera tener*; así como el interés público [para sintetizar en un concepto las nociones de orden público e interés social] que resulta *la protección a la vida de los seres humanos*). Así, al final, el tribunal decidirá (entiéndase como “*interpretación definitiva*” o como “*producto del balancing*”), siguiendo el mismo caso de laboratorio, cuál es la etapa biológica donde se considera nacida a una persona humana para todos los efectos legales, desde la perspectiva armónica (“*balanceada*”) de los derechos humanos de las partes involucradas y de la sociedad a la que pertenecen.

La interacción entre la *interpretación* y el *balancing* la refiere así Carpio Marcos:

En un caso de colisión entre derechos fundamentales, habitualmente se parte por identificar los bienes o intereses en conflicto (balancing actividad), se realiza la interpretación de las disposiciones que los reconocen (interpretación), se advierte las circunstancias del caso y, luego, se procede a realizar el balanceamiento de los intereses a fin de brindar una solución al caso (balancing producto).³⁰¹

4 La ponderación frente a la jerarquía de las normas de *jus cogens*

En el entendido que, con independencia de que se ejerza formalmente *control de constitucionalidad* o *convencionalidad* (de *regularidad de constitucionalidad*) alguno, el principio *pro homine* puede perfectamente, dadas

³⁰⁰ Sobre dicho tema, consúltese el Caso “*Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) VS. Costa Rica*” (*Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas*). Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

³⁰¹ Según Gino Scaccia [“*11 bilanciamento degli interessi come tecnica di controllo Costituzionale*”, en: “*Giurisprudenza Costituzionale*”, Fase. 6, 1998, pp. 3966-3967], la primera manifestación del *balancing* es, en rigor, una actividad interpretativa y no una ponderación. Ídem, “*Gli strumenti del/a ragionevolezza nel giudizio costituzionale*”, *op. cit.*, p. 309 y SS. *Ídem*. El subrayado es propio.

sus directrices muchas veces aludidas, servir como “*criterio de solución de antinomias, incluso cuando éstas se presentan entre normas constitucionales e internacionales de derechos humanos*” (sic)³⁰², pues si por “*antinomia*” entendemos, *lato sensu*, la colisión o confronte de normas (incluidas las disposiciones legales y la jurisprudencia) pertenecientes a un mismo sistema jurídico que resulten “*incompatibles entre sí a cierto supuesto fáctico, y esto impide su aplicación simultánea*”³⁰³, es dable que, por ejemplo, en la conceptualización entre lo dispuesto por una ley o jurisprudencia nacional que bien pueda optarse por lo que, sobre el mismo tema, sostenga un tratado o resolución emitida por un tribunal internacional y viceversa.

Es precisamente que bajo el concepto de *reglas* y no de *principios* que cabría entender a las normas de *jus cogens*, como las antes comentadas en esta investigación. Determinación, la anterior, que es consustancial a la *jerarquía imperativa* que el derecho internacional general le asignaría a dichas normas, mismas a las que, si bien *equivocamente* (por el empleo del vocablo “*principios*” en su definición) convalidaría el Informe del Grupo de Estudio de la Comisión de Derecho Internacional de la ONU, quien a tales normas las aludió como “*fundamentales o con expresiones como consideraciones elementales de humanidad o principios inquebrantables del derecho internacional*” (sic)³⁰⁴.

Al maximizar el acceso a la ponderación, es que cabría considerar que también pueden ser objeto de esta última, no solo los *principios jurídicos* en estricto sentido (dígase *constitucionales-convencionales*, tales como la *presunción de inocencia* [en ciertos y precisos casos, atendiendo a su carácter, al menos parcial, de *regla de jus cogens*]; el *interés superior del niño*; de *igualdad y no discriminación*, etc.), si no también *derechos humanos*, más aún del tipo

³⁰² Como dice Medillín Urquiaga, *op.cit.*, p. 80.

³⁰³ Según refiere la tesis aislada I.4o.C.220 C, NRE 165344, ya citada.

³⁰⁴ A/CN. 4/L. 702, “*Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional. Informe del grupo de estudio de la Comisión de Derecho Internacional*”, 18 de julio de 2006, Naciones Unidas, Asamblea general, 58 período de sesiones, 21. Disponible en: <http://untreaty.un.org/ilc/sessions/58/58docs.htm>. Citado por Martín-López, Miguel Ángel, “*Comentarios sobre la colisión de normas y principios del mismo nivel jerárquico en el derecho internacional*, 18 *International Law*”, *Revista Colombiana de Derecho Internacional*, 2011, p. 218.

fundamental, como el derecho a la vida; a la libertad personal; a la salud; al medio ambiente sano, etc.

Respecto de la igualdad, Atienza Rodríguez, contrario a lo que él diría respecto de las *normas programáticas*, aquella (la igualdad) no sería de este tipo y, en sintonía a lo dicho anteriormente, revestiría la esencia de las reglas, pues no podría *ponderarse* o *gradarse* en su colisión con un (diverso) principio, sino que se exigiría su cumplimiento total e incondicionado.³⁰⁵ Tal cual se diría, comúnmente, sobre las reglas.

Retomando la convergencia entre los *principios* (o derechos fundamentales) y su *ponderación*, se estima descartada la *convalidación jerárquica* en comento, puesto que “*la ponderación se requiere porque no existen jerarquías internas en la Constitución, los distintos principios que recoge carecen de un peso autónomo y diferenciado, sólo poseen una vocación de máxima realización que sea compatible con la máxima realización de los demás. Es característica primordial del juicio de ponderación evitar una respuesta válida para todo supuesto de conflicto*” (sic).³⁰⁶

Luego, se tendría que la ponderación no puede ser predicada respecto de las normas de *jus cogens* (catálogo, se recuerda, al que no pertenecería el *pro homine*). He así que se estime, esencialmente, correcta su concordancia respecto de las reglas y, por consiguiente, con la figura de la *subsunción*.

En el “*Caso del uso lúdico y recreativo de la Marihuana*”, sobre el que más adelante se abundará, Juan Antonio García Amado estaría a favor de respetar la no ponderación acerca de reglas del tipo *jus cogens*, siendo que para ello recomienda no utilizar el principialismo y su instrumentalización por medio de la *ponderación*, sino de lo que él menciona como “*otros parámetros normativos y constitucionales, en particular, la llamada concepción del núcleo esencial de los derechos*”.³⁰⁷

³⁰⁵ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, “*Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*”, *op. cit.*, pp. 31-33.

³⁰⁶ Villaseñor Goyzueta, *ídem*.

³⁰⁷ García Amado, Juan Antonio, “*Consumo lúdico de la marihuana y libre desarrollo de la personalidad. Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera Sala), amparo en revisión 237/2014*”, en: “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte, aplicaciones y desarrollos recientes*, *op. cit.*, p. 90.

Ahora bien, es imperante atender que, antes de ejercitar la *subsunción*, es preciso cuestionar la aplicabilidad de la ponderación (y en su caso a otro método de argumentación constitucional y/o de derechos humanos). En esto, es insoslayable atender a la siguiente jurisprudencia de la Segunda Sala para comprender cómo el Alto Tribunal acepta que, *incluso frente a las restricciones constitucionales*, debe su intérprete pronunciarse sobre las mismas de “*la forma más favorable* (hacia el justiciable), *como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados* (de la CPEUM)”:

RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES AL GOCE Y EJERCICIO DE LOS DERECHOS Y LIBERTADES. SU CONTENIDO NO IMPIDE QUE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN LAS INTERPRETE DE LA MANERA MÁS FAVORABLE A LAS PERSONAS, EN TÉRMINOS DE LOS PROPIOS POSTULADOS CONSTITUCIONALES. Conforme a lo resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la **contradicción de tesis 293/2011**, las restricciones constitucionales al goce y ejercicio de los derechos y libertades prevalecen sobre la norma convencional, sin dar lugar a emprender algún juicio de ponderación posterior; sin embargo, nada impide que el intérprete constitucional, principalmente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al hacer prevalecer una restricción o limitación constitucional, también practique un examen de interpretación más favorable en la propia disposición suprema, delimitando sus alcances de forma interrelacionada con el resto de las disposiciones del mismo texto constitucional. En efecto, no porque el texto de la **Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos** deba prevalecer, su aplicación ha de realizarse de manera indiscriminada, lejos de ello, el compromiso derivado de lo resuelto en la aludida contradicción de tesis privilegia un ejercicio hermenéutico que lleve al operador jurídico competente a que, sin vaciar de contenido la disposición restrictiva, ésta sea leída de la forma más favorable posible, como producto de una interpretación sistemática de todos sus postulados.³⁰⁸

Criterio, el inmediato anterior, que nos presenta una cuestión distinta a lo antes comentado: la defensa de la vertiente principialista (expresamente referida al *pro persona*) frente a la diversa normativa que se predicó respecto a las *restricciones constitucionales*. De nuevo, se ejemplariza el diálogo dialéctico o *bi-direccional*, en este caso *in situ* el Máximo Tribunal de nuestro país.

³⁰⁸ 2a./J. 163/2017 (10a.). NRE 2015828.

5 La crítica de Cossío Díaz a la “regla universal de interpretación”

Retomando lo plasmado en el engrose de la contradicción de tesis 293/2011, concretamente el voto particular del ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz, tenemos que este jurista criticó fuertemente la posición mayoritaria de sus pares respecto a la multicitada primacía de la fuente constitucional y con ella su jerarquización sobre las normas convencionales. Esto, agregó, constituye “*una regla universal de interpretación*” (sic). Esto viene a refrendar lo varias veces comentado en esta investigación respecto al límite o restricción normativa-positivista constitucional que contrarrestaría la *maximización* del *pro persona*, como también diría el letrado.

Sobre el tema específico de la convergencia entre la interpretación y la ponderación, Cossío Díaz desmentiría a la posición mayoritaria de los ministros al señalar que, para que tal ejercicio hermenéutico pudiera darse, aún en el tema de los derechos humanos, debería darse la horizontalidad o como aquel refirió, “*la plena igualdad entre los derechos humanos de fuente constitucional y de fuente convencional*” (sic); extremo que, atenta la jurisprudencia resultante, no es así. De ahí es que sobre lógica que, antes de que el operador jurídico tienda a interpretar el sentido de la norma, deberá primero hallar la o las restricciones constitucionales que sirvan, a la vez, como el límite o techo respecto del cual, entonces sí, desentrañar el sentido y alcance del derecho humano o fundamental respectivo.

Por lo anterior, Cossío Díaz también critica la desvalorización de la propia vertiente constitucionalista del *pro homine*, pues en vez de privilegiarse, siempre, la interpretación que solucione el problema o conflicto jurídico en pos de lo que sea *más favorable* al justiciable, se integró la directriz o regla hermenéutica de carácter general “*para decidir siempre en favor de la norma constitucional frente a la convencional*” (sic). Luego, diría don José Ramón, no es correcto hablar de que la ponderación pueda efectuarse, tal cual, como la técnica o método para decidir cuál norma, independiente de su fuente, deberá aplicarse. Y enfatiza: con severidad dice que la resolución mayoritaria “*significa una regresión grave respecto a lo que habíamos votado en otros asuntos en los que, precisamente,*

*existían soluciones diversas entre las normas convencionales y constitucionales en materia de derechos humanos” (sic).*³⁰⁹ Así, sentencia, tal criterio mayoritario constituiría una violación al principio de progresividad establecido en el párrafo tercero de la CPEUM.

No conforme con lo antes dicho, Cossío Díaz llega incluso a señalar que los intérpretes originales de la CPEUM (los legisladores) en modo alguno tuvieron, al menos expresamente, el objetivo de contener, limitar y/o restringir la expansión del postulado objeto de esta tesis. Aquí el colofón del presente apartado:

Lo verdaderamente grave del criterio adoptado por la Corte, y de ahí mi disenso, es que impedirá llevar a cabo un libre juego de apreciación o balance entre los derechos humanos de fuente constitucional y los de fuente convencional y, con ello, afectará el entendimiento cabal del principio pro persona. La razón final del peso otorgado a las normas constitucionales es su jerarquía, asunto éste que no fue introducido por el Constituyente en la reforma de junio de dos mil once.

6 La subsunción

Antes de adentrarnos en las bases o directrices de la ponderación, cabe precisar que esta técnica hermenéutica o normativa, al ser propia del *balancing* de principios o intereses constitucionales se distancia, como ya se ha explicado, del ejercicio de confronte entre *reglas*; mismas que, en consecuencia, no les es propia la ponderación, sino la *subsunción*.

Como idea genérica respecto de la *subsunción*, tenemos que goza de la esencia del *método de investigación deductivo*, pues parte de una idea general (*regla*) respecto de la cual son analizados diversos actos, disposiciones o normas. De ahí que a dicha figura jurídica se le correlacione, lisa y llanamente, como la operación de “*encuadrar*” un supuesto fáctico-jurídico en lo previamente

³⁰⁹ Abunda al señalar lo consiguiente: *Ello es así porque en al menos dos casos, la Suprema Corte había considerado a los derechos de una u otra fuente en condiciones de perfecta igualdad y se había extraído, de entre todos ellos, los que mejor protegieran a la persona: uno de ellos, relativo al lugar de compurgación de las penas cerca del domicilio familiar; el otro, relacionado con los límites y modalidades del trabajo forzado.*(Fuentes aludidas: amparo en revisión 358/2011 y la acción de inconstitucionalidad 155/2007).

preceptuado en una norma general. Una operación lógica-deductiva, básica, afín (o ¿muy afín?) al *silogismo jurídico*.

Tal operación argumentativa se aprecia desprovista de complejidad alguna; razón por la cual se considere que es propia de la solución de los denominados “*casos fáciles*”. En contraste los “*casos difíciles*” serían

*(...) los que sí presentan dudas en cualquiera de sus premisas, ya sea por la ambigüedad, la contradicción, o por ausencia de normas, en cuyos casos la debida motivación de la decisión requiere algo más que un razonamiento deductivo de lógica Aristotélica. Sobre este algo más, existen diversas opiniones que son explicadas según la concepción que se tenga acerca del derecho.*³¹⁰

Respecto de la figura aristotélica del *silogismo jurídico*, se considera que el ejemplo por excelencia sería el *DARII*, compuesto de la premisa mayor (en este caso la *regla*), premisa menor (el hecho o norma *infra-valorada*) y conclusión (la primacía en los hechos del espíritu de la *regla*). Todos estos elementos silogísticos contruidos con base en enunciados afirmativos.

Señalamientos, los anteriores, que se toman bajo la idea de que las *reglas* se basan en un *mandato condicionado*: si se actualizan los supuestos fácticos que las conforman, se aplican; si no, no. Ante esta lógica deductiva, es que se estaría ante la *regla de la subsunción* consistente en la *justicia formal* que establece que, ante los mismos casos se debe emplearse la misma respuesta; claro, en el tema específico de la *subsunción* y su correspondencia con el silogismo, se requeriría de su *checklist*, es decir, de la constatación del acatamiento formal de dicha figura deductiva.

En este entendimiento, la *subsunción* servirá como la técnica o criterio interpretativo adecuado para determinar si los hechos retratados caben (se *subsumen*) o no en la *regla*. Si sí se *subsumen* es porque la misma se actualiza. Luego, debe procederse a fin de darle plenos efectos jurídicos.

Ahora, Aulis Aarnio nos refiere que lejos de tener como simple tal ejercicio silogístico, habría de repararse en que la complejidad de los casos bajo análisis

³¹⁰ González Meyenberg, Enrique Claudio, *op. cit.*, p. 303.

podría (debería, se entendería) necesitar del apoyo de otros silogismos a manera de reforzar la o las premisas del primeramente desglosado para resolver el problema. Esto sería lo que aquel denominaría la “*justificación externa*”. Tales directrices argumentativas paralelas de reforzamiento serían las que Aarnio denominaría “*reglas de consistencia; de eficiencia; de sinceridad; de generalización; de apoyo* (y que se constituye como la esencia de que toda proposición o premisa debe ser justificada) y *de la carga de la prueba*”.³¹¹

Como es sabido, en los sistemas jurídicos, como el mexicano, no todo puede construirse, ni resolverse solo atendiendo a *reglas* o solo a *principios*; de ahí que es insoslayable atender los casos en que unas y otros habrán de desarrollarse. Por lo que puede decirse que

(...) *ponderación y subsunción no parecen como operaciones incompatibles, sino más bien propias de contextos de justificación diversos (nota omitida) de manera que la ponderación no elimina la subsunción, sino que constituye el razonamiento que hace posible la construcción de la regla que funciona como premisa mayor del razonamiento jurídico.*³¹²

Un apunte interesante es el que aporta Bernal Pulido cuando alude que la “*doctrina del precedente*”³¹³ tiene una preponderancia, al menos fáctica como fuente del derecho comenta quien escribe, gracias a que sus rasgos bien pueden ser tenidos como propios de la *regla jurídica*.³¹⁴ Si a esto, entonces, se le suma la obligatoriedad ya explicada, en cuanto a su acatamiento por lo menos a lo que hace al precedente derivado de la competencia jurisdiccional del PJJ, es que dicho precedente (jurisprudencia) deber ser siempre aplicado en cuanto se colmen los presupuestos propios de la *subsunción*; mismos en donde, inexorablemente, la *regla*, como premisa mayor, será el *precedente jurisprudencial*.

Tal conclusión la comparte el texto final de la siguiente jurisprudencia de la Segunda Sala:

³¹¹ Aarnio, Aulis, “*Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*”, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991, pp. 254-261.

³¹² *Ibidem*, p. 13.

³¹³ Figura jurídica, la del *precedente* de origen anglosajón, que en México se *incorporó* bajo el mucho más conocido concepto de *jurisprudencia*.

³¹⁴ Bernal Pulido, Carlos, “*El precedente y la ponderación*”, en “*La Constitución como objeto de interpretación*”, Serie Interpretación Constitucional Aplicada, No. 1, SCJN-Centros de Estudios Constitucionales SCJN, Martínez Verástegui, Alejandra, coordinadora, primera edición, México, 2016, p. 110.

*(...) Tal conclusión atiende a un principio de certeza y seguridad jurídica en tanto reconoce que es hasta la publicación de la jurisprudencia en dicho medio, cuando se tiene un grado de certeza aceptable respecto a su existencia. Lo anterior, sin menoscabo de que las partes puedan invocarla tomando en cuenta lo previsto en la parte final del artículo 221 de la Ley de Amparo, hipótesis ante la cual el tribunal de amparo deberá verificar su existencia y a partir de ello, bajo los principios de buena fe y confianza legítima, ponderar su aplicación, caso por caso, atendiendo a las características particulares del asunto y tomando en cuenta que la fuerza normativa de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación proviene de la autoridad otorgada por el Constituyente al máximo y último intérprete de la Constitución.*³¹⁵

Así mismo, no se menosprecia lo dicho por el propio Bernal Pulido y diversos autores respecto a la viabilidad de “*inaplicar*” el precedente o jurisprudencia en aras de efectuar la consiguiente *ponderación de principios*. Lo que se reitera, con base a lo antes explicado, es que el sistema jurídico mexicano, desde la óptica de la SCJN, se establece una *estricta y expresa obligación* respecto de las autoridades jurisdiccionales (mismas que, como ya se ha dicho, son las únicas que pueden ejercer el control de regularidad constitucional, al menos sin duda alguna en contra) de obedecer tal criterio, *siempre y cuando* resulte aplicable, en sus términos, al asunto en conflicto.³¹⁶ Labor en donde habrá de prestarse debido cuidado a observar a detalle lo resuelto en la jurisprudencia o en las “*razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos*”, según mandata el artículo 94 de la CPEUM, a efecto de estarse a lo efectivamente resuelto (*ratio decidendi*) y no así en fincarse, indebidamente, en aspectos *obiter dictum* (o sea, en “*dichos o comentarios de paso*”).

7 La discrecionalidad judicial

¿Cómo saber si un caso jurídico, en cuanto a lo que implica su entendimiento y resolución, es “*fácil*” o “*difícil*”? Ciertamente, no existe un catálogo

³¹⁵ Tesis: 2a./J. 139/2015 (10a.). NRE 2010625. El **resaltado** es propio.

³¹⁶ Ejercicio hermenéutico que es compatible con la doctrina del “*distinguishing precedent*”.

o serie de lineamientos en donde se aglutinen unos y otros. Si acaso, el *precedente obligatorio* (jurisprudencia, si lo “*mexicanizamos*”), podría ser uno de los pocos y claros ejemplos en donde cabría aceptarse que radica el recipiente argumentativo que, aplicado exactamente al caso concreto, volvería a este “*fácil*”, constriéndolo entonces a ser objeto de la *subsunción jurídica* correlativa.

Al otro extremo, contrario a lo que podría entenderse como la solidez propia de garantías de seguridad y certeza jurídica, estaría el exceso en la discrecionalidad judicial, es decir, en la potestad del juzgador que rebasaría su libre arbitrio al grado de volverse arbitrario. Aquí Aulis Arnio nos diría que para argumentar debidamente y con ello dotar de certeza jurídica a la sociedad, es imprescindible atenerse no solo a las normas propiamente jurídicas, sino también sociales.³¹⁷ Solo así, agregaríamos, podríamos tener los elementos para observar los hechos y problemas desde el enfoque *racional* como desde el *razonable*³¹⁸.

Para tratar de comprender mejor lo concerniente a los casos “*fáciles*” y los “*difíciles*” y cómo debería desempeñarse el juzgador frente a uno y otros, es imperante en reparar en el “*debate entre Hart y Dworkin*”. Se precisa:

Después de Hans Kelsen, el más reconocido partidario del “*positivismo jurídico*”³¹⁹, es Herbert Lionel Adolphus Hart (H.L.A. Hart). Este filósofo positivista, en lo que nos interesa, refiere que las reglas, como soportes vitales del escenario jurídico, contendrían las respuestas (que no podrían entenderse más que como “*mandatos de obligatorio cumplimiento*”) que debe aplicar el operador jurídico. Esto corrobora lo antes señalado respecto del *silogismo* y la *subsunción jurídica*.

Ahora bien, es innegable que para hacer tal operación de encuadre o *subsunción*, el caso sometido a la potestad del juzgador debe tener una “*claridad*”

³¹⁷ Arnio, Aulis, *op. cit.*, pp. 26 y ss.

³¹⁸ En esto, a grandes rasgos, vale puntualizar que el aspecto *racional* giraría en evitar las contradicciones internas de las premisas o argumentos que sustentan la interpretación de un problema, desde el aspecto esencialmente lógico-jurídico; mientras que lo *razonable* se enfocaría hacia lo externo, es decir, en justificar el resultado de lo aseverado en las premisas (como las contenidas en el silogismo jurídico) en que se base la argumentación, esto desde el enfoque consensuado o dialéctico.

³¹⁹ Concepto que, *grosso modo*, se relaciona con la doctrina que únicamente reconoce, como sistema jurídico, el proveniente del texto de las disposiciones normativas (“*reglas*” en este contexto) clara y previamente emitidas y codificadas; negando, en consecuencia, diversas fuentes, sean morales, *jus naturalistas* o diversas que no integren el derecho positivo y vigente.

o “*facilidad*” que le permita realizar aquella sin duda alguna. De aquí que ante esta familiaridad entre el supuesto fáctico y el derecho aplicable al mismo, es que el juzgador resultaría ser un “*autómata aplicador de la regla jurídica*”, vedándose así su facultad de interpretar la misma.

Cuando esto no acontece así, lo que a juicio de quien escribe no puede desligarse desde la óptica personal del juez, es porque se estaría ante lo que Hart denomina “*casos de penumbra o difíciles*”. La forma en que las reglas interactúan en ambos tipos de “*casos*” sería la siguiente:

*Todas las reglas importan reconocer o clasificar casos particulares como ejemplos de términos generales y, frente a cualquier regla, es posible distinguir casos centrales claros, a los que ella sin duda se aplica, y otros caso en los que hay tantas razones para afirmar como para negar que se aplica. Es imposible eliminar esta dualidad de un núcleo de certeza y una penumbra de duda, cuando se trata de colocar situaciones particulares bajo reglas generales. Esta da a todas las reglas un halo de vaguedad o “textura abierta”, y ello puede afectar tanto la regla de reconocimiento que especifica los criterios últimos usados en la identificación del derecho, como una ley en particular (...)*³²⁰

Es en esta última clase de casos donde Hart reconoce la “*discrecionalidad judicial*”; situación que, *prima facie*, podría resultar antípoda de la rigidez del sometimiento a las reglas jurídicas; más aún por cuanto considera que tal libertad le permitiría razonar al juez con base a parámetros “*extra-jurídicos*”, llegando incluso a reconocer o declarar derechos no considerados como tales, o bien, no tenidos como “*existentes*” en la propia época. Situación, esta última, que incluso se le atribuye al principio *pro homine* como una de sus aportaciones en el tema del DIDH, se recuerda.

Tales aparentes conflictos, en cuanto a su *gravidad desde el enfoque positivista*, se desvirtuarían si se aprecia, según Pérez Jaraba, que Hart considera que “*los jueces han de legislar y ejercitar así una opción creativa entre varios fallos posibles*”.³²¹ Razonamiento al que cabría añadir que no se entendería que, al

³²⁰ H.L.A. HART, “*El concepto de derecho*”, traducción de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, reimpresión de 1992, Buenos Aires, pp.152-153.

³²¹ Pérez Jaraba, María Dolores, “*Principios y Reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart*”, Revista de Estudios Jurídicos nº 10/2010 (Segunda Época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España), versión electrónica: rej.ujaen.es, p.12. Fecha de ingreso: 11 de octubre de 2019.

resolver los *casos en penumbra o difíciles*, el juez se alejara por completo de los *límites o restricciones del sistema jurídico* al grado de trastocarlo total y/o irreversiblemente. Así, aunque parezca un contrasentido al origen de su debate con Dworkin, Hart reconocería la confluencia de las *reglas* con los *principios* y demás componentes jurídicos:

*(...) en su obra de 1971, “Problemas de filosofía del derecho”, Hart habla abiertamente de la presencia en el ordenamiento jurídico de principios, pautas morales y objetivos políticos, que se derivan del manejo de las reglas que componen el sistema, y que pueden ser utilizados por el juez en la resolución de los casos difíciles como buenas razones a favor de una determinada decisión.*³²²

Ronald Dworkin, por el contrario, se aparta de la consideración del derecho que gira entre los extremos entre las *“reglas y la discrecionalidad hartiana”*, sosteniendo que el mismo se conforma de los pilares tanto de reglas como de *principios (principles) y directrices o políticas (policies)*.

Por tanto, según se interpreta a Dworkin, se diría que *“(...) no habría lugar para discrecionalidad judicial alguna, pues cuando no hay regla aplicable al caso, siempre habrá un principio jurídico para aplicar”*. La crítica a Dworkin, respecto al tema eje del presente apartado, vendría sobre el cuidado de no sobrevalorar y por ende fomentar el *“activismo judicial”* al exceso de considerar que el juzgador tiene la capacidad como la legitimación para saber, siempre y sin prácticamente margen de error, cuál es la respuesta correcta, y por ende única, para cada caso concreto (problema jurídico) que le toque resolver. Tal cual como se entiende a su figura del omnipresente y perfecto al grado supremo o *cuasi-supremo* de su *“Juez Hércules”*.

Ahora bien, recordando lo sostenido por Neil MacCormick, discípulo de H. L. A. Hart, en la determinación y consecuente justificación de las decisiones judiciales, no solo debe tenerse, por la autoridad en la materia, una *“coherencia narrativa”* (en los hechos del caso) y una *“coherencia normativa”* (en los temas propiamente jurídicos)³²³, sino que debería con ambos construirse una *“argumentación consecuencialista”*, misma que vendría a sustituir al silogismo jurídico y su enfoque deductivo, pues ambos devendrían en un instrumento

³²² *Ídem.*

³²³ MacCormick, Neil, *op. cit.* pp.67-69.

interpretativo insuficiente para aplicarse a los aludidos “*casos difíciles*”.³²⁴ Y es así que se entendería por qué MacCormick habría dicho que son, precisamente, los *casos difíciles* los que reforzarían a la argumentación jurídica como el ejercicio que va más allá del simple empleo o justificación silogística o deductiva.³²⁵

Siguiendo las ideas del filósofo escocés, podríamos decir que la finalidad o “*consecuencialismo*” sería el propósito que obligaría a quien argumente a justificar aquello que, por su complejidad, no puede ser tenido como un concepto jurídico exento de debate en cuanto a sus características (como, por ejemplo, si hablamos de la necesidad de tipificar el delito de homicidio); siendo que, la pauta de argumentación finalista o *consecuencialista*, siguiendo la ejemplificación en la rama penal, sería la idónea para argumentar, sea a favor o en contra, de la despenalización del aborto.

Tarea, en este caso del juez, que podría simplificarse si se sigue un examen, procedimiento sintético o test con la finalidad de constatar si se actualiza esa *coherencia narrativa*, donde los pruebas aportadas en el juicio guarden relación lógica con los hechos objeto de las mismas (extremo narrativo) y con los fundamentos jurídicos pertinentes, como al efecto indica la *coherencia normativa*. No obsta decir que un ejemplo muy común en la práctica forense penal es la “*teoría del caso*”, la cual guarda mucha similitud con la *coherencia narrativa*, pues aquella predica la construcción de una hipótesis argumentativa a partir de los medios de prueba que se desahoguen en el procedimiento respectivo.

En lo anterior caben las críticas a tal *coherencia narrativa*, entendidas en su “*dimensión persuasiva*” cuyo fin sería el de lograr que el juez obrará como se le

³²⁴ Como resultado a los límites a tal lógica deductiva, MacCormick aduce los “*problemas de interpretación*” (relativa a la premisa normativa, problemática enfocada en que el juzgador, si bien conoce la norma a aplicar, no así cual interpretación habría e efectuar); “*problemas de relevancia*” (cuando el juez ignora cuál o cuáles normas aplicar en el caso); “*problemas probatorios o de prueba*” (relativos a la premisa fáctica del silogismo y por ende a los hechos objeto del debate). El filósofo escocés nos dice que ante la incertidumbre de lo realmente ocurrido en el pasado, lo debido es efectuar el “*test de coherencia*” en el presente, es decir, al momento en que los hechos objeto de prueba y análisis son observados. Finalmente, “*los problemas de calificación*” (también planteados sobre la premisa fáctica) y que deviene de la falta de seguridad respecto a si los hechos pueden encuadrar –*subsumirse*– en la hipótesis normativa). *Ibidem*, pp. 65 y ss.

³²⁵ En el tema, el pensador citado sugiere concentrarse en la fuente de los problemas bajo análisis para justificar, así, las decisiones que habrá de tomar el juez ante los *casos complejos*. Sugiere en esto el empleo de los principios que denomina de *universalidad*; de *consistencia*; de *coherencia* y de *consecuencias*. *Ibidem*, p. 107.

sugiere, bajo la premisa, no exenta de sofisma, de que “*será verdad lo que fue probado en el juicio*”; situación distinta de lo que buscaría la “*dimensión cognitiva*”, pues esta tendría como propósito último, más que persuadir al juzgador, usar los instrumentos de prueba para conocer la verdad de los hechos a los mismos vinculados, sin que esto signifique equiparar a lo “*verdadero*” con lo “*probado*”. Así, salvaguardando al libre arbitrio judicial, consustancial a su obligación profesional de fundar y motivar (argumentar), sería correcto invocar el fundamento epistemológico (su interpretación atendiendo al caso, *casuística*) de la prueba, el cual sería el esencialmente opuesto al de la “*tasación*” (su anticipada y legal-positiva interpretación) de la misma, con base en que la verdad no puede ser predicada, de forma incuestionable, infalible y/o absoluta, con base en las probanzas que obren en el sumario. Esto último, se opina, ayudaría a desmitificar el empleo de las denominadas “*pruebas científicas*”, desde su magnificación a través del discurso *persuasivo*, como inderrotable, más aún cuando aquellas son vistas y valoradas desde un plano único o singular; extremo no posible de sostener ante su contra-argumentación con base en todo el demás caudal probatorio como en lo que, en su fuero interno, el juzgador determine fundar y motivar.

Luego, habría de tomarse en cuenta que todo aquel que desempeñe un papel científico-jurídico, que iría desde la investigación académica a la decisión jurisdiccional o bien en una sede pública distinta, tendría que apegarse a su ética profesional y con ello a la deontología de su profesión; situación que, ciertamente, dejaría el mero campo de lo moral para asegurarse su cumplimiento, al menos en el ideal, a través de las sanciones que para el caso de su desobediencia se hallen contempladas en las normas constitucionales como en las legales.

A lo anterior habría de añadirse, refiere García Amado, que en ningún lado (del mundo, se infiere) los juzgadores suelen ser “*muy duchos*” (sic) en el manejo de los datos científicos, a lo que se sumaría que suele aparecer su esencia “*tecnocrática*” y con ello su “*discrecionalidad deliberadamente extendida*” (sic).³²⁶

³²⁶ García Amado, Juan Antonio, “*Consumo lúdico de la marihuana y libre desarrollo de la personalidad. Comentario a la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera*

Comentarios acerca del *Caso del uso lúdico de la marihuana*, mismos en que reitera el claro “*planteamiento liberal- individualista*” (sic) de la SCJN en ese tema, al menos. En esto el letrado advertiría lo siguiente:

*Lo que no me parece tan justificado es que los tribunales o yo, de forma modesta, imputemos nuestra ideología a la Constitución y la dibujemos a nuestra medida, en detrimento de los derechos de los que piensan distinto a nosotros, tienen mayoría y legislan. Si los tribunales no se contienen, cualquier limitación de la libertad individual proveniente de una ley constitucionalmente legítima será anulada so pretexto de que afecta de mala manera el libre desarrollo de la personalidad.*³²⁷

Teniendo como precedentes los conceptos de *consecuencialismo* y *deontología*, cabría ahora puntualizar que el segundo sostendría que los principios, derechos, libertades y demás componentes constitucionales de valor afines no pueden categorizarse y por ende evaluarse atendiendo a sus resultados, aún entendidos como *prácticos*; extremo que, por lo contrario, el *consecuencialismo* sí aprecia y le da ese *plus ponderativo* que pudiera resultar definitorio en el *test de ponderación, de razonabilidad* o diverso método exegético. Posiciones antagónicas que anteceden a la justificación de conceptos como “*inconmensurabilidad*”, “*no comparabilidad*” e “*incomparabilidad*” valorativa sobre los que se más adelante se abundara.

Es dable entender que en la práctica del derecho, más aun en la vía jurisdiccional, coexisten casos jurídicos “*fáciles*” y “*difíciles*”. De manera implícita, el último párrafo del artículo 14 de la CPEUM³²⁸ referiría que el juez civil sería, por *constitucional antonomasia*, el tenedor de la *discrecionalidad judicial* para resolver el asunto sin sujeción estricta al derecho positivo en cuanto al enfoque hartiano se refiere. Cabría decir que tal párrafo reforzaría lo dicho en cuanto a que la “*interpretación jurídica de la ley*” (entendida como *el precedente obligatorio* o la *jurisprudencia*), sería el equivalente a la *regla hartiana*; siendo, entonces, residual el ejercicio interpretativo, es decir, con base en los principios, derechos humanos o

Sala), *amparo en revisión 237/2014*”, en: “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte, aplicaciones y desarrollos recientes, op. cit.*”, p. 102.

³²⁷ *Ibidem*, pp. 102-103.

³²⁸ En los juicios del orden civil, la sentencia definitiva deberá ser conforme a la letra o a la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho.

fundamentales y/o intereses constitucionales, conforme a la cual deberá resolverse el asunto de tinte civil en estricto sentido y, en sentido amplio, los demás que resulten distintos a la materia penal.³²⁹

Sin perjuicio de la distinción entre el *pro persona* como “*costumbre o principio internamente aceptado*” y los principios generales del derecho en sede doméstica, ya antes explicada, así como por lo referente a la precisión de que los procesos del orden penal también están obligados a respetar la obligatoriedad de la jurisprudencia del PJF, es que se considera como justificada la importancia de que el juzgador como el foro en su conjunto entienda que, tanto doctrinal como jurisprudencialmente, en México como en la sede de los tribunales internacionales como la Corte IDH, la corriente exegética, mayormente aceptada por tales operadores jurídicos, que limita a la *discrecionalidad judicial* a la que aludió en su momento Hart es la propia de la ponderación de principios, derechos humanos o fundamentales y/o intereses constitucionales, la cual tiene entre sus principales expositores al propio Dworkin y a Robert Alexy.

No obstante lo ahora dicho, la última corriente doctrinaria no es refrendada, al menos de forma insalvable, en el seno de la propia SCJN, tal y como su Segunda Sala lo refiere en su precedente obligatorio 2a./J. 10/2019 (10a.). NRE 2019276, el cual más adelante será retomado.

En todo lo anterior, valga le pena decir que como vertientes de la “*teoría de la argumentación jurídica*”, como lo sostendrían los españoles Marina Gascón y Alfonso García, es insoslayable su correlación con la practicidad en su aplicación (lo que más adelante sostendríamos como parte indisoluble del “*realismo jurídico*”). Relación que se sostendría desde dos perspectivas, vertientes o enfoques: la *descriptiva* y la *prescriptiva*.³³⁰ La primera, tendiente a evidenciar cómo se desarrolla la actividad del operador jurídico, en especial del juzgador, desde lo que sería su raíz ontológica y, acaso, bordeando su *pretensión de*

³²⁹ Como se razona en la tesis: 2a. XCVIII/2009. NRE 166630.

³³⁰ Otra forma de catalogarlas sería siguiendo el pensamiento de Manuel Atienza, concretamente cuando diferenció entre “*explicar*” y “*justificar*” un fallo judicial. Parafraseando al español, diríamos que en el primer supuesto el juez describe cuáles son las causas, objeto o fin que se relacionan con su resolución; siendo que en la segunda acepción, la cual sería propiamente argumentativa, el resolutor desarrolla las razones tendientes a evidenciar lo correcto que resulta su decisión. Atienza, Manuel, “*El sentido del derecho*”, segunda edición, editorial Ariel, España, 2003, pp. 252 -253

corrección a efecto de lograr su mejoramiento.³³¹ La segunda, en cambio, se enfocaría hacia lo deontológico, con la importancia de su utilidad para servir como directriz al juez respecto a cómo resolver los casos difíciles. Y si bien, la multiplicidad de asuntos y su consecuente abstracción hacen tarea por demás complicada tal finalidad prescriptiva en dicho *realismo* o *casuismo jurídico*, vale recordar que la teoría de la argumentación del tipo prescriptiva (en este caso jurídica) “*no busca presentar respuestas, sino únicamente ser un código-guía que contribuya a lograr decisiones correctas*” (sic).³³² En esto, hay que recordar que Alexy acepta también las limitaciones en la argumentación y su practicidad en vía del discurso jurídico aplicable al caso o problema concreto aún frente a la potestad del juez, atentas sus palabras: “*las reglas y formas del discurso jurídico constituyen ni más ni menos que un criterio de corrección para las decisiones judiciales*”.³³³ Sin dejar de resaltar que la *pretensión de corrección* de Alexy no solo propugnaría por la *praxis racional* a raja tabla, sino que su desarrollo discursivo tendría que tener un sólido componente, agregamos del tipo normativo, en el sistema jurídico vigente. Un espaldarazo a la figura del orden público, nos aventuraríamos a opinar.

Complementando lo anterior, en aras de refrendar la operatividad del sistema jurídico, MacCormick nos diría que la decisión judicial que habrá de tomarse debe ser “*consistente*”, es decir, evitando la colisión que desactive, por completo se entendería, las normas que resulten aplicables en primera instancia, lo cual solo sería posible si se atiende a la “*coherencia normativa*” que permita tenerla como *razonable* o *consensuada* hacia lo externo; procurando en ello lograr

³³¹ Concepto, el de la “*pretensión de corrección*”, referenciado por Habermas y Alexy, de más notoriedad respecto a lo aseverado por este último, nos diría George Pavlakos, se constituiría en el “*estatus de una justificación casi legendaria, dirigida a sostener que los enunciados normativos tienen una respuesta objetiva, en lugar de una respuesta subjetiva o una mera decisión o ninguna respuesta en absoluto*”. En: “*Corrección y cognitivismo. Comentarios al argumento de la pretensión de corrección de Robert Alexy*”, Traducción de G. Villa Rosas, del original en inglés G. Pavlakos (2012), «*Correctness and Cognitivism. Remarks on Robert Alexy's Argument from the Claim to Correctness*», Ratio Juris, 25: 15-30, Universidad de Amberes-Universidad de Glasgow, p. 202.

³³² Romero Martínez, Juan Manuel, “*La argumentación jurídica con enfoque principalista*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, p. 72. Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/5.pdf>. Fecha de ingreso: 22 de junio de 2021.

³³³ Alexy, Robert, “*Teoría de la argumentación jurídica*”, *op. cit.*, pp.400-402.

la “*coherencia narrativa*” que, se recuerda, solo podría ser factible mediante el empleo del *test de coherencia* sobre los hechos esencialmente pretéritos.

8 La ponderación y la proporcionalidad (*lato sensu*)

La *ponderación*, como el mismo principio *pro persona*, necesitan de precisiones a efecto que, en su correcta aplicación, se cumplan sus objetos y fines propios. En esta lógica, el *balancing* puede (y debe) auxiliarse o coligarse, como en su momento ya se ha explicado respecto del *pro homine*, de otros *principios* afines a su esencia, incluso de índole constitucional, como por ejemplo el de la *razonabilidad*³³⁴, pues, al fin y al cabo, tendrían todos la compatibilidad atinente a su valor como *cráterios interpretativos*, indispensables para que el operador jurídico, máxime el juez, emita una decisión sólidamente fundada y motivada, tal cual le ordenan los cardinales 14, 16 , 17, entre otros de la CPEUM, por tratarse de una autoridad pública estimada competente. Directriz, esta última, que al ser de cumplimiento ineludible como incondicional sería más propio de una *regla* o *canon* y no así de un *principio* (incluido el de “*legalidad*”).

Cabe decir que la Primera Sala del Alto Tribunal ha interpretado como sinónimos los principios de *proporcionalidad* (que adjetiva como “*genérica*”) y de “*razonabilidad*”.³³⁵

Concentrándonos en el atributo de la *ponderación*, atendiendo a su valor jurídico, no sería del tipo adjetivo, procesal e incluso formal, como lo tienen los actos de las autoridades públicas respecto a su ajuste al cauce legal (y reglamentario); extremo que, atento a lo antes dicho, se vincularía al ámbito de la *subsunción*. La *ponderación*, en cambio, tendría afinidad con la *legalidad sustantiva* o de fondo, “*es decir, constituye un parámetro de la legalidad o justicia material, un componente del principio del Estado de Derecho*”.³³⁶ De ahí podría entenderse que, al menos en su vertiente en sede jurisdiccional, la *ponderación*

³³⁴ Valga como ejemplo, la convergencia de los “*principios constitucionales de proporcionalidad y razonabilidad jurídica*” que en materia penal observó el Pleno de la SCJN en su jurisprudencia P./J. 102/2008. NRE 168878.

³³⁵ Tesis: 1a. LXXXVII/2018 (10a.). NRE 2017463.

³³⁶ Villaseñor Goyzueta, *op. cit.*, p. 108.

sea referida, más que como criterio, técnica o *principio*, como “juicio de ponderación”.

La aseveración inmediata anterior rebasa la cuestión propiamente semántica, pues la Segunda Sala del Máximo Tribunal de México no solo concibió a la *ponderación* como “*proporcionalidad*” (en sentido amplio), sino que además la analizó desde su desarrollo como un “*test*” (precisamente de “*proporcionalidad*”, *sic*); hecho que derivó en la jurisprudencia que, como se observa, concatena a tal postulado-criterio con los *principios* y mecánica exegética siguientes:

El test de proporcionalidad es un procedimiento interpretativo para resolver conflictos de normas fundamentales, apoyado en los principios de igualdad e interdicción de la arbitrariedad o exceso, previstos en los artículos 1o., 14 y 16 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y que requiere llevar a cabo, en primer lugar, un juicio de igualdad mediante la equiparación de supuestos de hecho que permitan verificar si existe o no un trato injustificado; en segundo lugar, el principio de proporcionalidad se conforma de tres criterios relativos a que la distinción legislativa: a) persiga una finalidad objetiva y constitucionalmente válida; b) resulte adecuada o racional, de manera que constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo perseguido, existiendo una relación de instrumentalidad medio-fin; y, c) sea proporcional (...).³³⁷

En México, además de la materia penal³³⁸, en la tributaria se la ha dado, incluso más que a la primera, mucha relevancia a la conceptualización del *principio constitucional de proporcionalidad*, reconociendo claramente que este tiene su asidero en la fracción IV del arábigo 31 constitucional.³³⁹ De ahí que, por ejemplo, se considere que la *proporcionalidad de los tributos* (v.gr. impuestos) debe respetar el *límite constitucional de la capacidad contributiva del contribuyente*.

Ahora bien, es debido precisar que varios doctrinarios difieren en comparar a la *proporcionalidad tributaria* con la propiamente materia de exégesis o

³³⁷ Tesis: 2a./J. 11/2018 (10a.). NRE 2016133.

³³⁸ Sin dejar de lado la materia familiar, concretamente el asunto más litigado en esta: el relativo a la pensión alimenticia, al respecto esta jurisprudencia de la Primera Sala: 1a./J. 27/2017 (10a.). NRE 2014571.

³³⁹ **Artículo 31.-** Son obligaciones de los mexicanos: (...)

IV.- Contribuir para los gastos públicos, así de la Federación, como del Distrito Federal o del Estado y Municipio en que residan, de la manera proporcional y equitativa que dispongan las leyes.

adjudicación constitucional, máxime atento a que en la primera no existe ni el rigor metodológico ni la fiabilidad de que se decida lo que *mayor favorezca* a la persona como, en teoría, si habría en la segunda en comento. Esto, ya antes comentado al hacerse alusión al postulado *in dubio pro fisco* en el capítulo 2 de esta investigación, se refuerza por lo dicho por Gabriela Ríos Granados que aseveró que, desde se implementó la multicitada reforma constitucional de 2011, “*no se ha aplicado el principio pro homine en materia tributaria*”.³⁴⁰ En su aportación en cita, la investigadora concluye con vehemencia:

*Tratar de justificar la interpretación constitucional contra el contribuyente remonta a épocas pasadas, retrocede en el tiempo y olvida las interpretaciones garantistas a favor del contribuyente. Tratar de justificar la interpretación a favor del fisco, que vulnera a todas luces los derechos fundamentales del contribuyente, pone en una situación crítica a los contribuyentes, pues en lugar de avanzar en la construcción del derecho a la rendición de cuentas de todos los servidores públicos, incluidos los recaudadores y los ministros de la SCJN, ahora es necesario luchar contra estas interpretaciones, que nada ayudan a la construcción del Estado de derecho y de un sistema tributario progresivo, solidario, y no confiscatorio.*³⁴¹

La *proporcionalidad*, en clave hermenéutica, resultaría en extremo indisoluble de la *ponderación*, pues devendría en la técnica o mecanismo argumentativo traducido en el “*fie!*” del *balancing*, ya que si no se actualiza aquella la norma o supuesto jurídico analizado no resultará constitucional o convencional.

La anterior aseveración no está ajena de críticas, pues no es compartida unánimemente la hipótesis de que *ponderación* y *proporcionalidad* están vinculadas la una de la otra al grado de asegurar que son conceptos sinónimos, o bien, que si no se da la segunda, la primera, indefectiblemente, no se actualizará. Villaseñor Goyzueta nos presenta una de esas críticas sustentadas en claras diferencias entre una y otra:

³⁴⁰ Ríos Granados, Gabriela, “*Recepción del test de proporcionalidad en la jurisprudencia tributaria en México*”, en: “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte*”, aplicaciones y desarrollos recientes, *op. cit.*, p. 236.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 238.

1.- *La ponderación constituye un género más amplio que comprende y admite juicios o perspectivas diferentes, mientras que la proporcionalidad en sentido propio no es más que una de sus modalidades posibles, tan sólo ocupada de la razonable relación de costes y beneficios. El juicio de proporcionalidad sería entonces una especie o variante de la ponderación de bienes o intereses.*

2.- *El principio de proporcionalidad cuestiona más la relación entre el fin y el efecto de una intervención en un derecho fundamental, mientras que la aplicación del método de la ponderación de bienes supone una valoración de prioridad en el caso de diferentes intereses.*

3.- *En los supuestos de conflicto o colisión entre derechos, la proporcionalidad en sentido amplio constituye un criterio más de ponderación con todos sus elementos (utilidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto).³⁴²*

Engarzando todo lo antes dicho sobre la *ponderación*, la *subsunción* y la *proporcionalidad*, se reitera que todos resultan ser *criterios o pautas de interpretación y argumentación jurídica*, como también lo sería la *interpretación conforme*; de ahí que, en la jurisprudencia de título **“TEST DE PROPORCIONALIDAD. AL IGUAL QUE LA INTERPRETACIÓN CONFORME Y EL ESCRUTINIO JUDICIAL, CONSTITUYE TAN SÓLO UNA HERRAMIENTA INTERPRETATIVA Y ARGUMENTATIVA MÁS QUE EL JUZGADOR PUEDE EMPLEAR PARA VERIFICAR LA EXISTENCIA DE LIMITACIONES, RESTRICCIONES O VIOLACIONES A UN DERECHO FUNDAMENTAL”**, la Segunda Sala de la SCJN concluyó que

(...) los Jueces no están obligados a verificar la violación a un derecho humano a la luz de un método en particular, ni siquiera porque así se lo hubieran propuesto en la demanda o en el recurso, máxime que no existe exigencia constitucional, ni siquiera jurisprudencial, para emprender el test de proporcionalidad o alguno de los otros métodos cuando se alegue violación a un derecho humano.³⁴³

Conclusión jurisprudencial que, por obviedad, no es concordante cuando al caso bajo exégesis resultan aplicables, en lo específico, alguna o varias de las incorrectamente llamadas *variantes* o *sub-principios* del *pro persona*. Siendo que, en todos los casos en donde estén de por medio los derechos humanos de una o

³⁴² *Op. cit.*, p. 101. La enumeración es propia.

³⁴³ 2a./J. 10/2019 (10a.). NRE 2019276.

más partes, esto dada su “*exigencia constitucional*” (sic) mandatada en el párrafo segundo del arábigo 1º de la CPEUM, el principio de *mayor favorabilidad a la persona* debe ser, siempre, observado por el juzgador. En esta tesitura, siguiendo la directriz de la jurisprudencia en comento, el juzgador tendrá *discrecionalidad* para aplicar el instrumento exegético que considere idóneo para hacer valer tal o tales postulados.

Respecto del *test de proporcionalidad*, aludiendo así el método o instrumento más utilizado actualmente, llamado también y con más abundancia como “*ponderación de derechos o principios*”, esto, se aclara, en la deontología jurídica más no así en el “*realismo jurídico*”, tal cual se explicará cuando se haga alusión al que hemos llamado “*soft blancing*”. La misma SCJN nos daría la razón, como ya se habría adelantado líneas arriba, cuando en vez de aplicar, en estricto sentido, dicho *examen de proporcionalidad*, habría hecho uno menos intensivo o estricto en cuanto a su aplicación pero, a su juicio, de igual valía hermenéutica, al que se denominaría como “*test de razonabilidad*”.³⁴⁴ Con la particularidad que este último tendría menos pasos o a etapas a seguir que el primero, pues solo requeriría de constar que existiera un *fin, meta o propósito legítimo*, respecto de la creación normativa legislativa, administrativa o de otro tipo que se interprete, contrastándola con la disposición o disposiciones al efecto impugnadas en una relación instrumental de medio-fin; extremo, este último, que guardaría relación con el *sub-principio de idoneidad* del *test de proporcionalidad*. Y como se abundará en líneas siguientes, este examen de *razonabilidad* evitaría que se prosiga con el paso hermenéutico más estricto que sería la *ponderación en estricto sentido*, es decir, con la confronta axiológica de principios, derechos, libertades o intereses que el caso bajo análisis presente.

³⁴⁴ Niembro Ortega señala que ambos test fueron aplicados, uno por ciertos ministros y el otro por los restantes, al resolver las acciones de inconstitucionalidad 63/2016 y 13/2017, relativas a los casos donde estaban de por medio los intereses de la empresa transnacional Uber. Siendo importante enfatizar que los togados que utilizaron en ambos procesos constitucionales el *test de proporcionalidad* se decantaron por tildar de inconstitucionales más disposiciones normativas impugnadas que lo que al respecto sostuvieron sus pares. Extremo, explica, dada la más estricta exigencia principialista del primero respecto del de *razonabilidad*. *Op. Cit.*, p. 88.

Retomando la figura del *test de proporcionalidad*, diremos que consiste en el examen de la disposición legislativa, administrativa, judicial o incluso de índole horizontal (entre particulares) con base en su afectación o no a los derechos y garantías en juego, estimada, al final de cuentas, como propensa a racionalizar las decisiones de las autoridades, en especial las jurisdiccionales. Esto mediante una esquematización como Niembro Ortega sugiere:

1) *El para qué de la restricción a un derecho fundamental o afectación de un principio, es decir, el fin que se busca proteger, cuya definición puede estar dentro del ámbito de discrecionalidad de la autoridad o mandado o excluido por la Constitución. Ese fin puede ser un bien colectivo u otro derecho fundamental.*

2) *El cómo de la restricción: ¿hay una relación (idónea) entre el medio y el fin y los medios son los menos lesivos para el derecho fundamental afectado siendo igualmente efectivos (necesidad)? El grado de idoneidad entre el medio y el fin admite distintos niveles, cuya exigencia dependerá del escrutinio que se aplique. Por ejemplo, se puede utilizar la idoneidad como un criterio negativo para excluir los medios que no son idóneos, o como un criterio para exigir el medio más idóneo.*

3) *¿La intensidad de la restricción de un derecho fundamental o de afectación a un principio se justifica a la luz de la importancia y satisfacción del fin buscado y otros principios en juego?*³⁴⁵

Por su parte, la Primera Sala de la SCJN en su tesis de rubro “**TEST DE PROPORCIONALIDAD. METODOLOGÍA PARA ANALIZAR MEDIDAS LEGISLATIVAS QUE INTERVENGAN CON UN DERECHO FUNDAMENTAL**”, nos dice, respecto de la *adjudicación constitucional* en relación a los derechos fundamentales, deberá comprobarse, vía dicho test, lo siguiente:

(i) que la intervención legislativa persiga un fin constitucionalmente válido; (ii) que la medida resulte idónea para satisfacer en alguna medida su propósito constitucional; (iii) que no existan medidas alternativas igualmente idóneas para lograr dicho fin, pero menos lesivas para el derecho fundamental; y, (iv) que el grado de realización del fin perseguido sea mayor al grado de afectación provocado al derecho fundamental por la medida impugnada. En este contexto, si la medida legislativa no supera el test de proporcionalidad, el derecho fundamental preservará su contenido inicial o prima facie. En cambio, si la ley que limita al derecho se encuentra

³⁴⁵ *Ibidem*, pp. 39-40.

*justificada a la luz del test de proporcionalidad, el contenido definitivo o resultante del derecho será más reducido que el contenido inicial del mismo.*³⁴⁶

Importante que resulta observar la parte última de lo inmediatamente antes transcrito, pues nos permite inferir cómo en tal precedente aislado el Alto Tribunal sienta la base de la que podría ser la integración judicial de la forma en cómo instrumentar una *restricción o limitación* en materia de derechos humanos.

9 La proporcionalidad y sus *sub-principios*

No obstante lo aseverado acerca de la *proporcionalidad* y su aplicación en clave opcional por el operador jurídico, también hay que tener presente que la misma, como la *ponderación*, es un *criterio hermenéutico, principio o juicio* que se aplica a la resolución de intereses derivados del confronte entre derechos y/o intereses constitucionales, y en su caso intrínsecamente correlacionados con derechos humanos, a fin de evitar o reparar de la mejor manera posible los daños o lesiones a estos vinculados.

Tal confronte o colisión, también referida como “*la ley de colisión*”, se insiste en su distinción por lo que hace a las reglas respecto de los principios, pues en el caso de las primeras Romero Martínez señala que su conflicto (regla Vs regla) sólo podría ser solucionado si, previamente agregamos, se agrega una “*cláusula de excepción*” a alguna de ellas.³⁴⁷ Valga aquí evocar la discusión entre Atienza Rodríguez y García Figueroa en donde el primero sostiene que las reglas sí pueden tener excepciones *implícitas*; mientras que el segundo afirma que no (es decir, que las excepciones deben ser *explícitas*), pues de lo contrario nunca serían *derrotables*, asevera. En esta discusión, Romero Martínez nos diría que entre los

³⁴⁶Tesis: 1a. CCLXIII/2016 (10a.). NRE 2013156. Sobre este precedente, derivado del “Caso *Marihuana (y su uso lúdico)*” Rubén Sánchez Gil dijo que dicha Sala plasmó en el “*una estupenda exposición del examen de proporcionalidad en la jurisprudencia mexicana*” · exponiéndose así “*la caracterización general del procedimiento con precisión y fidelidad a la concepción estándar del principio de proporcionalidad en el derecho comparado*”. Sánchez Gil, Rubén, “*Acción de inconstitucionalidad 2/2014: un precedente oculto*”, en: “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte*”, *aplicaciones y desarrollos recientes*, op. cit., p. 50.

³⁴⁷ Romero Martínez, Juan Manuel, op. cit., p. 89.

principios no es posible, como sí pasaría respecto al *conflicto puramente reglar*, hablar de una determinación, directriz o de “*relaciones absolutas de procedencia, sino únicamente relaciones de procedencia condicionada al caso concreto*”.³⁴⁸ He aquí otra razón para estar atentos al “*casuismo o realismo jurídico*”.

Por lo anterior, como en su momento advirtió la doctrina constitucional alemana del siglo pasado, se requiere que los ámbitos o directrices en que se instrumente el *principio o juicio de proporcionalidad* estén lo mejor delimitados posible, previamente seguido el “*juicio de igualdad*” a que se refirió la Segunda Sala de la SCJN, según lo antes transcrito.³⁴⁹ De ahí que se hayan vuelto, fácticamente, *reglas* las variantes, criterios o *sub-principios*, al menos en apariencia, que a continuación se comentarán.

9.1 Idoneidad o adecuación

Toda intervención en la vigencia de los intereses constitucionalmente válidos, derechos humanos y /o fundamentales, máxime si aquella proviene de una autoridad pública debe consistir, en esencia, en una *restricción normativamente válida*; esto dado que el intérprete jurídico, para determinar el *grado de incidencia* entre un postulado o derecho constitucional respecto de otro, les es preciso interpretar que tal *medida restrictiva* es la *idónea o adecuada*. Solo así esta *incidencia* podrá reputarse como tenedora de un fin *constitucionalmente legítimo*.

Este *sub-principio* se considera, respecto de los restantes, el de más sencilla constatación, dado que partiría de la *presunción constitucional* que tendrían las restricciones o intervenciones por el solo hecho de estar contenidas en una disposición jurídica emitida por autoridad competente. Luego, tal clase de intervenciones o restricciones gozarían de la *presunción de ser idóneas o adecuadas*; salvo que su inconstitucionalidad/inconvencional resulte notoria, manifiesta y/o indudable.

³⁴⁸ *Ídem*.

³⁴⁹ Tesis: 2a./J. 11/2018 (10a.). NRE 2016133.

En el caso del último supuesto, de resultar cierta e incontrovertible su *inidoneidad*, devendrá improcedente como inútil el análisis de los demás *sub-principios*. Aquí el *favorecimiento más amplio a la persona* obligaría al intérprete-aplicador de la norma a observar la perspectiva *conservativa* de la norma jurídica bajo análisis, más si esta deriva de la creación legislativa formalmente hablando, pues ante la *duda* de su constitucionalidad y consecuente respeto a los derechos humanos, deberá optarse por mantenerse su validez constitucional.³⁵⁰ Lo anterior bajo la bi-direccionalidad entre la interpretación conforme y el principio *pro persona*, cuya relación ya fue señalada en el capítulo 3 de esta obra, sobre todo desde la óptica de la doctrina de la Corte mexicana, a la que ahora cabría agregar, a manera de reforzamiento, lo dicho por el Pleno a manera de conclusión en este criterio:

*(...) por tanto, el operador jurídico, al utilizar el principio de interpretación conforme, deberá agotar todas las posibilidades de encontrar en la disposición normativa impugnada un significado que la haga compatible con la Constitución o con algún instrumento internacional. Al respecto, dicha técnica interpretativa está íntimamente vinculada con el principio de interpretación más favorable a la persona, el cual obliga a maximizar la interpretación conforme de todas las normas expedidas por el legislador al texto constitucional y a los instrumentos internacionales, en aquellos escenarios en los que permita la efectividad de los derechos humanos de las personas frente al vacío legislativo que previsiblemente pudiera ocasionar la declaración de inconstitucionalidad de la disposición de observancia general. Por tanto, mientras la interpretación conforme supone armonizar su contenido con el texto constitucional, el principio de interpretación más favorable a la persona lo potencia significativamente, al obligar al operador jurídico a optar por la disposición que más beneficie a la persona y en todo caso a la sociedad.*³⁵¹

En esta lógica, tal cual se evidenció en la parte transcrita de la jurisprudencia sobre el *test de proporcionalidad*, se entendería por qué para la SCJN el primer criterio, variante o *sub-principio* no lo constituye el de la *idoneidad* o *adecuación*, pues este, al que también alude como “*criterio de racionalidad*”,

³⁵⁰ Como al respecto alude la Primera Sala del Alto Tribunal en su tesis 1a. CCXIV/2013 (10a.) comentada en el capítulo 3 de esta investigación.

³⁵¹ Tesis aislada P. II/2017 (10a.), NRE 2014204, de rubro “**INTERPRETACIÓN CONFORME. SUS ALCANCES EN RELACIÓN CON EL PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA**”.

sería el segundo de ellos, resultando el primero el vinculado con la “*persecución de una finalidad objetiva y constitucionalmente válida*”. En este mismo tenor, estaría el hecho que, delimitado positivamente el valor objetivo y/o constitucional del interés o derecho correspondiente, podría, entonces, iniciarse la constatación de la *restricción normativamente válida*, de manera que entre el primer y segundo criterio exista la relación instrumental de *medio-fin*. Situación que, por otro lado, daría primacía a las voces que alegan que lo que realmente alega aquí la SCJN no es al test de *proporcionalidad*, sino al diverso y más laxo de “*razonabilidad*”, como ya se explicó.

Ruth Chang, como se abundará más adelante, nos adelantaría aquí que tal “*razonabilidad*” tendría que ser del tipo “*práctica*”, es decir, la que haría posible tal examen hermenéutico entre conceptos jurídicos que puedan ser objeto de *comparación formal* (es decir, que estén definidos en su objeto y fin), no obstante que al final de tal ejercicio axiológico se establezca una *incompatibilidad* en tal examen de contraste (lo que la investigadora señala como “*fracaso sustancial*”).³⁵²

Así, podría colegirse, atendiendo al criterio jurisprudencial, que si lo pretendido por el justiciable tiene una finalidad objetiva y constitucionalmente válida, *ergo* se procederá a constatar que dicha pretensión o incidencia resulte idónea o adecuada.

Para ayudar hacer efectivo el examen del requisito de *idoneidad* (en el ideal, ya que su valoración en conjunto puede complicarla), Carlos Bernal Pulido propone las siguientes “*perspectivas o dimensiones*”: 1.- La relativa a la “*eficacia*”, que valora el grado de plenitud con la que la medida habrá de satisfacer el fin que se busca. 2.- El de la “*temporalidad*”, es decir, el lapso que razonablemente estimado que se tardará en alcanzar de dicho fin y 3.- El de la “*probabilidad*” de alcanzarlo.³⁵³

³⁵² Chang, Ruth “*Introducción*”, texto publicado en “*Conflictos entre derechos, ensayos desde la filosofía práctica*”, García Godínez, Miguel Ángel y González Carvallo, Diana Beatriz, coordinadores, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales SCJN, primera edición, México, 2020, p.51.

³⁵³ Bernal Pulido, Carlos, “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*”, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2004, pp. 736 y ss.

Desde la perspectiva de la Primera Sala, cabría precisar que respecto del *test de idoneidad*, de acuerdo al ya aludido asunto del uso lúdico y recreativo de la marihuana, sostuvo, en esencia, lo siguiente:

En esta etapa del escrutinio debe analizarse si la medida impugnada es un medio adecuado para alcanzar los fines perseguidos por el legislador. En este sentido, el examen de idoneidad presupone la existencia de una relación empírica entre la intervención al derecho y el fin que persigue dicha afectación, siendo suficiente que la medida contribuya en algún modo y en algún grado a lograr el propósito que busca el legislador. Así, la idoneidad de una medida legislativa debe mostrarse a partir de conocimientos científicos o convicciones sociales generalmente aceptadas.

Cabe decir que dichas “convicciones sociales generalmente aceptadas” evocan tópicos como los de la razonabilidad y la “verdad consensuada” sobre los cuales más adelante se abundará.

9.2 Necesidad

Las *incidencias o restricciones normativamente válidas* que importen una sustancial similitud de *idoneidad* habrán de contemplarse a efecto de constatar cuál de ellas contiene esta *bi-direccional* necesidad o condición: a) que resulte en el *mayor beneficio o grado de satisfacción posible* del derecho o interés *ponderado favorablemente* respecto de los que no. b) que tal condición sea concomitante con el *menor grado de afectación posible* hacia el derecho o interés no beneficiado en la confronta.

En todo caso, la última condición deviene en la de mayor exigencia para los efectos habilitantes de tal *sub-principio*, pues la principal relevancia que este criterio reputa para los efectos del *juicio* o *test de proporcionalidad* es la proscripción de la o de las *restricciones* que resulten (las más) *negativas por inconstitucionales* respecto de su impacto en el derecho o interés legítimamente *infra-valorado* en tal juicio. Así, tal *sub-principio* o criterio tendería a evitar restricciones o limitaciones opuestas a su objeto, es decir, innecesarias y por ende lesivas indebidamente de los derechos, principios o intereses constitucionales en juego.

En lo anterior, si entre aquellas *restricciones* hubiera sólo una tildada de *idónea, adecuada o racional*, resultaría, al mismo tiempo, *necesaria*, pues no habría alguna otra del mismo tipo con la cual hacer el contraste a que alude tal criterio. En el ámbito jurisdiccional, Villaseñor Goyzueta refiere que el tribunal requiere de una argumentación “*positiva o prospectiva, no pasiva, puesto que el juez debe imaginar si el mismo resultado podría producirse con una medida menos lesiva. Cuestiona no sólo la consecución de un fin determinado conforme a criterios objetivos, sino también su impacto*”.³⁵⁴

Es dable comentar que, si incrementa el nivel de exigencia de dicho requisito, opinan algunos tratadistas, como en su momento se dijo acerca de la *idoneidad*, no solo evitaría afectaciones indebidas a los componentes jurídicos en confronta, sino que desahogaría, desde el enfoque *minimalista* de la justicia al menos, la carga de trabajo de los tribunales, pues al no satisfacerse tal *sub-principio* no podría continuarse con el test respectivo.

En esto, David Martínez Zorrilla nos diría, como ya habíamos predicado respecto a la *idoneidad*, que el juzgador no debe ni puede, atenta su competencia, extenderse en hacer un examen acerca de todas las alternativas que resultarán menos gravosas respecto de las demás que pudieran existir o estimarse que así sea. De ahí que su función deba concentrarse en examinar tal requisito (*necesidad*) a partir, agregamos, de los argumentos que las partes esgriman, o bien, de lo que de manera oficiosa se observe, evitando que con ello se gesten “*sacrificios patentemente innecesarios de derechos o principios constitucionales*”. Así, diría Martínez Zorrilla, una cosa es que el juez observe la violación al criterio de *necesidad* a partir de razones evidentes o no controvertidas que refieran que existe otra u otras medidas menos lesivas que compartan el mismo grado de *idoneidad* y otra muy distinta es que tenga que convertirse en un “*legislador imaginario*” que se dedique a buscar y examinar todas las alternativas que podrían aplicarse en vez de la sujeta a su escrutinio.³⁵⁵ El investigador basa sus

³⁵⁴ *Op. cit.*, p. 141.

³⁵⁵ Martínez Zorrilla, David, “*La importancia del criterio de necesidad en la resolución de conflictos entre derechos constitucionales*”, en “*Conflictos entre derechos, ensayos desde la filosofía práctica*” (...), p. 298- 306.

argumentos, principalmente, en lo sustentado por el Tribunal Constitucional español en sus sentencias STC 55/1996; 136/199; 12/2012; 24/2012; 74/2012).

9.3 Proporcionalidad o juicio de proporcionalidad (*stricto sensu*)

Esta, llamada también “*ley de ponderación*”, redundaría en la convalidación de la *idoneidad* y la *necesidad* de mérito, sobre todo respecto de este último criterio, puesto que su objeto se endereza en la *compensación legítimamente constitucional* que se obtiene mediante la satisfacción de un principio, interés o derecho humano obtenida, *necesariamente*, a través de una *incidencia* o *restricción* en un derecho humano o interés general o de orden público constitucionalizado.

En este entendimiento, la *proporcionalidad en stricto sensu* implicaría valorar el *grado de incidencia* de un principio, derecho o interés constitucional en agravio de otro u otros, desde la perspectiva de hacer primar, justificadamente, la satisfacción de otro u otros. Labor de la que tendrá que partirse hacia a determinar si se justifica o no aquella preponderancia. De ahí que, mentalmente, se evoque la idea de “*sopesar*” dichos componentes jurídicos, pues tal ejercicio valorativo tendría que hacerse, forzosamente, no solo tomando en cuenta a todos los principios derechos y/o intereses que resulten correlacionados al caso en cuestión, sino que también deberá examinarse (“*sopesarse*”) si tal afectación a unos es la debida para lograr la satisfacción de los otros.

Como se deduce, este último *sub-principio* requiere de la actualización de los anteriores para así valorar la *incidencia* o *restricción* desde la que sería, propiamente, su *esencia ponderativa*, ya que, a diferencia de los demás criterios, incluidos el de la *proporcionalidad lato sensu*, atento a lo antes dilucidado, se tiene que el *juicio* o *test* de la *proporcionalidad en stricto sensu* sí coincide con los fines generales del *balancing*, pues en el “*se sopesan las ventajas e inconvenientes que*

la medida enjuiciada conlleva para el derecho fundamental afectado, por un lado, y para el fin perseguido, por otro."³⁵⁶

Atento a su sinonimia con la "*ley de ponderación*", se entiende a esta *proporcionalidad estricta* con base en la siguiente fórmula: "*Cuanto mayor sea el grado de no satisfacción o restricción de uno de los principios, tanto mayor deberá ser el grado de la importancia de la satisfacción del otro.*"³⁵⁷

En esta ecuación valorativa cabrían las palabras de Francisco Urbina cuando refirió que "*las limitaciones a los derechos humanos deben justificarse por referencia a los beneficios de otros intereses, principios o valores. La cuestión es si los beneficios son suficientes para compensar la pérdida del derecho contratado por la medida.*"³⁵⁸

Enfocándonos en la conceptualización del "*peso argumentativo*" y su correspondencia con la *ponderación* o *balancing*, resultan conducentes sus elementos como "*colisión de principios*":

1.- La "*ley de ponderación*", ya referida.

2.- La "*fórmula del peso*", que "*no es otra cosa que la expresión de la ley de ponderación en forma de un cociente matemático. En la fórmula del peso se pondrán en relación los valores determinados en base a la escala triádica de grados leve, medio y grave. El resultado que sea obtenido a partir de este cociente será el peso concreto de los principios en conflicto dentro de los límites del caso concreto*".³⁵⁹

3.- "*Las cargas de argumentación*". Las mismas se entenderían desde dos perspectivas: La primera como una exigencia de fundamentación en sí misma y, en esta sintonía, de respeto a los precedentes (jurisprudencia). En la restante, como "*una razón a favor del respeto a los precedentes. Ella establece la exigencia de presentar argumentos suficientes para poder apartarse de un precedente*".³⁶⁰

³⁵⁶ *Ibidem*, p. 144.

³⁵⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 351.

³⁵⁸ Urbina, Francisco, "*A critique of proportionality and Balancing*", Cambridge University Press, 2017, pp. 18-19.

³⁵⁹ Portocarrero Quispe, Jorge Alexander, "*Ponderación, Balancing*", Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, consultable en: <https://doi.org/10.20318/eunomia.2017.3653>. p. 215. Fecha de acceso: 27 de junio de 2019.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 219.

Otro punto a destacar, a manera de crítica a la factibilidad de tal ejercicio de ponderación, es la dificultad para determinar los valores que hagan compatibles y por ende comparables a los componentes jurídicos que se contrastarían, lo que es objeto de las posiciones divergentes del tipo *deónticas*, por una parte y *consecuencialistas* por la otra, como se adelantó. Cuando no es posible lograr tal contraste es lo que se llama “*inconmensurabilidad*” o “*incomparabilidad*” o en su caso una “*no comparabilidad*” de tales valores. La diferencia entre una y otra categorización, explica Ruth Chang, radicaría en que para que pueda darse un ejercicio valorativo, como los test antes señalados, los conceptos a analizar deberán tener definidos un “*valor de cobertura*”, es decir, propende a que la enunciación de las características principales de las figuras (derechos, libertades, principios, intereses etc.) que se observarán las unas frente a las otras. Luego, si tal valor no es definido, se estaría ante conceptos *inconmensurables*; por el contrario, si se tienen tales *valores de cobertura* pero los mismos no son comparables entre sí, entonces, aclara Chang, se estaría ante una *no comparabilidad* entre los mismos si tal definición *de cobertura* no se tiene, lo que aludiría como un “*fracaso formal de la comparación*” (sic); siendo que cuando sí se tienen definidos dichos valores pero el grado que abarcan no los hace equiparables entre sí en su justa contradicción u oposición (pensemos en las facultades y atribuciones de las policías para cumplir con sus deberes y responsabilidades como servidores públicos, por un lado, y en el otro en la prohibición de la tortura como elemento, digamos indirecto, de los derechos de los gobernados a la vida, a la salud, el honor, etc. , por el otro), la investigadora diría que esta diferencia de contraste sería *sustancial* y por ende devendría en una *incomparabilidad*.³⁶¹

Sobre el caso sobre el uso lúdico de la marihuana, Sánchez Gil comenta que el aspecto “*suprainclusivo*” de la norma penal impugnada en la acción de inconstitucionalidad 2/2014 “*en realidad va contra el subprincipio de necesidad, no contra el de "idoneidad" o el de "razonabilidad"*. Cuando la restricción de un derecho fundamental se extiende a hipótesis desvinculadas del fin legítimo que la

³⁶¹ Chang, Ruth, *op. cit.*, pp. 14-15 y 48-50.

impulsa, no carece de "aptitud" para lograr este (idoneidad), sino que afecta el derecho fundamental de una manera excesiva, prescindible, pues hay una opción "menos lesiva" para lograr dicho propósito: ajustarse estrechamente a los casos que si se vinculan con él; tampoco puede hablarse de "razonabilidad" (entendida como "ponderación" o "proporcionalidad stricto sensu", según la Suprema Corte), pues no se ha de pasar a esta etapa del examen de proporcionalidad por haber reprobado la anterior; (...).³⁶²

10 La proporcionalidad según la “moderna teoría de los derechos fundamentales” (Caso del uso lúdico y recreativo de la marihuana. Amparo en revisión 237/14). Las críticas de Cossío Díaz y García Amado al respecto.

En el muy conocido recurso de revisión en sede del amparo indirecto la Primera Sala de la SCJN, en lo que en este apartado interesa, invocó a la “*moderna teoría de los derechos fundamentales*” (sic) para el efecto de explicar la forma en que deberían abordarse tales derechos desde la perspectiva de la *adjudicación constitucional*, se infiere. Así es que se observa redactado el punto II de título “*Análisis de la incidencia de la medida legislativa impugnada en el contenido prima facie del libre desarrollo de la personalidad*” de dicha sentencia.³⁶³ Con base a tal *novedosa* teorización, la Sala trazó la *distinción indispensable para entender*

la forma en la que los tribunales constitucionales suelen hacer el control de constitucionalidad de las normas infraconstitucionales a través del principio de proporcionalidad: el alcance del derecho fundamental y la extensión de su protección.³⁶⁴ *De acuerdo con esta distinción, el examen de constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de un análisis en dos etapas.*

Respecto a dichas dos etapas, se afirma que en la primera debe partirse de analizar si la norma impugnada incide en el *alcance* o contenido *prima facie* (o “*inicial*”) del derecho en cuestión. O dicho en otros términos, debe establecerse si la

³⁶² Sánchez Gil, Rubén, “*Acción de inconstitucionalidad 2/2014: un precedente oculto*”, en: “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte*”, *aplicaciones y desarrollos recientes*, op. cit., p.69.

³⁶³ Consultable a fojas V-X de la misma.

³⁶⁴ El **énfasis** es propio.

medida legislativa impugnada *limita* (no usa el vocablo “*restringe*” en el tenor de la multicitada contradicción de tesis 293/2011) el derecho fundamental (así lo adjetiva la sentencia en vez de “*humano*”). En esta etapa, que podemos decir que es afín a lo que habíamos llamado la “*interpretación previa o inicial*”, se aproxima por primera vez, lo que se entiende correlativo a la exégesis periférica o *prima facie* de lo que es el contenido o *alcance* de tales derechos, a la par que se hace lo propio en relación de la norma *infra-constitucional* respecto de la cual habrá de hacerse la debida *adjudicación constitucional*. En esto, la Sala daría razón a la forma en que habríamos dicho que debería de estarse ante la *presunción de constitucionalidad de la norma* en el análisis del elemento de la *indoneidad o adecuación*, con la salvedad de que tal juicio constitucional de *proporcionalidad*, en estricto sentido, habría de efectuarse en la segunda etapa. Así que, digamos, la Primera Sala realizaría un examen “*suave*” de tal *indoneidad o adecuación* y bajo la premisa de precisar qué derecho fundamental o fundamentales serían los que resultarían “*incididos*” por tal creación, en la especie legislativa. Ergo, entenderíamos que no habrá “*incidencia*” si no se delimita, al menos *prima facie*, cuáles son esos derechos humanos o fundamentales que habrán de proseguirse con el análisis constitucional de la norma impugnada.

Nótese como argumenta en el tema tal órgano judicial: “*Una vez hecho lo anterior, debe decidirse si la norma impugnada incide o no en el ámbito de protección prima facie del derecho aludido. Si la conclusión es negativa, el examen debe terminar en esta etapa con la declaración de que la medida legislativa impugnada es constitucional. En cambio, si la conclusión es positiva, debe pasarse a otro nivel de análisis*”.

En la segunda etapa exegética, continúa explicando el fallo en comento, debe determinarse la “*justificación de dicha incidencia*”, es decir, si esta es constitucional, *lato sensu*. Análisis que deberá hacerse ahora de forma exhaustiva; esto bajo el reconocimiento expreso y reiterado de dirigirse, para tal finalidad, al instrumento principialista de la *proporcionalidad*, que no es otro que el de la *ponderación* refrendada por Alexy y Dworkin ya antes desglosado.

Concretando las dos etapas en una explicación, podríamos correlacionarlas desde la *“doble fisonomía”* (sic) que la misma Sala le endilga al derecho fundamental que habrá de analizarse: *“antes de practicar el test de proporcionalidad presenta un carácter prima facie y sólo después de que se ha realizado el escrutinio adquiere un carácter definitivo, de tal suerte que si la medida legislativa limitadora no supera el test de proporcionalidad el contenido definitivo del derecho será coincidente con el atribuido prima facie; en cambio, si la ley se encuentra justificada a la luz del test de proporcionalidad el contenido del derecho será más reducido que el aparente o prima facie”*. De nuevo, podemos ver que el Alto Tribunal precisa cómo debe interpretarse *previa* y luego *definitivamente* un determinado componente jurídico, en la especie un derecho humano o fundamental.

La resolución que estamos comentando, en cuanto a su instrumentalización se refiere, fue rebatida, con distinta intensidad, en el voto concurrente del ministro en retiro José Ramón Cossío Díaz y, con más dureza, como suele ser su estilo, por parte del investigador y filósofo Juan Antonio García Amado. Se sintetizan los puntos medulares aun no comentados de ambos posicionamientos:

a. Según Cossío Díaz. El jurista indica en el segundo párrafo de su voto *“me separé de la metodología utilizada en el fallo”*, siendo este el eje de lo que nos interesa comentar, pues es enfático en señalar el *error metodológico* respecto al cual se aborda la *adjudicación constitucional*: *“(…) colocar el derecho al libre desarrollo de la personalidad como premisa mayor, dificulta la posibilidad de intervención estatal cuando estamos frente a una sustancia que produce una afectación “no tan grave” en la salud de las personas”*. En esa idea, entenderíamos que el ministro en retiro habría preferido el colocar como el derecho fundamental susceptible a *incidirse* el que se desprende de su siguiente aseveración: *“La obligación constitucional es garantizar positivamente el derecho a la salud”*. Por ende, en el entendido que la misma resolución mayoritaria acepta que las *“campañas de información y las estrategias de salud pública serían más efectivas que la prohibición (penal tildada de inconstitucional) misma”*, es que

Cossío Díaz dice que indebidamente se habría *infra-valorado* a la salud pública “*indispensable para proteger debidamente los derechos humanos de la población en general, y el derecho a la salud en particular*”. Sin dejar atrás que habrían sido indebidamente considerados aspectos políticos afines al sistema jurídico doméstico con asidero internacional comparado en el tema: “*No hay que perder de vista que a nivel mundial, la permisión y descriminalización del uso recreativo de la marihuana se ha dado mediante procesos de deliberación democrática en el seno de congresos y parlamentos*”. Es, entonces, que contrario a lo que el orden jurídico señalaría como lo debido el aludido agregó: “*(...) nuestra sentencia está dando inicio a un proceso a la inversa, pues previo a la construcción de un marco regulatorio, se están otorgando autorizaciones administrativas con fundamento en una resolución jurisdiccional. Ello conlleva una enorme responsabilidad para este Alto Tribunal y por eso soy de la convicción de que nuestra sentencia debió precisar de la mejor manera posible, no solo los efectos concretos sino también las medidas exhortativas de carácter estructural*”.

b. Según García Amado. Como ya se había adelantado, el español critica la *hiper-valorización* que se hizo del derecho al *libre desarrollo de la personalidad*, pues la Sala lo habría *integrado* partiendo del artículo 1º constitucional, concretamente de la *dignidad* (lo que es un lugar común si se recuerda que esta es la base o esencia de todos los derechos fundamentales de las personas humanas). Si a esto se le añade su consagración *implícita* en la CPEUM al momento de resolverse tal recurso de amparo³⁶⁵, se pensaría que su fundamento conceptual sería, a lo menos, débil si lo confrontamos contra el derecho a la salud que previamente refirió Cossío Díaz. Pero hay más: la esencia de tal clase de derecho *a la personalidad* no protege, *per se*, a una previa y determinada *libertad*, sino a la que la sentencia en comento refiere como “*un área residual de libertad que no se encuentra cubierta por las otras libertades*” (sic).

³⁶⁵ Y que no obstante su posterior consagración expresa en dicho texto fundamental (segundo párrafo del artículo 19, según la reforma en el DOF del 12-04-2019), su mención, más que ser receptiva de su contenido o esencia básica, es señalada únicamente como parte del catálogo con fines de mandato de los casos en deberá aplicarse oficiosamente la medida cautelar de la prisión preventiva en materia penal.

Entonces, tenemos que, frente a cuestiones de orden público relativas al cuidado de la salud pública, como la principal a citar, la Primera Sala habría dado primacía y sin una debida construcción argumentativa, de acuerdo a lo opinado por ambos letrados, a lo que sería un derecho o libertad de la clase civil e individual de asidero constitucional *implícito y residual*. García Amado combate que en su justificación la Corte se haya basado en la doctrina del Tribunal Constitucional alemán (Caso *Elfes*), pues en este se partió del aspecto positivista de la letra del artículo 2.1 de la Constitución de dicha nación que expresamente dice: "*Toda persona tiene el derecho al libre desarrollo de su personalidad siempre que no viole los derechos de otros ni atente contra el orden constitucional o la ley moral*". Y agregamos, la misma norma suprema germánica sienta, también expresamente, las *restricciones o límites* a tal derecho o libertad. De ahí que el ibérico considere como incorrecto que la Corte mexicana aluda al *libre desarrollo de la personalidad* como "*un derecho genérico o de sastré*" (sic), pues eso en modo alguno tendría sustento en tal derecho comparado. Y aún más: la permisión al libre desarrollo de la personalidad, enfatiza el ibérico, desde un planteamiento o enfoque liberal, se traduciría en tenerlo como "*eje principalísimo del sistema constitucional*" (sic); extremo que sólo había sido antes predicado respecto de los principios *pro homine* como en su caso el de la igualdad y, en general, de la dignidad de las personas. Situación, la primera citada, que acarrearía el riesgo de considerar que cualquier o prácticamente cualquier conducta individual o colectiva resultaría receptiva de dicha libertad, obligando, en consecuencia, a que el intérprete jurídico tenga que probar lo opuesto. Sobran ejemplos en la obra de García Amado que retratan los *absurdos jurídicos* en que podría caerse en aras de proteger a tal derecho tenido expresamente como fundamental e, implícitamente, como *superlativo* por la Primera Sala del Alto Tribunal. Situación que, por otra parte, nos hace pensar en lo que desde hace mucho se ha catalogado, lisa y llanamente, como "*el abuso del derecho*".

Abundando con la *integración del libre desarrollo de la personalidad*, su aceptación expresa en tal precedente judicial quedaría de indefectible constatación ante la siguiente frase: "*parece evidente que el derecho al libre*

desarrollo de la personalidad es un derecho cuyos contornos deben irse precisando jurisprudencialmente". Y como se diría en el argot jurídico, es precisamente "a golpe de jurisprudencia" que la misma se ha venido edificando desde la sede la Primera Sala, como queda de manifiesto ante el primer precedente, cronológicamente hablando, que derivaría, no relativo al uso libre y recreativo de la marihuana o de un tema de origen conexo al mismo, sino al diverso y autónomo de la *disolución del matrimonio*. Aquí el título de la tesis, publicada en el mes de octubre de dos mil doce en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, que retrata ese primer criterio: **"DIVORCIO SIN EXPRESIÓN DE CAUSA. EL ARTÍCULO 103 DE LA LEY PARA LA FAMILIA DEL ESTADO DE HIDALGO QUE LO PREVÉ, NO VIOLA LOS ARTÍCULOS 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, 17 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS Y 23 DEL PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS"**.³⁶⁶

Como dato adicional a resaltar en vía de coincidencia, destaca que el ponente del asunto del cual deriva dicha tesis fue Cossío Díaz. El mismo amparo en revisión objeto del presente apartado enfatiza en su engrose que el derecho comparado evidencia que tal construcción jurisprudencial habrá de estarse a lo que derive de casos concretos; lo que, a más de ser una obviedad atendiendo a la calidad del intérprete que lo afirma, señala el, al menos aparente, distanciamiento de la creación democrática-política (vertiente positivista en sedes legislativa y administrativa) de que el mismo derecho libertario se nutre en otras latitudes, tal cual reconocerían tanto García Amado como Cossío Díaz. Sobre ese "casuismo" se abundará cuando se trate el tema del "realismo jurídico" más adelante. En un sentido conexo, García Amado nos refiere que el mismo derecho comparado avalaría el uso habitual del "principalismo ponderador" para resolver los asuntos en que estén de por medio los derechos fundamentales y/o constitucionales, pero advierte que tal herramienta exegética podría ser peligrosa, de sobremanera, para tales derechos si los tribunales constitucionales cambian, como refiere que están cambiando ya en algunos lugares, su enfoque o "ideología" liberal (o acaso muy

³⁶⁶ Tesis 1a. CCXXIX/2012 (10a.). NRE 2001903.

liberal) y en pro de las libertades civiles como de los derechos sociales. Extremo, agregamos, que también podría observarse desde la óptica normativista, concretamente, de los que el filósofo llamaría “*constitucionalistas reaccionarios*”, a efecto de que, con el pretexto o bien fin legítimo de reformar la Constitución en aras de proteger ciertos derechos fundamentales, sea directamente o bien indirectamente mediante la invocación del orden público, se disponga reformar o adicionar la misma al grado, incluso, de sentar una *limitación o restricción expresa* en el tema.

11 Los demás instrumentos para argumentar sobre derechos humanos

Hubo vida antes (y debe haberla después) de Alexy y Dworkin; esto en alusión a la *ponderación* líneas arriba desglosada, misma que sigue siendo la corriente argumentativa (o ¿*pseudo-argumentativa*?) más usada en el tema; siendo esta la razón por la cual se describió su metodología de aplicación. Ahora, para poder argumentar, valga la redundancia, la necesidad del presente apartado, habría que retrotraernos *incluso antes* de citar la primera definición del principio *pro homine*. Rubén Sánchez Gil, respecto a la aparente divergencia entre la *ponderación* y los demás instrumentos metodológicos, en el caso del tipo jurídico, difiere que exista dicha oposición general pues, por el contrario, diría, los segundos constituirían “*los cimientos de una argumentación que aquélla (la ponderación) concluye erigiéndose como el criterio que en última instancia define el significado de los derechos fundamentales*”.³⁶⁷ Es decir, Sánchez Gil nos daría a entender que la *ponderación* sería la *última frontera* que sortear antes de, *grosso modo* diremos, interpretar a cabalidad un concepto en materia de derechos humanos. Esto último, si nos atenemos a lo que textual refirió el investigador, podría llevarnos a cambiar el discurso precitado en relación al papel del *pro homine* (como principio y su finalidad en la *ratio decidendi*) en la *dotación de*

³⁶⁷ Sánchez Gil, Rubén, “*Acción de inconstitucionalidad 2/2014: un precedente oculto*”, en: “*El test de proporcionalidad en la Suprema Corte*”, *aplicaciones y desarrollos recientes*, op. cit., p. 46.

contenido de los derechos humanos y/o fundamentales a fin sustituirlo por el ejercicio argumentativo (y de esencia adjetiva o instrumental) de la *ponderación*.

Lo anterior a fin de explicar, desde la muy sintética óptica de, sino todas, de varias de las más importantes corrientes de la argumentación jurídica en la actualidad, cómo es que deberían de interpretarse los conceptos como los conflictos en donde estén de por medio los derechos humanos. Esto desde la explicada dualidad teórico-práctica de la razón, según se parafrasearía a Immanuel Kant:

I.- Según Stephen Toulmin, y su idea, que consideramos explicable a través de las premisas silogísticas, de que una de estas sería la “*moralmente válida*” (llamada por él “*warrant*”), esto entendido como la “*regla de inferencia*” a partir de la cual se analizarían los hechos contra la misma contrastados. Como el propio Alexy lo reconocería, al menos muy sutilmente, una de las grandes diferencias con su *ponderación* recaería en que esas concepciones estarían más cerca respecto del contenido y fiabilidad “moral”, es decir, fundamental, de dicha premisa que de su empleo en un ejercicio matemático, tal cual.³⁶⁸

De entrada, al haber de antemano una “*regla moralmente superior*”, basarse en ella significaría un choque, no solo en el discurso elemental de los derechos humanos³⁶⁹, sino en el *balancing* mismo. De ahí que, como se entrevé, su correlación con el silogismo lo haría indudablemente más proclive de ser compatible con la *subsunción*. Cabría precisar que Toulmin como Albert Jonsen salvarían tal encasillamiento subsuntivo al reconocer, al menos tangencialmente, la pertinencia del “*casuismo*” (*intrínsecamente vinculado* con el *common law* anglosajón), para el efecto de determinar la respuesta argumentativa al caso concreto.³⁷⁰ No obstante, los procesos deliberativos y argumentativos, como los

³⁶⁸ Alexy, Robert, “*Teoría de la argumentación jurídica*”, *op. cit.*, p. 94 y ss.

³⁶⁹ Salvo que se esté ante la dignidad humana y demás *topois* contenedores del *jus cogens*.

³⁷⁰ Jonsen, A. & Toulmin, S. “*The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*”. Berkeley University of California Press, 1988.

conciben tales autores, distarían de tener una objetividad desprovista del precitado elemento “*moralmente superior*”.

II.- La “*argumentación moral*” de Kurt Baier. Entendida esta bajo el concepto propositivo, y tal vez no tan deontológico, de maximizar el pensamiento de Kant y Descartes, esto en el enfoque de la búsqueda de la razón, el extinto austriaco nos conminaría a apartarnos del ideal de Toulmin a fin de *atomizar las reglas* a partir de las cuales examinar los temas, en este caso jurídicos. Solo así, diría el autor en cita, podríamos llegar a develar cuál sería la mejor razón posible que, para cada caso concreto, debería aplicarse de entre varias también presuntivamente pertinentes. Esto lo retoma Alexy cuando lo refiere como un ejercicio donde se “*sopesa*”³⁷¹, un lugar (muy) común respecto de su *ponderación*.

Al final, Baier priorizaría unas reglas sobre otras, a las cuales llama “*rules of superiority or rules of priority*”, que, si bien pudiera resultar compatibles con los pilares del *juicio de proporcionalidad stricto sensu*, devienen aún en más flexibles en cuanto a ser de obligado acatamiento. Decisión que, de nueva cuenta, no rebasaría la subjetividad-discrecionalidad del resolutor del caso.

III.- Jürgen Habermas y su “*verdad consensuada*”. Muy en resumidas cuentas, el referenciado como el más importante filósofo y sociólogo vivo en el mundo nos explica que, en cuanto a lo que podríamos llamar como un concepto o pensamiento “verdadero”, lo que incluiría también mandatos como el de *favorabilidad a la persona*, estaría en relación a su *potencialidad* de ser aceptado por los demás. Acuerdo de las mayorías, democracia mayoritaria, varios epítetos se le endilgarían al discípulo de la Escuela de Frankfurt a raíz de su estrecha concatenación cuantitativa como fundamento de valor.

El filósofo alemán nos recuerda que, a diferencia de lo *racional*, un argumento sería *razonable* siempre y cuando sea aceptado por consenso; extremo que sería compatible con base en criterios *extra-jurídicos*, tales como los valores éticos y/o morales; los convencionalismos sociales, etc. Pensamiento

³⁷¹ Alexy, Robert, *loc. cit.*, p. 105.

respecto del cual Atienza Rodríguez nos diría que el derecho no solo se conforma de valores formales (jurídicos), sino también de los de índole *razonable* (verdad y justicia) y los que, en este contexto, podríamos vincular con Habermas: los del tipo político, de fuerte dependencia en cuanto a sus atributos de *aceptabilidad* y *consenso* se refiere.³⁷²

En un sentido concordante, Cass R. Sunstein fija la atención en los discursos opuestos que se tiene sobre un concepto o caso objeto del debate a fin de llegar a mediar entre unos y otros, o como lo diría él, a “*contemporizar*”, a buscar una posición “*neutral*”, entendida como una “*heurística de lo correcto*”.³⁷³ Esto, nos dice Sunstein, no debiera verse como peyorativo, pues es bastante encomiable que, incluso tribunales como la SCJN (siendo un ejemplo paradigmático el debate y posterior engrose de la CT 293/2011) pretendan rescatar, al menos, las mejores argumentaciones de las partes en conflicto a efecto de construir una solución pacífica y no por ello menos racional, superando con ello el mero concepto de “*negociación judicial*” pues así también se evitarían o desactivarían problemas sociales y políticos, más que solo jurídicos.³⁷⁴

Lejos de desterrar a la *contemporización*, el texto actual del artículo 94 de la CPEUM³⁷⁵ daría sustento a los que vinculan dicha figura con el *stare decisis* (la doctrina del precedente)³⁷⁶, concretamente con la actividad judicial que tiende a balancear las corrientes argumentativas diversas, entre ellas la del “*fundamentalismo de los derechos*” (de esencia principialista); “*la primacía democrática*” (de índole positivista y en pro de la conservación de la norma) y la “*minimalista*”, entendida esta, no como neutral o *contemporizadora* (que es la que,

³⁷² Atienza, Manuel, “*El sentido del derecho*”, *op. cit.*, pp. 263-264.

³⁷³ Sunstein, Cass R, “*Trimming*”, en *Harvard Law Review*, vol. 122, núm. 4, 2009, pp. 1049-1094. Traducido al español por Mariana Hernández Cruz, consultable en “*Conflictos entre derechos, ensayos desde la filosofía práctica*” (...), p. 103.

³⁷⁴ *Ibidem*, pp. 104-105 y 107-108.

³⁷⁵ Concretamente atento a este párrafo: Las razones que justifiquen las decisiones contenidas en las sentencias dictadas por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación por mayoría de ocho votos, y por las Salas, por mayoría de cuatro votos, serán obligatorias para todas las autoridades jurisdiccionales de la Federación y de las entidades federativas. Párrafo adicionado DOF 11-03-2021.

³⁷⁶ Así explica Sunstein cómo sería, al menos desde su perspectiva, el papel deóntico de los tribunales como la SCJN.

se insiste, buscaría rescatar argumentos de las demás corrientes para llegar a una conclusión lo más armoniosa posible), sino como la que no busca necesariamente la solución de fondo del problema, es decir, que se contenta con abordar superficialmente el asunto, o bien, que le basta con que el mismo sea pospuesto.

En esto, ¿cómo quedarían los temas de los derechos humanos, incluidos el principio *pro homine* y sus “*sub-principios*”? Ateniéndose al diálogo correspondido entre tribunales internacionales y nacionales, estaría por demás justificado el valor epistémico de tales componentes del DIDH, hacia fuera, y solidificado su constitucionalismo, hacia dentro de los países. Logrando así, de ser posible, una *contemporización* o *heurística de lo correcto*, como antes se explicó, más aún si se recuerda que no sería correcto, al menos políticamente, determinar tajantemente y sin vuelta atrás qué tribunal (nacional o internacional) tendría, anticipadamente al menos, la última palabra en la definición de un tema jurídico.

Ahora, mención especial tendría el pensamiento del aludido Habermas, en el sentido de considerar, explica Marina Velasco, contrariamente a la tesis de Alexy, que los derechos humanos o fundamentales, aun y cuando se vinculen intrínsecamente con los principios, no deben tener esa flexibilidad (o *ductibilidad*, si evocamos a Zagrebelsky) que los vuelva “*valores, principios o mandatos de optimización*”³⁷⁷. De ahí, entiendo lo explicado por Velasco, quien también criticaría la “*inevitabilidad*” de la *ponderación* como instrumento de solución de conflictos, que debería entenderse que una cosa es que la *deontología de los derechos* no sea equiparable a una *regla* y otra distinta es que se avale su indeterminación o abstracción y con ello su total desapego a su positivización, en el entendimiento de que permitir el último supuesto trastocaría la funcionalidad del sistema jurídico aplicable.

IV.- Theodor Viehweg y la “*tópica jurídica*”. Como parte de la actual “*teoría de la argumentación jurídica*”, además de la Toulminsiana, estarían la de Viehweg y la (nueva) retórica de Perelman. Las tres recipientes de la corriente

³⁷⁷ Velasco, Marina, “*Proporcionalidad, normas y valores para ciudadanos y jueces*”, en “*Conflictos entre derechos, ensayos desde la filosofía práctica*” (...), pp. 268-269.

más reconocida de la *anti-lógica formal*, entendida esta última, si no como la única, la más socorrida vía para lograr el *razonamiento jurídico*.³⁷⁸

Viehweg resucita la tónica de Aristóteles y Cicerón y reformula su *método jurídico*, la “*tónica jurídica*”, a fin de enfatizar que el derecho y la argumentación son inseparables el uno del otro. Siendo que dicha relación requiere, necesariamente, de un basamento común: los *tópicos*, o mejor conjugada su voz, los “*topoi*”, a los cuales se refiere Juan Antonio García Amado como los “(...) *argumentos estandarizados y consolidados en la práctica gremial y social y que, por sí y con su mera mención en el discurso, suscitan un eco favorable en el auditorio, parten de cierto consenso presupuesto.*”³⁷⁹ Sin duda se reafirmaría que el principio *pro persona*, el *favor debilis*, el *in dubio pro reo*, etc., encajarían perfectamente en esa descripción tónica o “*topoiesca*”, tal cual ya se había adelantado en el primer capítulo de esta investigación.

Atienza Rodríguez nos dice que no existe jerarquía entre los *topoi*, según la óptica de Viehweg. Esto, lejos de representar un problema, si nos atuviéramos a los demás doctrinarios citados, daría realce a Dworkin y a Alexy en cuanto a la factibilidad de aplicar el o los principios que se consideren idóneos al caso. Cosa distinta sería el pretender hacer viable una regla, como la de *jus cogens*, en el razonamiento de Viehweg.

La problemática, en lo que nos atañe, se dirigiría a otro sitio: a que por sí sola la *tónica jurídica* no puede, ni ser sinónimo de argumentación jurídica, ni menos aún ser un tipo argumentativo sólido y suficiente para resolver los problemas jurídicos. De ahí que se considere como indebido su alejamiento, al menos total, del *jus-positivismo* como de su extremo, el *jus-naturalismo* (al que no pocos observan mutado en el *neo-constitucionalismo*) en el entendimiento que

³⁷⁸ Divergencias interesantes, si resulta cierto, como coloquialmente se dice, que el derecho es “*80 por ciento lógica*”. De ahí que se entienda cómo es que sigue teniendo vigencia el silogismo, la más reconocida figura lógico-argumentativa, al menos desde un enfoque sintético por antonomasia.

³⁷⁹ García Amado, Juan Antonio, “*Decidir y argumentar sobre derechos*”, colección “*Jueces y argumentación jurídica*”, Tirant Lo Blanch -Instituto de la Judicatura Federal-Consejo de la Judicatura Federal, México, 2017, p.39

dichas doctrinas coadyuvarían en el desarrollo de los significados de los conceptos jurídicos y *extra-jurídicos* que complementarían la utilidad de dicha tópica como argumento jurídico.

V.- La “*nueva retórica*” de Chaim Perelman. Muy correlacionado con Viehweg, Perelman se enfoca, distintivamente, en el resultado victorioso de lo que se argumenta, más que en lo que sería su asidero, *topoiesco* o no y de su valor en cuanto a su veracidad de lo que se argumenta. Convicción o persuasión del contrario, sea este una sola persona, un auditorio, o por qué no, la humanidad misma. García Amado así presenta a la esencia Perelmaniana: como la relativa a la manipulación necesaria para hacer primar los argumentos. Viehweg habría creído en la valía de los *topoi*, esto en el discurso moral o axiológico de la razón, consecuente con los fines deontológicos. En cambio, para Perelman

*(...) lo que sea en materia moral, política o jurídica la solución objetivamente buena o verdadera no está predeterminado en ninguna ontología ideal o en ningún mundo del ser o naturaleza de las cosas, sino que deberá ser establecido en cada ocasión; no averiguado, sino puesto.*³⁸⁰

De ahí el divorcio conceptual de la predeterminación *topoiesca* de Viehweg. Si bien Perelman recurre a la dialéctica para justificar su convicción o persuasión argumentativa, en aras de lograr la razón acorde al evento planteado entre los dialogantes, quien escribe no deja de imaginar al nacido en Varsovia unos años antes de la Primera Guerra Mundial como una especie de “*sofista contemporáneo*”, tal vez el más emblemático, con todo respeto dicho para el gran retórico de mérito.

Por otro lado, defendiendo la valía del pensamiento del polaco, diríamos que este propende a justificar el efecto práctico de hacer primar un principio o diverso componente jurídico con base en su resultado práctico como social y no así en lo estrictamente jurídico. Es decir, Perelman se decantaría más por el aspecto razonable que por el racional de la operatividad del sistema jurídico; razonabilidad sustentada en la amalgama de argumentos de valor que el juzgador

³⁸⁰ *Ibidem*, pp. 42-43.

estime como los de mayor importancia y/o trascendencia en la sociedad en que actúe como tal.

Siguiendo con el pensamiento de Perelman, bien pudiéramos enfatizar que la importancia y trascendencia del meta o mega-principio *pro homine* se develan ante la pertinencia de hacer valer, lo mejor posible, los derechos humanos, más que, por otra parte, convalidar sus restricciones jurídicas y de otro tipo. Esto en el contexto de vivir en un mundo más armonioso que el actual, en donde resaltan las necesidades de millones y millones de personas que, frente al poder político y de otra clase, bien podríamos llamar, *grosso modo*, *débiles*.

12 La argumentación a propósito de la *bioética* y el *bioderecho*

Uno de los temas contemporáneos donde se ha puesto a prueba el desarrollo metodológico de la argumentación jurídica es en los conceptos de la *bioética* y el *bioderecho*. Con el propósito de diferenciar sucintamente a uno del otro, diremos que el *bioderecho* sería “*un nuevo modelo deliberativo y argumentativo dentro del derecho, ya que tiene la capacidad de elaborar articulaciones dentro de la naturaleza focalizada de las prácticas de las ciencias biomédicas, aportando categorías de sentido ajustadas a los alcances de dichas inventivas, lo cual no está, necesariamente, presente en el derecho tradicional*”.³⁸¹ Por su parte, la *bioética* vendría siendo un estudio, con cierta sistematicidad y de fuerte contenido moral de origen anglosajón que en por lo menos los últimos treinta años ha conjugado en su discurso metodológico y didáctico sus aspiraciones de sintetizar, “*paradigmáticamente, ciencia y conciencia, hechos y valores, ser y deber ser*”.³⁸²

Tratando de englobar ambas figuras jurídicas a fin de observarlas desde la perspectiva de lo que suele decirse en Francia, tendríamos que, tal cual acontece

³⁸¹ Valdés, Erik, “*La argumentación en el bioderecho*”, contenido en “*Argumentación e Investigación Jurídica: Perspectivas Contemporáneas*”, Valdés *et. al.*, Universidad Santo Tomás, Departamento Ediciones Usta Tunja, primera edición, Colombia, p.33.

³⁸² *Ibidem*, p. 71.

lato sensu con los derechos humanos, la *dignidad* sería ese baluarte o principio axiológico, concomitante con el ya invocado pensamiento de Toulmin, que rompe la horizontalidad entre las personas en pos de exigir hasta de terceros (sean personas de la esfera pública como de la privada), el cumplimiento inmediato, incondicionado y, al menos en teoría, sin excepciones. Ciertamente, cabría, por una parte, el paralelismo con la característica de *absoluto* que moralmente soporta al derecho humano en sí mismo considerado y, por la otra, con la exigencia de cumplimiento de las normas-reglas de *jus cogens*.

Valdés critica la postura de la escuela estadounidense que, con base en lo que sería su argumentación principialista, recurre a la moral “común” y con ello hace vincular y, más aún, depender, al *bioderecho* de la *bioética*. En lo que interesa para los fines de la presente investigación, diremos que tal autor critica a tal escuela como a la europea porque tergiversan los fines metodológicos como epistemológicos pues reduce los alcances deliberativos y argumentativos del *bioderecho* al postulado a los postulados de la ética, lo cual, abunda, rompe con la posibilidad de desarrollar el primero acorde a lo jurídico como tal y sus efectos vinculantes, haciendo nugatoria la posibilidad de construir nuevas formas de concebir, o bien, de crear nuevos derechos.³⁸³ Sobre esta última aseveración, misma que lo pondría a la par de lo que en su oportunidad se dijo del *pro homine*, Valdés diría que el *bioderecho* y no así la *bioética* es el instrumento jurídico dotado de la suficiente capacidad hermenéutica para ayudar a conceptualizar “*nuevos derechos subjetivos individuales*” (sic), en la especie “*bioderechos y derechos humanos de cuarta generación*” (sic), así como “*nuevos bienes jurídicos tutelados*” (sic), especialmente los de índole penal.³⁸⁴

He ahí la discusión acerca de si el *bioderecho* tendría la importancia y trascendencia, sea por su relación con los temas particulares y científicos como el de la genética, por citar el ejemplo más recurrido, de llegar a constituir una más

³⁸³ *Ibidem*, p. 30.

³⁸⁴ *Ibidem*, p.p. 33-36.

actual y debida configuración de derechos humanos o fundamentales, con asidero doméstico como internacional.

13 El “*soft balancing*” en el mundo del “realismo jurídico”

Partiendo del pensamiento estadounidense del siglo XX que, *lato sensu*, consideraba que el derecho se construía empíricamente teniendo como fundamento la moral o razón³⁸⁵ (*intersubjetividad*) del juzgador y no así, propiamente, argumentos sólidamente jurídicos (de ahí que se asegure que dicha corriente se colmaba con consideraciones acerca de lo que se consideraba como “*justo*” y no así por lo que resultara “apegado a derecho”)³⁸⁶, cabría ahora observar, crítica y dialécticamente, cómo funciona en realidad la *ponderación* como instrumento lógico-jurídico aplicable al tema de los derechos humanos, incluido en el mismo el principio que lo *maximiza*: el *pro persona*. Esto a manera de complementar lo dicho en el apartado inmediato anterior.

En esta tesitura, Martínez Zorrilla, a propósito de tal *subjetividad* del juzgador, diríamos que la define como “*esa capacidad intuitiva de enjuiciamiento o sentido innato de la justicia es lo que guía al decisor hacia la respuesta más adecuada en cada una de las situaciones concretas en conflicto a que se enfrenta*”³⁸⁷.

Bajo esta lógica es que vale la pena preguntar: ¿realmente se argumenta “*ponderando*” como predica Robert Alexy y correligionarios? Más concreto: para resolver asuntos donde se alegue, al menos de una de las partes, la defensa de derechos humanos, ¿indefectiblemente se recurre al *juicio de ponderación* y con ello a sus tres fases o *sub-principios*? Y, suponiendo que así fuere, ¿es inevitable la aproximación matemática que formula su máximo expositor para llegar a la razón práctica y/o moral del caso *ponderado, balanceado o sopesado*?

³⁸⁵ Siguiendo el pensamiento kantiano, tanto teórica (descriptiva) como práctica (propositiva).

³⁸⁶ Al respecto, es ilustrativo el escrito “*Realismo Jurídico Estadounidense*” de Brian Leiter, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, consultable en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/10.pdf>. Fecha de acceso: 04 de diciembre de 2019.

³⁸⁷ Martínez Zorrilla, David, *op. cit.*, p. 288.

Es más: Martínez Zorrilla, analizando las obras "*Epílogo a la Teoría de los derechos fundamentales*"; "*Constitutional Rights, Balancing, and Rationality*" y "*On Balancing and Subsumption. A Structural Comparison*" del mismo Robert Alexy nos da a entender que aquel habría matizado (en el aspecto "*particularista*") su teoría de referencia al considerar que su "*fórmula del peso*" reduciendo esta y su aplicación al caso concreto, siendo correcta, en estricto sentido, la solución derivada en ese preciso asunto, vedándose así, la generalización o la *vertiente universalista de la ponderación*, hacia los demás casos.³⁸⁸

He aquí resulta correcto voltear a ver a la vida de los tribunales, es decir, al *realismo jurídico*. En esta idea, se evoca lo resuelto en los muchos precedentes judiciales aducidos en esta investigación. Con este panorama, queda claro que ni la Corte IDH ni la SCJN, como en su caso tampoco el TEDH ni las cortes constitucionales española, argentina, colombiana y peruana se ajustan, estrictamente, al parámetro ponderativo Alexyano.

Esto, porque del cuerpo de sus fallos se ve que, *si acaso*, se menciona el uso de la *ponderación* a efecto de desentrañar el significado de un determinado concepto jurídico y, ciertamente, más aún cuando en ello está la resolución de un *caso difícil*. Por ello es que, parafraseando a la "*aritmética ponderativa*", podríamos asegurar que la sola mención nominal del citado instrumento valorativo correspondería al 90 o 95 por ciento de sus alegaciones jurisdiccionales. Siendo, por exclusión, el saldo correspondiente a la aplicación efectiva del *balancing*. Más aún, de entre 5 a 10 por ciento restante, tal vez solamente el 1 por ciento, a lo sumo, cumpla, a rigor, cada uno de las fases o *sub-principios* de mérito.

Si la anterior conclusión resulta compatible con el *realismo jurídico de los grandes tribunales*, por qué esperar lo opuesto en los juzgados y demás entes aplicadores, es decir, en donde se concentra la mayor parte de la justicia: la ordinaria.

³⁸⁸ *Ibidem*, p.290

García Amado sintetiza lo anterior, enfocándose en el Tribunal Constitucional español como ejemplo *ad hoc*³⁸⁹, de la siguiente manera:

*La cruda verdad es que ponderar, lo que se dice ponderar, no se pondera nunca, ni siquiera el TC. Lo que pasa es que se hace como si se ponderara, sea eso lo que sea, y, de tal manera se ahorra la argumentación sobre la interpretación de la norma y, además, resulta más fácil corregir la sentencia del tribunal anterior: basta decir que en el caso éste no ponderó los derechos en juego en su verdadero contenido y peso constitucional.*³⁹⁰

A manera de *adendum*, diríamos que el Tribunal Constitucional de referencia suele basar su argumentación principialista en un sentido “*armonizador*” a efecto de que los postulados puestos en colisión unos frente a los otros no rebasen el límite o restricción que se traduzca en vaciarlos de su contenido.³⁹¹

Dicho filósofo del derecho también se aboca a criticar la manera en que, no exento en lo absoluto de lo subjetivo e impreciso, se atribuiría el valor, o mejor dicho en esta lógica, el “*peso*” al principio que habría de primar en la *ponderación*. Esto porque se pondera, indefectiblemente, “*para ganar*”, refiere. Influencia en esta conclusión, aunque tácita no por eso menos sólida, de la idea Perelmaniana. El pensador español, en una expresa invocación a la diferencia entre el *convencimiento* y la *persuasión* basado en la doctrina de Perelman, ya había criticado a la *retórica de la ponderación*, pues su esencia, en contravención de lo que entenderíamos como la correcta argumentación jurídica, tendería a

(...) desplazar el centro de atención argumentativa de las razones interpretativas (las verdaderamente determinantes en términos de racionalidad) a las razones de justicia del caso concreto, mucho menos convincentes en términos de racionalidad argumentativa medianamente

³⁸⁹ Por ello, cita 10 sentencias relevantes y recientes del mismo órgano judicial, evidenciando así la nula aplicación de dicho *balancing*.

³⁹⁰ *Op. cit.* p. 93.

³⁹¹ De acuerdo a lo comentado en Ezquiaga Ganuzas, Francisco Javier, “*La argumentación en la justicia constitucional y otros problemas de aplicación e interpretación del derecho*”, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2006, p. 65.

*estricta), pero mucho más persuasivas en términos de artificiosidad retórica o mera habilidad en el manejo de tópicos.*³⁹²

En lo hasta ahora visto se coincide con él. Donde se disiente, al menos parcialmente, es que pueda llegarse al extremo, sin restricción alguna, de ponderarse, en la misma “*balanza imaginaria*” que aduce, una regla frente a un principio. Esto porque, como se dijo ya, las reglas no ameritarían un ejercicio ponderativo, sino el propio de la *subsunción*, misma figura que aquel defiende como la instrumentalización argumentativa por mucho la más utilizada, coincidiendo en que esta se aplica tanto en la resolución, aparente o realmente cierta, de los conflictos de derechos fundamentales (no los cataloga como “humanos”, tal vez por ser congruente con el constitucionalismo de su país), como de los meramente “legales”; esencia, la de legalidad, a la que concatena como la propia de las reglas, derivando, residualmente, el espíritu constitucional a los principios y conceptos afines a los mismos.

Ahora, es cierto que pudiera *sopesarse* un principio Vs. una regla, pero esto sólo sería posible dependiendo de qué regla se trate. Se razona así porque si se está ante una regla del tipo *jus cogens*, no habría principio en contra que la inhabilite. Igualmente, en el contexto mexicano, si quien pretende interpretar argumentativamente es un tribunal y enfrente tiene una jurisprudencia de la SCJN o de un TCC, tampoco podría, siquiera, intentar su *ponderación*. Todo con base en el presupuesto toral de la regla: si resulta conducente al evento fáctico, se aplica. Si no, no. En esto, recuérdese lo comentado por García Amado.

Ciertamente, tratando de apartarse de la conceptualización, a raja tabla, de la *ponderación* de Alexy y Dworkin, aludiendo, por otro lado, a lo que en su oportunidad dijo Bernal Pulido, al emplearse dicho *balancing* no se requería, atenta la realidad como la operatividad de los sistemas jurídicos contemporáneos, la ineludible condición de contrastar un *principio Vs. otro principio*, y ni siquiera un *principio Vs una regla*. Esto porque pudiera tratarse de una colisión entre un

³⁹² García Amado, Juan Antonio, “*Derechos y pretextos. Elementos de la crítica del neoconstitucionalismo*”, *Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos* / coord. por Miguel Carbonell Sánchez, 2007, ISBN 978-84-8164-928-4, pp. 237-264.

principio, al que podríamos concatenar, aun forzosamente, un derecho humano y/o fundamental, frente a una disposición normativa distinta, entiéndase aquí una atinente al orden público o una restricción constitucional expresa, por citar dos ejemplos. Sobre el orden público como límite para el ejercicio ponderativo, aquí tres casos:

El primero: una persona detenida y ratificada su privación de la libertad por el juez penal (de control), esto en México, reclama ser liberada alegando postulados constitucionales y convencionales diversos. En esto, más aún si no existe una víctima del delito, a aquel atribuido, que esté claramente determinada en cuanto a su identidad personal, resultaría patente que la *ponderación* tendría, en uno de los platillos de la “*balanza de Alexy*”, al orden público, así como la operatividad misma del sistema jurídico mexicano, en la especie el constitucional-penal. Cuestión, ciertamente, que podría resultar una “*regla constitucional*”, tal cual podríamos llamar a las *restricciones constitucionales expresas*, aludiendo a los multicitados criterios obligatorios de la SCJN. En esta lógica cobre relevancia el asunto, conocido mediáticamente como “*el desafuero del gobernador García Cabeza de Vaca*”, pues aquí, como a la postre se observó en lo resuelto por el juez de Distrito que le entregó la primera suspensión provisional en contra de la orden de aprehensión girada en su perjuicio, que la figura de la “*inmunidad procesal penal*” (fuero) se traduciría en lo que podemos llamar un *imperativo del orden público* y, más aún, constitucional, que debería observarse oficiosamente por los juzgadores y las fiscalías de justicia penal. Extremo que, en dicho caso, llevó a darle primacía a tales componentes jurídicos por encima de lo expresamente normado en la Ley (federal) de Amparo, aun y cuando estuviera de por medio la persecución de delitos que ameritaran la prisión preventiva oficiosa.³⁹³

³⁹³ Para abundar en el tema: Parra Lara, Francisco José, “*García Cabeza de Vaca y la nueva prueba de fuego para el Poder Judicial federal*”. **Hechos y Derechos**, [S.l.], junio 2021. ISSN 2448-4725. Disponible en: <<https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15938/16771>>. Fecha de acceso: 30 de junio 2021.

En el segundo caso se hace hincapié en el asunto del uso lúdico y recreativo de la marihuana, concretamente respecto a la existencia de argumentos que indican que no se abordó debidamente la sinergia entre la salud y el orden, ambos del tipo público, que harían distinto, al caso incluso de hacer difícil o de plano impedirlo, el ejercicio ponderativo como el que dicho caso planteó la Primera Sala de la SCJN.

Y en el tercero y más reciente, el de la pandemia por el virus del SARS-CoV-2 (Covid 19). En este, recordando lo comentado en el capítulo inmediato anterior, tenemos que el derecho fundamental que derrotaría al o los demás en confronta sería el de la salud pública, mismo que, como ya se predicó respecto del primer caso, tendría una afinidad intrínseca al orden público. De ahí que, como se ha resuelto en varios países del denominado “*primer mundo*”, las libertades civiles como las de tránsito, trabajo, comercio, reunión, etc. tendrían límites o restricciones *racionales* como *razonables* en pos de hacer efectivo el combate a tal flagelo sanitario mundial. Extremo que, en el caso de México, incluso tendría un fundamento *sólido en lo doméstico* al grado de hacer obligatoria, según la Ley General de Salud, la vacunación en todo el país ante el indudable estado de emergencia sanitaria como lo resulta ser el ocasionado por dicho virus.³⁹⁴

Así las cosas, si no existe una regla de esa magnitud (de la fuerza del orden público, en general o de una restricción constitucional expresa, en lo especial), entonces será posible la *ponderación*. Al mismo tiempo, se reitera, también es dable que de tal ejercicio hermenéutico se cree una regla, en la especie la del tipo jurisprudencial y, con ello, se abra la puerta al método argumentativo más usado, en México como allende sus fronteras: el de la *subsunción*, en este caso jurídica. Así, para satisfacción de los *jus-positivistas*, podríamos observar cómo se solidifica la primacía la “nueva codificación”: la “*doctrina jurisprudencial*”.

³⁹⁴ Como se interpreta esta parte de tal ley: Artículo 408.- Las autoridades sanitarias competentes ordenarán la vacunación de personas como medida de seguridad, en los siguientes casos: (...) II. En caso de epidemia grave; (...).

He ahí los orígenes americanos del principio *pro homine* que, curiosamente, nos permitirían observar, por otro lado, que de una “*regla jurisprudencial*” es posible, como al efecto lo es, extraer un principio de la magnitud de aquel.

14 Conclusiones

Como argumento conclusivo de este capítulo puede decirse que el *pro persona*, como principio jurídico que es y aun de trascendencia constitucional y de derechos humanos, podría auxiliarse de la *ponderación* o *balancing* si es que en el camino para determinar y delimitar su procedencia está de por medio uno o más postulados o intereses constitucionales distintos entre sí.

Fuera de esos supuestos no se requeriría del *balancing* dado que el punto a dilucidar recaería, más bien, en si se actualizan o no los supuestos ordenados por las *reglas* que, esencialmente (al menos dentro del derecho mexicano), se contienen en disposiciones legales y no así constitucionales o convencionales. No obstante esto último, siguiendo la directriz constitucional del tercer párrafo del cardinal 14 de la CPEUM, es dable aceptarse que la jurisprudencia consistiría en la *regla constitucional por excelencia* que serviría al juzgador para resolver los “*casos fáciles*”; siendo residuales aquellos en que su solución no pueda derivar ni de la letra de ley (interpretación literal o gramatical) ni de su interpretación jurídica (precedente obligatorio o jurisprudencia). En el último supuesto, y siguiendo el mismo lenguaje hartiano, se estaría ante los “*casos difíciles*”.

Por tanto, respecto de los asuntos “*fáciles*” es la *subsunción* (figura básicamente similar al *silogismo jurídico*) y perteneciente al sistema exclusivo de las reglas, el mecanismo interpretativo que habría de aplicarse para resolver el caso; opinión, ciertamente, que acepta críticas, pues no deja de ser una sugerencia más que un mandato constitucional, legal o jurisprudencial.

Cuando la *subsunción* devenga inaplicable, atento lo anterior, es porque se estaría ante un tema o cuestión dudosa, complicada, “*difícil*”. He ahí la sugerencia al juzgador (no validada como mandamiento obligatorio, según la jurisprudencia de

la Segunda Sala comentada) de recurrir a la *ponderación*; la cual, por otro lado, requiere que se colmen sus criterios o *sub-principios* consistentes en la *idoneidad* o *adecuación*; la *necesidad*, y la *proporcionalidad* o *juicio de proporcionalidad* (*stricto sensu*).

Aunado lo anterior, se aprecia que la importancia del principio *pro persona*, respecto del de *ponderación*, puede ubicarse, al menos, en dos contextos:

El primero, como se ha hecho mención en líneas anteriores, la ponderación que se plantea es entre la colisión de principios que versen, por un lado, sobre una ley o acto y uno o más derechos, por otro. Robert Alexy planteó en este contexto como carga argumentativa el papel del principio in dubio pro libertate³⁹⁵, lo cual da pauta para considerar en términos similares al principio pro persona.

En el segundo escenario, el planteamiento versaría sobre la colisión de dos o más derechos de dos o más personas, en este caso, la ponderación desempeña la misma función, pero el planteamiento versa sobre el papel del principio pro persona en la carga argumentativa. En este caso, como se abordó en el capítulo anterior, el sub principio favor debilis, puede ocupar un lugar importante, (nota omitida) esto es que la persona en una situación de vulnerabilidad podría constituirse como peso en la ponderación.³⁹⁶

Acotación importante: la propia esencia *maximizadora* del principio que nos atañe pudiera no requerir, forzosamente, del empleo exegético de la *ponderación* o *balancing*, tal cual lo habría dado a entender la misma SCJN; menos aún en su estricta conceptualización trifásica Alexyana como pasos indispensables para resolver un significado e incluso un problema jurídico. Basta que el tribunal o diverso intérprete presente una argumentación que devengue en “*racional*” en el concierto donde deba primar, para que se tenga como congruente tanto con los derechos humanos y sus principios como con el sistema jurídico en su conjunto. Misma idea que, atento el criterio citado de la Segunda Sala, obligaría a aplicar el principio *pro homine* o *pro persona* aun frente al *contenido integrador* de las *restricciones constitucionales*. Esto último, claro está, sin que en ningún caso se

³⁹⁵ Postulado específico referido con anterioridad como “*in dubio pro libertatis*”.

³⁹⁶ Castañeda Hernández, Mireya, “*El principio pro persona ante la ponderación de derechos*”, CNDH, primera reimpresión de la primera edición, México, 2018, p. 83. El **énfasis** es propio.

vacíe de su contenido, es decir, que mediante el postulado de mérito se desaplique o inaplique a las mismas.

CONCLUSIONES FINALES

El principio *pro homine*, *pro persona* o de *mayor favorabilidad a la persona* ha tenido y tiene una importancia por demás relevante en el tema de los derechos humanos, por lo menos a partir de la consolidación del DIDH a mediados del siglo próximo pasado. Situación que, dada su trascendencia *bi-direccional* entre lo internacional y lo doméstico, ha llevado al *diálogo jurisprudencial y dialéctico* en la materia y con ello a reconocer que su impulso puede, incluso, servir de instrumento para la construcción de “*nuevos derechos sustantivos o procesales*”, como en su oportunidad tuvo a bien decir la investigadora Zlata Drnas de Clément.

Ahora, también es cierto que aquel postulado sería propiamente un principio y no así una regla, en la especie de la magnitud del *jus cogens*. Conceptualización que lo delimita al grado de tener que observarse cómo está el mismo habilitado en cuanto a sus márgenes de aplicación, tanto en sede internacional como en la doméstica.

Precisado lo anterior, es que en la investigación desarrollada a lo largo de la tesis se delimitaron los marcos positivista o normativo y principialista o argumentativo que trascienden en la regulación de dicho principio. Labor dual que ameritó, concretamente desde la primera perspectiva –la positivista o normativa– el definir la forma en que las normas, entiéndase aquí constituciones nacionales, tratados internacionales como en su caso diversas disposiciones jurídicas domésticas, sientan, *grosso modo*, los pisos, así como los techos, límites y/o restricciones con base a los cuales entender tal postulado.

Por lo que hace a la segunda ruta exegética –la argumentativa o principialista–, se analizó el papel de los operadores jurídicos, primordialmente jurisdiccionales, para precisar cuáles serían las doctrinas, máxime jurisprudenciales, que permean hacia la instrumentalización u operatividad de dicho postulado.

Fue así, mediante dicho análisis dual, que se observó que, con las particularidades propias del sistema jurídico mexicano, ciertamente avaladas por los criterios de la Corte IDH, se robustece, por una parte, el peso de la vertiente

normativa del multicitado postulado, pues con base a dicha perspectiva se dilucidó la conceptualización del texto de la disposición normativa, sea constitucional o convencional, como el límite o restricción que no podría, en lo absoluto, ser desaplicada o inaplicada para vaciarse de su contenido, aún que de por medio se invoque al *pro homine*. Razonamiento que se contrastó, dialécticamente, con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, consolidándose así el peso de la directriz normativa o positivista del postulado de mérito.

Por exclusión, la ruta argumentativa o principialista quedaría, entonces, habilitada para que el operador jurídico se pronuncie sobre cuál interpretación y/o norma y en qué medida o grado sería el (más idóneo) para *mejor favorecer a la o las personas*. Tarea interpretativa que, como lo reconoció la propia SCJN, avalaría la incidencia del *pro persona* como el medio para lograr desentrañar el sentido de las restricciones o limitaciones constitucionales (y, se agrega, las de índole convencional). Esto último, se enfatiza, sin que se desnaturalice el fin de la norma constitucional o convencional al efecto interpretada.

Tomando en cuenta las definiciones doctrinales como los criterios jurisdiccionales desarrollados a lo largo de los tres primeros capítulos, fue que en el cuarto de ellos se plasmó el análisis crítico de la vertiente argumentativa del *pro persona*; esto extremo a fin de justificar que, como al efecto han venido efectuando los tribunales mexicanos como los de otras latitudes, la ponderación de principios, muy relacionada con el pensamiento de Robert Alexy, entre otros doctrinarios, no es ni sería el único método de interpretación a aplicarse en el tema, pues, atento lo evidenciado, sobre todo respecto de lo que hizo coincidir con la vida propia de los tribunales (acorde a la doctrina del “*realismo jurídico*” estadounidense del siglo XX), el método exegético de la ponderación dista mucho de ser, efectivamente, el utilizado, tal cual como se afirma, para la solución de los asuntos jurídicos, incluida la sede judicial.

Por lo antes comentado, es que en el capítulo 3 de la presente tesis se desdoblaron los principales criterios judiciales que en México se han hecho derivar del *pro homine* o *pro persona*. Mismos que, al ser analizados crítica y dialécticamente, permitieron que en el capítulo 4 se dibujaran los pisos

argumentativos mínimos que dicho principio debería tener a fin de coadyuvar en la debida operatividad, efectividad y/o capacidad prestacional de los derechos humanos. Esencia, la de la última idea plasmada, que se considera el objetivo central de su tutela efectiva en el ámbito jurisdiccional.

FUENTES DE INVESTIGACIÓN

Bibliográficas

AARNIO, Aulis, “*Lo racional como razonable. Un tratado sobre la justificación jurídica*”, traducción de Ernesto Garzón Valdés, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1991.

ALEXY, Robert, “*Teoría de la argumentación jurídica*”, traducción de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, primera reimpresión de la segunda edición en español, Madrid, 2008.

ALEXY, Robert, “*Teoría de los derechos fundamentales*”, Centro de Estudios Constitucionales, España, 1993.

“*Argumentación e Investigación Jurídica: Perspectivas Contemporáneas*”, VALDÉS *et. al.*, Universidad Santo Tomás, Departamento Ediciones Usta Tunja, primera edición, Colombia.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, “*El derecho como argumentación. Concepciones de la argumentación*”, editorial Ariel, Barcelona, 2006.

ATIENZA, Manuel, “*Las razones del derecho*”, Teoría de la argumentación jurídica, UNAM, tercera reimpresión de la primera edición, México, 2008.

BERNAL PULIDO, Carlos, “*El precedente y la ponderación*”, en “*La Constitución como objeto de interpretación*”, Serie Interpretación Constitucional Aplicada, No. 1, SCJN-Centros de Estudios Constitucionales SCJN, MARTÍNEZ VERÁSTEGUI, Alejandra, coordinadora, primera edición, México, 2016.

BERNAL PULIDO, Carlos, “*El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*”, 2a. ed., Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, España, 2004

BIDAR CAMPOS, Germán José, “*La interpretación del sistema de derechos humanos*”. Ediar, Buenos Aires, 1999.

BOGDANDY, ARMIN VON y VILLARREAL PEDRO, A. “*Derecho Internacional Público y la respuesta frente a la pandemia de Covid-19*”, panorama internacional, contenido en “*Emergencia Sanitaria por Covid-19*”, Derecho constitucional comparado, González Martín, Nuria y Valadés, Diego, coordinadores, Serie Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional, UNAM, IJ UNAM e Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, México, 2020.

CABALLERO OCHOA, José Luis, “*La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*”, Porrúa, México, 2009.

CABALLERO OCHOA, José Luis, *“La Interpretación Conforme, el modelo constitucional ante los tratados internacionales sobre derechos humanos y el control de convencionalidad”*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, primera edición, tercera reimpresión, México, 2014

CARPIO MARCOS, Edgar, *“La interpretación de los derechos fundamentales”*, Palestra, Lima, 2004.

CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya, *“El principio pro persona ante la ponderación de derechos”*, CNDH, primera reimpresión de la primera edición, México, 2018

CASTAÑEDA, Mireya, *“El principio pro persona, experiencias y expectativas”*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, primera reimpresión de la segunda edición, México, 2018.

“Conflictos entre derechos, ensayos desde la filosofía práctica”, García Godínez, Miguel Ángel y GONZÁLEZ CARVALLO, Diana Beatriz, coordinadores, Suprema Corte de Justicia de la Nación-Centro de Estudios Constitucionales SCJN, primera edición, México, 2020.

DE LORA, Pablo, *“Luigi Ferrajoli y el constitucionalismo fortísimo”*, en *“Garantismo: estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli”*, CARBONELL SÁNCHEZ Miguel y SALAZAR UGARTE, Pedro (coordinadores), editorial Trotta, España, 2005.

“Derecho internacional de los derechos humanos, Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano”, Oficina en Colombia del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Colombia, 2004.

DWORKIN, Ronald, *“Los derechos en serio”*, editorial Ariel, segunda edición, Barcelona, 1989.

FERRAJOLI, Luigi, *“Constitucionalismo principialista y constitucionalismo garantista”*, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 34., dic. 2011.

FERRAJOLI, Luigi, *“Constitucionalismo y Teoría del Derecho. Respuesta a Manuel Atienza y a José Juan Moreso”*, en *“La teoría del derecho en el paradigma constitucional”*, FERRAJOLI, Luigi et. al, Fundación Coloquio Europeo, España, 2008.

FERRAJOLI, Luigi, *“Derechos y Garantías. La Ley del más débil”*, Edit. Trotta, Cuarta edición, España, 2004.

FERRAJOLI, Luigi et. al, *“La teoría del derecho en el paradigma constitucional”*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, segunda edición, Madrid, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo et al, *“Diálogo jurisprudencial en derechos humanos, entre Tribunales Constitucionales y Cortes Internacionales”*, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Corte IDH, Universidad Nacional Autónoma de México y Editorial Tirant Lo Blanch, México, 2013

GARCÍA AMADO, “*Decidir y argumentar sobre derechos*”, colección “Jueces y argumentación jurídica”, Tirant Lo Blanch -Instituto de la Judicatura Federal-Consejo de la Judicatura Federal, México, 2017.

GARCIA DE ENTERRIA, Eduardo y FERNÁNDEZ, Tomás Ramón. “*Curso de Derecho Administrativo*”, Tomo I, edit. Civitas, Madrid, 1974.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos*”, Porrúa, primera edición, México, 2007.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “*Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2002.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto, “*Propuestas*”, Trotta, España, 2011.

GIDI, Antonio, et al, “*La tutela de los derechos difusos, colectivos e individuales homogéneos, hacia un código modelo para Iberoamérica*”, Porrúa-Instituto Iberoamericano de Derecho Procesal, segunda edición, México, 2004.

GUASTINI, Riccardo, “*Estudios sobre la interpretación jurídica*”, traducción de Marina Gascón y Miguel Carbonell, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, séptima edición, México, 2006.

GUTIÉRREZ CONTRERAS, Juan Carlos et al, “*El caso Rosendo Radilla Pacheco, Impacto e implicaciones en el nuevo modelo constitucional en derechos humanos*”, editorial Ubijus-Comisión de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C., México, segunda edición, 2013

HALLIVIS PELAYO, Manuel L. “*Metodología para realizar el control difuso de la convencionalidad*”, Memoria del III Congreso Internacional de Argumentación Jurídica, cuaderno “*¿Cómo argumentar los derechos humanos*”, SCJN, primera edición, México, noviembre de 2013.

HART, Herbert Lionel Adolphus, “*El concepto de derecho*”, traducción de G. R. Carrió, Abeledo-Perrot, reimpresión de 1992, Buenos Aires.

ISLAS LÓPEZ, Abigayl et al, “*Personas Jurídicas y Derechos Humanos, un debate sobre la titularidad de los derechos humanos*”, cuaderno I de la serie “*Estándares Internacionales de Derechos Humanos: Contenido, alcances y límites*”, SCJN-ONU Oficina del Alto Comisionado, México, primera reimpresión de la primera impresión, junio de 2015.

Laporta, Francisco, “*El imperio de la ley. Una visión actual*”, edit. Trotta, Madrid, 2007.

“*Los Principios fundamentales del Juicio de Amparo*”, SCJN, Serie Estudios Introdutorios sobre el Juicio de Amparo, Vol. 1, México, primera reimpresión de la primera edición, México, 2017.

MACCORMICK, Neil, *“Legal Reasoning and Legal Theory”*, Oxford University Press, New York, 1978.

MEDELLÍN URQUIAGA, Ximena, *“Principio pro persona”*, Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHF), primera edición, México, 2013.

NIEMBRO ORTEGA, ROBERTO, *“La argumentación constitucional de la Suprema Corte. A diez años de la reforma de derechos humanos”*, Universidad Nacional Autónoma de México-Instituto de Investigaciones Jurídicas-Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro, México, 2021.

SALAZAR UGARTE, Pedro *et al*, *“La reforma constitucional sobre derechos humanos, una guía conceptual”*, Instituto Belisario Domínguez del Senado de la República, primera edición, México, 2014.

SILVA GARCÍA, Fernando, *“Principio pro homine Vs. Restricciones constitucionales, ¿Es posible constitucionalizar el autoritarismo?”*, Porrúa-Instituto Mexicano de Derecho Procesal Constitucional, primera edición, México, 2014.

URBINA, Francisco, *“A critique of proportionality and Balancing”*, Cambridge University Press, 2017.

VILLASEÑOR GOYZUETA, Claudia Alejandra, *“Proporcionalidad y límites de los derechos fundamentales, teoría general y su reflejo en la jurisprudencia mexicana”*, Porrúa-Escuela Libre de Derecho-Universidad Complutense, primera edición, México, 2011.

Hemerográficas

ALEXY, Robert, *“Derechos fundamentales, ponderación y racionalidad (Grundrechte, Abwägung und Rationalität)”*, Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional, núm. 11, enero-junio 2009, p. 3. Consultado en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25294.pdf>.

AMAYA VILLAREAL, Álvaro Francisco, *“El principio pro homine: interpretación extensiva VS. el consentimiento del Estado”*, *International Law: Revista Colombiana De Derecho Internacional*, 3(5). Recuperado a partir de <https://revistas.javeriana.edu.co/index.php/internationallaw/article/view/14087>

ARIAS OSPINA, Felipe, *et al*, *“el Sistema Interamericano de Derechos Humanos”*, Protección Multinivel de Derechos Humanos, Universidad de los Andes, Vol. 4.

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, *“Ni positivismo jurídico ni neoconstitucionalismo: una defensa del constitucionalismo postpositivista”*, Revista de la Academia del Colegio de Abogados de Pichincha y de la Facultad de Jurisprudencia Ciencias Políticas y Sociales de la Universidad Central del Ecuador, Vol. 2 Núm. 3 (2017).

ATIENZA RODRÍGUEZ, Manuel, “Una filosofía del derecho para el mundo latino. Otra vuelta de tuerca”, Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, [S.l.], n. 37, p. 299-318, dic. 2014. ISSN 2386-4702. Disponible en: <<https://doxa.ua.es/article/view/2014-n37-una-filosofia-del-derecho-para-el-mundo-latino-otra-vuelta-de-tuerca>>.

BAHENA VILLALOBOS, Alma Rosa “El Principio Pro Persona en el Estado Constitucional y Democrático de Derecho”, Revista Ciencia Jurídica de la Universidad de Guanajuato, División de Derecho, Política y Gobierno, Departamento de Derecho, año 4, núm. 7.

BARBOSA DELGADO, Francisco R., “El margen nacional de apreciación en el Derecho Internacional de los Derechos Humanos: entre el Estado de Derecho y la sociedad democrática”. Consultable en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r31242.pdf>

BERNAL PULIDO, Carlos, “Los Derechos Fundamentales y la Teoría de Principios. ¿Es la teoría de principios la base para una teoría adecuada de los derechos fundamentales de la Constitución española?”, Universidad Externado de Colombia, DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 30 (2007) ISSN: 0214-8676.

BELLO MARÍN, Nuria, “La Concreción del Interés (Superior) del Menor a partir de los conceptos jurídicos indeterminados: La ¿Idoneidad? de la Mediación Familiar”, Anuario Facultad de Derecho - Universidad de Alcalá X (2017) 1-42.

BOAVENTURA DE SOUSA Santos, en “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, Revista EL OTRO DERECHO, número 28. Julio de 2002. ILSA, Bogotá D.C., Colombia. Disponible en: http://www.uba.ar/archivos_ddhh/image/Sousa%20-%20Concepci%C3%B3n%20multicultural%20de%20DDHH.pdf.

BOGDANDY, Armin V. “Ius Constitutionale Commune en América Latina: una mirada a un constitucionalismo transformador”. Revista Derecho del Estado, n.º 34, Universidad Externado de Colombia, enero-junio de 2015, pp. 3-50. DOI: 10.18601/01229893.n34.01.

BUSTOS GISBERT, RAFAEL, “XV proposiciones generales para una teoría de los diálogos judiciales”, Revista Española de Derecho Constitucional, Núm. 95, mayo-agosto de 2012.

CASTILLA, Karlos, “El Principio Pro Persona en la Administración de Justicia”, Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, Número 20, Enero-Junio 2009.

COHEN-ELIYA, MOSHE y PORAT, IDDO, “American Balancing and German Proportionality: The historical origins”, International Journal Constitutional Law, Vol. 8, núm. 2, 2010.

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS, et. al, “Control de Convencionalidad”, Cuadernillo de Jurisprudencia No. 7, 2015.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio, “Hacia una Teoría Constitucional de los Derechos Humanos”, Revista del Centro de Estudios Constitucionales, México, p. 23. Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/10/4746/12.pdf>.

DÍEZ PICAZO, Luis. “Principio de protección integral de los hijos (*Tour pour l’enfant*)” en “*La tutela de los derechos del menor. I Congreso Nacional de Derecho Civil*”, España, 1984.

DRNAS DE CLÉMENT, Zlata “*La complejidad del principio pro homine*”. Consultable en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r33496.pdf>.

FERNÁNDEZ CRUZ, José Ángel “*Principialismo, garantismo, reglas y derrotabilidad en el control de constitucionalidad de las leyes penales*”, Revista Nuevo Foro Penal Vol. 11, No. 85, julio-diciembre 2015, pp. 52-78, Universidad EAFIT, Medellín (ISSN 0120-8179).

FERRAJOLI, Luigi, “*La esfera de lo indecible y la división de poderes*”, en Estudios Constitucionales, año 6, No. 1, 2008.

“*Fundamentos teóricos de los derechos humanos*”, Programa de Capacitación y Formación Profesional en Derechos Humanos Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, primera edición, México, 2011.

GARCÍA AMADO, Juan Antonio, “*Derechos y pretextos. Elementos de la crítica del neoconstitucionalismo*”, Teoría del neoconstitucionalismo: ensayos escogidos / coord. por Miguel Carbonell Sánchez, 2007, ISBN 978-84-8164-928-4.

GASPAROTO, Ana Lúcia, et. al, “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos y el Tribunal Europeo de Derechos Humanos: una comparación sobre el punto de vista de la aplicabilidad del principio de la primacía de la norma más favorable a la persona*”, Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, Vol. 60, 2015.

GONZAÍNI, Alfredo Osvaldo, “*La presunción de inocencia: Del proceso penal al proceso civil*”, Revista Latinoamericana de Derecho, año III, N° 6. Ju-lio-Diciembre de 2006.

GONZÁLEZ MEYENBERG, Enrique Claudio, “*La proporcionalidad y la ponderación en las decisiones judiciales de casos difíciles: un modelo de protección al principio de seguridad jurídica*”, Revista del Instituto de la Judicatura Federal, número 45, México, 2018.

Justicia en Yucatán, órgano de divulgación del Poder Judicial del Estado de Yucatán, año XV, Núm. 64, octubre-diciembre de 2020.

LEITER, Brian, “*Realismo Jurídico Estadounidense*”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3875/10.pdf>.

LÓPEZ HIDALGO, Sebastián, “*Ponderación versus subsunción jurídica: ¿la crisis de la certeza del Derecho?*” Revista de Derecho, No. 23, UASB-Ecuador /CEN, 2015.

LLUGDAR, Eduardo J.R., “*La Doctrina de la Corte Interamericana de DDHH, y las Resoluciones de la Comisión Interamericana de DDHH, como fuentes y formas de protección de los Derechos Fundamentales*”, Argentina, 2016, p. 4. Consultable en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r35244.pdf>.

MARTÍN-LÓPEZ, Miguel Ángel, “*Comentarios sobre la colisión de normas y principios del mismo nivel jerárquico en el derecho internacional, 18 International Law*”, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 2011.

MOSCOSO RESTOVIC, Pía M., “PRINCIPIO FAVOR LAESI Y “PARTE MÁS DÉBIL” EN LA COMPETENCIA JUDICIAL INTERNACIONAL POR DAÑO AMBIENTAL, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, nueva serie, año XLV, núm. 134, mayo-agosto de 2012, pp. 571-594.

Nuevo Sistema de Justicia Penal, Revista semestral del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, año VI, número IX, México.

NUÑEZ, Constanza, “Una aproximación conceptual al principio pro persona desde la interpretación y argumentación jurídica”, Universidad Carlos III de Madrid, España, Seminario Permanente Gregorio Peces-Barba, Grupo de Investigación “Derechos Humanos, Estado de Derecho y Democracia”, Materiales de Filosofía del Derecho, No. 2017/02.

PAVLAKOS, George, “Corrección y cognitivism. Comentarios al argumento de la pretensión de corrección de Robert Alexy”, Traducción de G. Villa Rosas, del original en inglés G. Pavlakos (2012), «Correctness and Cognitivism. Remarks on Robert Alexy’s Argument from the Claim to Correctness», *Ratio Juris*, 25: 15-30, Universidad de Amberes-Universidad de Glasgow.

PÉREZ JARABA, María Dolores, “Principios y Reglas: examen del debate entre R. Dworkin y H.L.A. Hart”, *Revista de Estudios Jurídicos* nº 10/2010 (Segunda Época) ISSN 1576-124X. Universidad de Jaén (España), versión electrónica: rej.ujaen.es.

PINTO, Mónica, “El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos”. Consultable en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/20185.pdf>.

Recomendación General No 35 de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH) “SOBRE LA PROTECCIÓN DEL PATRIMONIO CULTURAL DE LOS PUEBLOS Y COMUNIDADES INDÍGENAS DE LA REPÚBLICA MEXICANA”, de fecha 28 de enero de 2019.

ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La argumentación jurídica con enfoque principialista”, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2015, Consultable en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/8/3966/5.pdf>.

RUIZ RUIZ, Ramón, “La distinción entre reglas y principios y sus implicaciones en la aplicación del derecho”, *Derecho y Realidad*, Número 20, II semestre de 2012, Facultad de Derecho y Ciencias Sociales, UTPC, España.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, “Derecho Internacional de los Derechos Humanos”, revista “Justicia en Yucatán”, órgano de divulgación del Poder Judicial del Estado de Yucatán, año XV, Núm. 64, octubre-diciembre de 2020.

SANZ, BAYÓN, Pablo, “Sobre la Tópica Jurídica en Viehweg (About Viehweg’s Topics and Law)”, de Sanz, Bayón, Pablo, *Revista Telemática de Filosofía del Derecho*, N° 16, 2013, pp. 83-108. ISSN: 1575-7382.

SCJN-Poder Judicial de la Federación, *“Reformas constitucionales en materia de Amparo y Derechos Humanos publicadas en junio de 2011 (Relación de tratados internacionales de los que el Estado Mexicano es parte en los que se reconocen Derechos Humanos)”*, Centro de Documentación y Análisis, Archivo y Compilación de Leyes, México, 2015, p. 559.

Fuente: http://www.constitucion1917-2017.pjf.gob.mx/sites/default/files/reformas_amparo_dh/PDFs/proceso%20legislativo%20derechos%20humanos.pdf#page=621.

SCHÖTZ, Gustavo J., *“El favor debilis como principio general del Derecho Internacional Privado. Su particular aplicación a las relaciones de consumo transfronterizas”*, *Ars Iuris Salmanticensis ESTUDIOS*, Vol. 1, 115-150 Diciembre 2013 el ISSN: 2340-5155.

SOLOZÁBAL, Juan José, *“Principialismo y Orden Constitucional”*, Universidad Autónoma de Madrid, Working Paper n.155, Barcelona, 1998, pp. 29-31.

Tercer Informe sobre la situación de los Derechos Humanos en Paraguay, CIDH, marzo de 2001.

“Verdad, justicia y reparación”, Cuarto informe sobre la situación de derechos humanos en Colombia, CIDH, 2013.

Normativas

Acta Final de la V Reunión de Cancilleres de 1959.

Amparo indirecto 1286/2013, del índice del Juzgado Octavo de Distrito en Materia Administrativa del Primer Circuito.

Amparo en revisión 237/2014, del índice de la Primera Sala de la SCJN.

Amparo en revisión 566/2015, del índice de la Primera Sala de la SCJN.

Asamblea General de la ONU, resolución A 60/205 de 15 de marzo de 2006.

Carta Democrática Interamericana.

Carta de la Organización de los Estados Americanos.

Código Nacional de Procedimientos Penales.

Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH), Informe No. 137/99, *“Caso 11.863, Andrés Aylwin Azócar y otros Vs. Chile”*, 27 de diciembre de 1999.

Constitución de España de 1978.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Contradicción de tesis 293/2011(engrose y votos particulares) resuelta por el Pleno de la SCJN.

Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica).

Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles Inhumanos o Degradantes.

Convención Europea de Derechos.

Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial.

Convención Interamericana contra el Racismo, la Discriminación Racial y Formas Conexas de Intolerancia.

Convención Interamericana contra toda Forma de Discriminación e Intolerancia.

Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura.

Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia Contra la Mujer (Convención de Belém do Pará).

Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas.

Convención Internacional para la Protección de todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas.

Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales

Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer.
Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad.

Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores.

Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares.

Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (Convención o el Convenio Europeo de Derechos Humanos) y su Protocolo Adicional No. 1.

Convención sobre los Derechos del Niño.

Corte Constitucional de Colombia, sentencias C-148/05; C-408/96; T-1319/01; C-372/09 y C-042-17.

Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), "*Asunto Viviana Gallardo y otras Vs. Costa Rica*", No. 101/81, Decisión del 13 de noviembre de 1981.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-5/85 de 13 de noviembre de 1985.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-6/86 de 9 de mayo de 1986.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-7/86 de 29 de agosto de 1986.

Corte IDH, “*Caso Velázquez Rodríguez Vs. Honduras*”, fondo, sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-10/89 de 14 de julio de 1989.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC 14/94 de 9 de diciembre de 1994.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-16/1999 de 1 de octubre de 1999.

Corte IDH, “*Caso Páez v. Perú*”, fondo, sentencia de 3 de noviembre de 1997, Serie C, nro. 34.

Corte IDH, “*Caso de los “Niños de la Calle (Villagrán Morales y otros) Vs. Guatemala*”, sentencia de 19 de noviembre de 1999 (Fondo).

Corte IDH, “*Caso Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni Vs. Nicaragua*”, sentencia del 31 de agosto de 2001 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH, “*Caso Baena Ricardo y otros Vs. Panamá*”, sentencia de 2 de febrero de 2001.

Corte IDH, “*Caso 19 Comerciantes Vs. Colombia*”, sentencia del 5 de julio de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas).

Corte IDH, “*Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 26 de septiembre de 2006.

Corte IDH, “*Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*”, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 24 de noviembre de 2006.

Corte IDH, “*Caso González y otras (Campo Algodonero) Vs. México*”, sentencia del 16 de noviembre de 2009.

Corte IDH, “*Caso Radilla Pacheco Vs México*”, sentencia de 23 de noviembre de 2009.

“*Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. (Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 26 de noviembre de 2010.

Corte IDH, “*Gelman Vs. Uruguay*”, sentencia de 24 de febrero de 2011 (Fondo y reparaciones).

Corte IDH, “*Caso López Mendoza Vs. Venezuela*”, sentencia de 11 de diciembre de 2011.

Corte IDH, “*Atala Riffo y Niñas Vs. Chile*”, fallo del 24 febrero 2012.

Corte IDH, “*Caso Furlan y Familiares Vs. Argentina*”, (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 31 de agosto 2012.

Corte IDH, “*Caso Masacres de el Mozote y lugares aledaños Vs. El Salvador*”, sentencia de 31 de agosto de 2012.

Corte IDH, “*Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) VS. Costa Rica*” (Excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas). Sentencia de 28 de noviembre de 2012.

Corte IDH, Opinión Consultiva OC-22/2016 de 26 de febrero de 2016.

Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina, fallo 289:430 “*Bercatiz, Miguel Ángel s. jubilación*”.

Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre.

Declaración Americana sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas.

Declaración de los Derechos del Hombre y Ciudadano.

Declaración de Principios sobre Libertad de Expresión.

Declaración Universal de Derechos Humanos.

Diario Oficial de la Federación.

Diario Oficial del Gobierno del Estado de Yucatán.

Estatuto de la Corte Internacional de Justicia.

Estatuto de la Corte IDH.

Formulario para presentar peticiones sobre violaciones a los Derechos Humanos.

Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución federal.

Ley de la CNDH.

Ley del Banco de México.

Ley Federal de Competencia Económica.

Ley Federal de Telecomunicaciones y Radiodifusión.

Ley Federal de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley General de Instituciones y Procedimientos Electorales.

Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados.

Ley General de Salud.

Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Ley Orgánica de la Administración Pública Federal.

Ley Orgánica del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Orgánica de la Fiscalía General de la República.

Ley del Sistema Nacional de Información Estadística y Geográfica.

Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.

Precedente obligatorio PO.SCF.060.016.Familiar, del índice de la Sala Colegiada Civil y Familiar del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Yucatán.

Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas.

Protocolo Adicional a la Convención Americana en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (Protocolo de San Salvador).

Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos relativo a la Abolición de la Pena de Muerte.

Reglamento de la Cámara de Diputados.

Reglamento de la Cámara de Senadores.

Reglamento de la Corte IDH.

Reglamento de la Corte IDH sobre el Funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas.

Reglamento Interno de la CNDH.

Reglamento Interior del Instituto Nacional Electoral.

Reglamento Interior de la Secretaría de Relaciones Exteriores.

Reglamento para el Gobierno Interior del Congreso General de los Estados Unidos Mexicanos.

Tratado Americano de Soluciones Pacíficas (Pacto de Bogotá).

Tribunal Constitucional de España, fallo STC 17/1985.

Tribunal Constitucional de la República del Perú, expediente N.O 02005-2009-PA/TC.

Electrónicas

<http://www.oas.org/es/cidh/mandato/relatorias.asp>.

CNDH, “2.1.2 Derechos Humanos y derechos fundamentales.” Fuente: http://stj.col.gov.mx/dh/descargables/pdf_seccion/concepto_3_2_2.pdf.

<https://consulmex.sre.gob.mx/sandiego/index.php/avisos/619-la-politica-migratoria-de-mexico-es-soberana-y-busca-preservar-los-derechos-de-los-migrantes>.

<http://www.corteidh.or.cr/>.

<http://www.tc.gob.pe/jurisprudencia/2009/02005-2009-AA.pdf>.

<https://www.lja.mx/2018/05/inai-aprueba-ejercer-facultad-de-atraccion-para-conocer-y-resolver-74-recursos-de-revision-a-cargo-del-infodf/>

<https://www.iidh.ed.cr/IIDH/media/2930/sentencias-ganadoras.pdf>.

PARRA LARA, Francisco José. “*García Cabeza de Vaca y la nueva prueba de fuego para el Poder Judicial federal*”. Hechos y Derechos, [S.I.], june 2021. ISSN 2448-4725. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/15938/16771>.

PARRA LARA, Francisco José, “*La ley Monreal, los débiles y los fifís bancarios*”, Hechos y Derechos, [S.I.], apr. 2019. ISSN 2448-4725. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13429/14859>.

PARRA LARA, Francisco José. “*La protección oficiosa de los débiles ante el Infonavit*”. Hechos y Derechos, [S.I.], apr. 2020. ISSN 2448-4725. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13436/14865>.

PARRA LARA, Francisco José, “*El caso super-trabajador versus ejidatario-patrón*”, Hechos y Derechos, [S.I.], feb. 2019. ISSN 2448-4725. Disponible en: <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/hechos-y-derechos/article/view/13190/14668>.

PORTOCARRERO QUISPE, Jorge Alexander, “*Ponderación, Balancing*”, Ruprecht-Karls-Universität Heidelberg, consultable en: <https://doi.org/10.20318/economia.2017.3653>

http://www.poderjudicial.es/cgpj/es/Poder_Judicial/Tribunal_Supremo/Jurisprudencia/Jurisprudencia_del_TS

SCJN, “*PONDERACIÓN ENTRE DERECHOS FUNDAMENTALES*”, consultable en: <https://www.scjn.gob.mx/sites/default/files/transparencia/documentos/becarios/195carmen-vergara-lopez.pdf>.

Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta.

