

Argumentación jurídica y sus criterios de evaluación. Nuevas propuestas

Juan Manuel ROMERO MARTÍNEZ



Universidad Nacional Autónoma de México
Instituto de Investigaciones Jurídicas



Juan Manuel

ROMERO MARTÍNEZ

Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM). Especialista en Justicia Constitucional y Tutela Jurisdiccional de los Derechos por la Universidad de Pisa, Italia, y en Derechos Humanos por la Universidad de Castilla-La Mancha, España. Asimismo, cuenta con estudios en el Institute of Advanced Legal Studies de la Universidad de Londres, Inglaterra.

La UNAM le otorgó la distinción universitaria de mención honorífica en los exámenes de grado de doctor, maestro, especialista y licenciado en Derecho.

Es ponente internacional de diversas universidades, entre las que destacan la Universidad de Pisa en Italia, la Universidad Nacional de Rosario en Argentina y la Universidad Autónoma Latinoamericana en Colombia.

Actualmente se desempeña como profesor en la División de Estudios de Posgrado y en la División de Estudios Profesionales de la Facultad de Derecho de la UNAM.

Es autor del libro *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, publicado en 2015 por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

ARGUMENTACIÓN JURÍDICA Y SUS CRITERIOS
DE EVALUACIÓN. NUEVAS PROPUESTAS

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Serie DOCTRINA JURÍDICA, núm. 866

COORDINACIÓN EDITORIAL

Lic. Raúl Márquez Romero
Secretario Técnico

Mtra. Wendy Vanesa Rocha Cacho
Jefa del Departamento de Publicaciones

Diana Luján Verón
Miguel López Ruiz
Cuidado de la edición

Edith Aguilar Gálvez
Formación en computadora

Edith Aguilar Gálvez
Elaboración de portada

JUAN MANUEL ROMERO MARTÍNEZ

ARGUMENTACIÓN
JURÍDICA Y SUS CRITERIOS
DE EVALUACIÓN. NUEVAS
PROPUESTAS



UNIVERSIDAD NACIONAL AUTÓNOMA DE MÉXICO
INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS
MÉXICO, 2019

Esta edición y sus características son propiedad de la Universidad
Nacional Autónoma de México.

Prohibida la reproducción total o parcial por cualquier medio
sin la autorización escrita del titular de los derechos patrimoniales.

Primera edición: 24 de julio de 2019

DR © 2019. Universidad Nacional Autónoma de México

INSTITUTO DE INVESTIGACIONES JURÍDICAS

Circuito Maestro Mario de la Cueva s/n
Ciudad de la Investigación en Humanidades
Ciudad Universitaria, Coyoacán, 04510 Ciudad de México

Impreso y hecho en México

ISBN 978-607-30-1732-9

CONTENIDO

Introducción	IX
CAPÍTULO PRIMERO	
EN TORNO A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	1
I. Exordio	1
II. Claves para la comprensión de la argumentación jurídica	2
III. Las conexiones entre el constitucionalismo contemporáneo y la argumentación jurídica	6
IV. Finalidades de la argumentación jurídica	8
1. Finalidad teórica	9
2. Finalidad práctica	10
3. Finalidad política o moral	12
V. Principales ámbitos de la argumentación jurídica	16
1. Argumentación sobre los hechos	17
2. Argumentación forense	19
3. Argumentación legislativa	23
4. Argumentación administrativa	26
5. Argumentación judicial	28
VI. Sobre la evaluación de la argumentación jurídica	35
CAPÍTULO SEGUNDO	
TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA QUE ESTABLECEN CRITERIOS DE CORRECCIÓN	39
I. Epígrafe	39
II. Criterios de corrección en la argumentación jurídica de Neil MacCormick	41

1. Presentación	41
2. Ejemplificación	43
3. Estudio crítico	45
III. Criterios de corrección en la argumentación jurídica de Robert Alexy	47
1. Presentación	47
2. Ejemplificación	51
3. Estudio crítico	55
IV. Criterios de corrección en el modelo de argumentación de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst	56
1. Presentación	56
2. Ejemplificación	62
3. Estudio crítico	66
V. Criterios de corrección en la argumentación jurídica de Manuel Atienza	68
1. Presentación	68
2. Ejemplificación	71
3. Estudio crítico	75

CAPÍTULO TERCERO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS	79
I. Justicia constitucional frente a los derechos humanos	79
II. Justificación de la elección de los casos prácticos	82
III. Análisis del caso “uso recreativo de marihuana” (amparo en revisión 237/2014) ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México	87
1. Descripción del caso	87
2. Derechos humanos en colisión	89
3. Argumentación y sentencia	91
4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados	102
IV. Análisis del caso “muerte digna” ante la Corte Constitucional de la República de Colombia (sentencia T-970/14)	106
1. Descripción del caso	106
2. Derechos humanos en colisión	108

3. Argumentación y sentencia	110
4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados	122
V. Análisis del caso “objeción de conciencia” ante el Tribunal Constitucional de España (sentencia 145/2015)	125
1. Descripción del caso.	125
2. Derechos humanos en colisión.	129
3. Argumentación y sentencia	131
4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados	136
VI. Notas sobre los criterios de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia constitucional de México, Colombia y España	138

CAPÍTULO CUARTO

LA JUSTICIA INTERNACIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS	141
I. Prolegómenos de la justicia internacional sobre derechos humanos	141
1. Sistema universal de protección de derechos humanos	143
2. Sistema europeo de derechos humanos	147
3. Sistema interamericano de derechos humanos	153
4. Sistema africano de derechos humanos	166
5. La protección de derechos humanos en el contexto asiático	174
6. A modo de reflexión final.	177
II. Justificación de la elección de los casos prácticos	177
III. Análisis del <i>caso Jankovskis vs. Lithuania</i> “acceso a internet en prisión” ante la Corte Europea de Derechos Humanos (aplicación núm. 21575/08).	180
1. Descripción del caso.	180
2. Derechos humanos en colisión.	184
3. Argumentación y sentencia	185
4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados	190
IV. Análisis del <i>caso Duque vs. Colombia</i> “acceso a pensión de sobre vivencia para parejas del mismo sexo” de la Corte Interamericana de Derechos Humanos	192
1. Descripción del caso.	192

2. Derechos humanos en colisión.	196
3. Argumentación y sentencia	197
4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados	210
V. Análisis del caso “candidaturas independientes” ante la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos (aplicaciones núm. 009/2011 y núm. 011/2011).	213
1. Descripción del caso.	213
2. Derechos humanos en colisión.	217
3. Argumentación y sentencia	219
4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados	234
VI. Notas sobre los criterios de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia internacional.	238

CAPÍTULO QUINTO

COMPROBACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA	241
I. Referencia inicial a la comprobación de la hipótesis general de la investigación.	241
II. Aplicación del método de falsación de Popper a los hallazgos encontrados en la justicia constitucional e internacional (comprobación final de la hipótesis general de la investigación).	243
III. Propuestas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos	248
IV. Colofón.	259
Conclusiones	261
Corolario	265
Bibliografía.	267

INTRODUCCIÓN

El fenómeno jurídico sin argumentación y derechos humanos sería un fenómeno incompleto y mutilado, ya que el derecho no puede explicarse sin tales componentes, y si bien las reglas jurídicas y los actos de autoridad caracterizan en gran medida el derecho, éstos no constituyen *per se* la esencia del mismo, pues el derecho es algo más complejo y humanista. Hay que partir de esa idea cuando nos acercamos a cualquier manifestación posible de lo jurídico.

En ese tenor, se asume que en todo Estado constitucional de derecho las reglas jurídicas y los actos de autoridad deben someterse al escrutinio de los derechos humanos, por lo que en caso de ser incompatibles con los mismos, tienen que dejarse de aplicar o declararse inválidos, lo cual se materializa mediante la argumentación jurídica que desarrollen los jueces, principalmente constitucionales.

Así, se destaca que la literatura nacional se ha esforzado en exponer las principales características y postulados de las teorías del razonamiento jurídico desarrolladas en otros países, pero ha prestado poca atención en identificar criterios prácticos para calificar el proceso de toma de decisiones judiciales; tampoco se ha preocupado por diseñar nuevos criterios de corrección o por dialogar sobre la justificación de la elección de las teorías de argumentación extranjeras a adoptar en la solución de colisiones entre derechos humanos.

Esta investigación busca atender tales inconvenientes; así, el propósito general de la misma es identificar diversos criterios de evaluación de la argumentación jurídica con derechos humanos, así como modelos para justificar la adopción de teorías de la argumentación en las decisiones judiciales, que deriven y sean de fácil aplicación y operatividad en la justicia constitucional de otros países y en la justicia internacional, a fin de buscar su implementación en los procesos argumentativos efectuados por los jueces constitucionales de nuestro país.

Los objetivos específicos del presente trabajo son: *a)* distinguir y criticar los criterios de corrección de algunas teorías de la argumentación jurídica; *b)* caracterizar el estatus actual respecto de los criterios de evaluación del razonamiento jurídico en torno a los derechos humanos en la justicia constitucional de otras naciones y en la justicia internacional; *c)* ubicar esquemas

para justificar la elección de postulados teóricos a adoptar en las decisiones judiciales; *d*) implementar nuevos parámetros para la corrección de la argumentación jurídica con derechos humanos en nuestro país, y *e*) contribuir con el desarrollo y fortalecimiento de la argumentación jurídica en México.

En consecuencia, la hipótesis central del presente trabajo es la siguiente: si en México se deben mejorar los criterios de evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos y justificar la elección de las teorías de la argumentación a aplicar, entonces del análisis de la justicia constitucional de otros países y de la justicia internacional se identificarán diversos parámetros que servirán como prototipos y guías a implementar para la calificación de la argumentación desplegada en casos sobre derechos humanos de nuestro país, así como para la elección de teorías de la argumentación jurídica.

El presente trabajo se compone de cinco capítulos; en el primero se expone el marco general de la argumentación jurídica; para ello, se da cuenta de las claves para su comprensión, las conexiones que tiene con el constitucionalismo contemporáneo, las finalidades y los principales ámbitos de aplicación; por otro lado, se aborda la evaluación de la argumentación jurídica.

En el segundo capítulo se plantean las teorías de la argumentación jurídica de Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van Eemeren, Rob Groenendorst y Manuel Atienza, que establecen criterios de corrección, para lo cual se efectúa su presentación y ejemplificación; además, se desarrolla un estudio crítico de los parámetros de corrección defendidos por cada una de las teorías expuestas.

El capítulo tercero es de naturaleza práctica; en él se desarrollan casos contemporáneos de la justicia constitucional de México, Colombia y España; en concreto, se identifican los derechos humanos en colisión y el esquema argumentativo utilizado para sustentar el sentido de las decisiones adoptadas; asimismo, se ubican y describen los criterios de calificación de la argumentación jurídica utilizados por cada una de las cortes constitucionales de México, Colombia y España.

En el capítulo cuarto se describen los sistemas de protección de derechos humanos universal, europeo, interamericano y africano; igualmente, se hace referencia al esquema de protección de derechos en el contexto asiático. Por otro lado, se exponen casos prácticos de la justicia internacional en los ámbitos europeos, interamericano y africano, con objeto de identificar los diversos parámetros de evaluación de la argumentación jurídica que utilizan actualmente las cortes internacionales.

INTRODUCCIÓN

XI

En el quinto capítulo se realiza un ejercicio de comprobación y validación de todos los criterios de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia constitucional e internacional, a través de la aplicación del método de falsación de Popper; por otra parte, se hacen algunas propuestas concretas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica sobre derechos humanos, mediante la formulación de nuevos criterios para evaluarla; asimismo, se plantea un test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica.

Como cierre, se exponen diversas conclusiones que contienen afirmaciones y reflexiones en torno a los temas abordados, así como los resultados a los que se arribó con la presente investigación; al mismo tiempo, se integra un corolario con algunas deducciones sobre los principales hallazgos del trabajo; finalmente, se da cuenta de las fuentes bibliográficas y jurisprudenciales nacionales e internacionales que respaldan esta obra.

CAPÍTULO PRIMERO

EN TORNO A LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. EXORDIO

En la actualidad, las investigaciones sobre argumentación jurídica son abundantes. Basta con revisar el catálogo de cualquier biblioteca nacional o internacional para confirmar el entusiasmo que existe por escribir en torno a la misma. Los jueces constitucionales siguen la misma tendencia, pues plasman en sus sentencias teorías de la argumentación jurídica surgidas en otros lugares, lo cual no es erróneo *per se*, pero sugiere una revisión detenida para lograr su plena efectividad, de lo contrario, se corre el riesgo de diseccionar la realidad en dos partes, a saber: una formal y otra material.

La primera es la realidad de papel, lo que dice la sentencia en abstracto; por ejemplo, respecto al alcance de un derecho humano o lo que debe entenderse por dignidad humana, realidad que se aparta de la cotidianidad y experiencia de la vida de las personas en nuestro contexto; la segunda implicaría la materialización de una decisión judicial compatible o enfocada con en el entorno nacional; así, el contenido de un derecho humano o lo que significa una vida digna será con base en nuestras aspiraciones y necesidades. De esta forma, no se trata de privilegiar un nacionalismo o un regionalismo, sino, por el contrario, armonizar ambos mundos; ello, si se quiere ser realista del ambiente global actual.

Ahora bien, para obtener una radiografía completa del proceso de toma de decisiones judiciales que involucran derechos humanos (desde sus aspectos formal y material) se requiere, en primer lugar, establecer las bases teóricas esenciales de la argumentación jurídica; esto es, se debe partir de la ubicación de ideas y postulados generales sobre el tema, para después adentrarnos en elementos concretos del razonamiento jurídico, en particular, en torno a su evaluación efectiva.

Bajo este sendero, en el presente capítulo se expondrán los postulados fundamentales de la argumentación jurídica desde un enfoque amigable y fresco, lo que no conlleva sacrificar el rigor académico de la presente in-

vestigación. Entre los temas que se desarrollarán figuran los siguientes: las claves para la comprensión de la argumentación; sus relaciones con el constitucionalismo contemporáneo; las finalidades concretas que la misma desempeña; los ámbitos de desarrollo y aplicación del razonamiento jurídico, y los criterios para fiscalizar la argumentación jurídica; todo ello ayudará a nuestros lectores a ubicar el alcance, contexto, sentido e importancia de los procesos argumentativos en el ámbito del constitucionalismo de los derechos humanos.

II. CLAVES PARA LA COMPRENSIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación jurídica se ha erigido actualmente como una pieza esencial en la explicación del fenómeno jurídico, ya que todo acto (con efectos generales o particulares) de los poderes públicos o de los particulares (actuando como entes públicos)¹ exige una amplia justificación frente a la sociedad que resulta o puede resultar afectada con dicha acción pública o privada. Aún más, la misma debe ser coherente con el actual parámetro de regularidad constitucional. Pero ¿es correcto asumir que el derecho es argumentación como lo sugieren ciertos autores?²

Las tendencias contemporáneas nos invitan a contestar en sentido afirmativo y asumir que actualmente lo más relevante en el fenómeno jurídico es la argumentación jurídica, ya que con ella se puede determinar el contenido de los derechos humanos,³ así como restringir constitucionalmente un derecho humano. Volveremos sobre este punto más adelante.

¹ Sobre el juicio de amparo contra particulares ya se ha escrito en nuestro país; por ejemplo, véase Mijangos y González, Javier, “El juicio de amparo contra particulares”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. I, 2017, pp. 271-287.

² Por ejemplo, Manuel Atienza habla de cuatro enfoques del derecho, a saber: estructural, sociológico, valorativo y dinámico. Este cuarto enfoque consiste en ver al derecho como una técnica para la solución de problemas prácticos; se trata de una visión instrumental, pragmática y dinámica del derecho, que informa a los otros tres enfoques y, además, conduce a considerar el derecho como argumentación. *Cf.* Atienza, Manuel, *El sentido del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2003, pp. 251 y 252.

³ Sobre este tema, se ha señalado que la determinación del contenido de un derecho humano puede realizarse por el propio legislador y, sobre todo, por la labor jurisprudencial, la que no añade algo nuevo a la norma constitucional que contiene el derecho, sino más bien precisa su significado, véase Coello Cetina, Rafael, “La trascendente distinción entre la delimitación y la restricción de los derechos humanos para el control constitucional

Ahora, otra interrogante que se nos presenta es ¿qué es la argumentación jurídica aquí y ahora? No en el pasado ni en sus orígenes, sino en la actualidad, una vez resuelta la pregunta, estaremos en posibilidad de identificar su alcance y naturaleza práctica.

No somos partidarios de presentar un concepto específico de la misma; ello sería un ejercicio arrogante y tal vez innecesario; así, se observa que cada autor ha presentado su idea sobre la argumentación jurídica; de esta forma, preferimos esbozar algunas claves para entender la misma en el seno nacional, lo que contribuirá en mayor medida a que los juristas puedan concretarla en su quehacer jurídico cotidiano.⁴

Para comenzar, la argumentación jurídica, como todo acto humano de comunicación racional, requiere de una herramienta para su difusión; para ello, la misma utiliza el instrumento lingüístico del discurso que se dirige a los otros o contra los otros (un auditorio), el cual se asume como el punto de partida de la acción argumentativa, pues sin él no podemos comenzar ni desarrollar ningún modelo de argumentación jurídica.

Otra clave de la argumentación tiene que ver con la identificación de que tal discurso no es ordinario, sino que se trata más bien de un discurso argumentativo y jurídico, ya que, por un lado, es argumentativo porque no sólo expone pretensiones o posiciones, sino que da razones para la toma de postura; es decir, sustenta lo que se expone con argumentos esgrimidos a través del discurso; de lo contrario, estaríamos en presencia de una simple opinión; de ahí su carácter argumentativo y práctico; por el otro, es un discurso jurídico, porque es expresado por personas que pueden influir en los derechos humanos; esto es, por grupos cualificados con competencia para afectar la esfera jurídica de las personas e intervenir en sus derechos humanos; por ejemplo, los jueces constitucionales.

En este sentido, es entendible que, al tratarse de un discurso argumentativo, el mismo no es de naturaleza individual, sino de alcance colectivo, ya que se materializa frente a alguien en concreto (un auditorio), quien a su vez puede expresar otro discurso argumentativo (su discurso); así, se trata de una pluralidad de discursos, los cuales podemos identificar con otra clave

(interpretación integral y juicio de proporcionalidad)”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Herrera García, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, t. II, 2017, p. 44.

⁴ Pese a ello, nos parece interesante, por concreta, la idea que sobre la argumentación jurídica tiene Jaime Cárdenas, para quien la misma consiste en la generación y producción de razones para sustentar pretensiones. Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 36.

para la comprensión de la argumentación, a saber: el diálogo jurídico, el que se utiliza en todo proceso práctico argumentativo, a fin de que las partes que intervienen en el diálogo puedan manifestar alternativamente cada una de sus pretensiones o posturas, las que deben estar debidamente respaldadas con razones, como se ha indicado.

Todo ello nos lleva a otra clave de la argumentación jurídica; en concreto, a que la misma deba desarrollarse a través de la emisión de razones, principalmente jurídicas, aunque también es posible esbozar razones de otra naturaleza, si el asunto lo amerita, como podrían ser sociales, políticas, científicas, económicas, culturales o de cualquier otro ámbito, siempre y cuando sean indispensables para mejorar y fortalecer el esquema argumentativo de la decisión emitida, y, además, dichas razones deben someterse a un examen de objetividad, mediante el recurso del diálogo abierto. Sin ir más lejos, en casos que involucren temas complejos, como el derecho a una muerte digna, podrían esbozarse razones de corte moral, científico y de derecho comparado, o en asuntos que involucren la afectación del derecho humano al sufragio activo, derivado de la anulación de una elección, sería deseable (necesario) exponer razones de corte social y cultural. Con todo, la regla es utilizar razones jurídicas, pues estamos en presencia de un discurso argumentativo jurídico, y no de un discurso argumentativo moral, económico o político.

Para seguir avanzando, se destaca otra clave fundamental de la argumentación jurídica referente a la obligación que pesa sobre los participantes en el diálogo de lograr el convencimiento y adhesión del auditorio a quienes dirigen sus argumentos, pues no sólo basta con identificar y presentar un cuerpo de razones para sustentar una postura, sino que también se requiere que las mismas consigan la adhesión total del auditorio. Aquí la relevancia del razonamiento jurídico. Ello opera con un criterio de diferenciación entre la argumentación y la imposición jurídica; todavía más, en el proceso de convencimiento se deben eliminar los elementos persuasivos para lograr la adhesión, ya que los mismos se sustentan, principalmente, en cuestiones emotivas;⁵ afirmar lo contrario y optar por su utilización equivaldría a decir

⁵ En este sentido, si bien la persuasión es el acto de convencer a otra persona (que adopta la forma de un llamado al intelecto), su eficacia depende de recurrir a prejuicios, emociones y sugerencias. Véase Warren, Howard C. (ed.), *Diccionario de psicología*, 7a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968, p. 265. Entre los autores que se han ocupado por distinguir entre persuadir y convencer, se tienen a Perelman y L. Olbrechts-Tyteca. Según estos autores, los que se preocupan del resultado consideran la convicción como un primer estadio que lleva a la persuasión; por su parte, los que se interesan por el carácter racional de la adhesión consideran que convencer es previo a persuadir. Todavía más, tales autores proponen una diferenciación entre argumentación persuasiva y argumentación convincente. La primera pretende valer sólo

que un juez puede argumentar su determinación mediante la apelación a sentimientos, como son su estado de ánimo o sus prejuicios culturales; ello no quiere decir que un juez debe actuar como un robot, pues ante todo es un sujeto cultural; sin embargo, rememorando a Kahn,⁶ debe suspender sus creencias (prejuicios) al momento de decidir un caso, a fin de hacerlo de forma objetiva y como resultado de un esquema de razonabilidad.

En otro sentido, se identifica también como elemento de comprensión de la argumentación jurídica la circunstancia de que ésta se desenvuelve particularmente en los casos considerados como paradigmáticos; es decir, los asuntos que involucran una colisión de derechos humanos, que son paradigmáticos porque el juez constitucional puede afectar o restringir temporalmente alguno de los derechos en tensión. De esta manera, la mayoría de las teorías de la argumentación jurídica se dirigen a resolver este tipo de colisiones entre dos o más derechos humanos. Con mucho, se resalta la posibilidad de que entre en tensión un derecho humano con un principio constitucional, como el referente a la equidad en las contiendas electorales o el que establece la intervención estatal en los programas educativos básicos, tensiones que también demandan un análisis, a fin de tener una radiografía completa de los casos paradigmáticos.

Finalmente, otra clave para la comprensión de la argumentación jurídica tiene que ver con la posibilidad de que la misma se manifiesta en la discrecionalidad judicial, pues el ejercicio de ésta no elimina la necesidad de aquélla; esto es, de que se justifiquen en todo momento las decisiones de cara a las partes y a la misma sociedad.

Con base en todo lo señalado, sin necesidad de presentar un concepto específico de la argumentación jurídica, se comprende el contenido y alcance esencial de ella; con todo, el lector puede identificar una idea particular en torno al proceso de toma de decisiones jurídicas en el ámbito nacional. Para nosotros, la argumentación jurídica, aquí y ahora, representa una pieza fundamental del fenómeno jurídico, aunque no la única, ya que con ella se fija el contenido de protección de lo que podemos considerar como una forma de vida digna en nuestro país; de esta manera, se necesita seguir con el perfeccionamiento de dicha metodología jurídica, para que sus efectos

para un auditorio concreto; la segunda busca obtener la adhesión de todo ser racional. *Cfr.* Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, Lucie, *Traité de l'argumentation*, 1958, t. I, pp. 34-39, cit. por Ferrater Mora, José, *Diccionario de filosofía*, Barcelona, Ariel, 1998, t. I, p. 2770).

⁶ Dicho autor esboza la idea de un acto imaginativo de separación entre el sujeto y sus creencias; así, se cuestiona si es posible para nosotros suspender la creencia, por ejemplo, en el Estado de derecho. Véase Kahn, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, trad. de Daniel Bonilla, Barcelona, Gedisa, 2001, pp. 11 y 12.

sean visibles en la vida cotidiana de las personas, las cuales pueden ser afectadas en sus derechos humanos de forma ilegítima; esto es, inconstitucional.

III. LAS CONEXIONES ENTRE EL CONSTITUCIONALISMO CONTEMPORÁNEO Y LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

Las relaciones entre el constitucionalismo contemporáneo y la argumentación jurídica se manifiestan de diversas maneras, por lo que en nuestra época se asume que para poder analizar y evaluar el constitucionalismo con rigor académico se tiene que recurrir necesariamente al proceso de justificación jurídica, y viceversa.

Dicha unión entre ambas figuras encuentra su respaldo en las siguientes consideraciones:

- En primer lugar, derivado de que el constitucionalismo actual asume que los Estados democráticos de derecho reconocen derechos en sus normas jurídicas fundamentales, las cuales revisten una protección especial a través de diversos mecanismos, como el juicio de amparo, el recurso de amparo, el recurso de inconstitucionalidad o el *hábeas corpus*, entre otros más. De esta forma, la argumentación jurídica encuentra su labor o realce bajo tales esquemas de reconocimiento de derechos humanos, ya que mediante su ejercicio se pueden materializar cuatro circunstancias prácticas; en primer lugar, fijar el contenido de los derechos humanos y los ámbitos de acción que protegen los mismos (sus prerrogativas); en segundo lugar, expandir la protección de los derechos humanos en la mayor medida de lo posible dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas del caso concreto,⁷ a fin de practicar el principio de progresividad que informa a los derechos humanos; en tercer lugar, invalidar las restricciones inconstitucionales a los derechos humanos generadas por leyes o cualquier otro acto de autoridad; en cuarto lugar, en el caso de colisiones entre derechos humanos, restringir temporalmente y de forma constitucional el ejercicio de un derecho humano.⁸

⁷ Primera Sala, “Principio de progresividad de los derechos humanos. Su concepto y exigencias positivas y negativas”, tesis aislada 1a. CCXCI/2016 en materia constitucional, en *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, libro 37, t. I, diciembre de 2016, p. 378.

⁸ En el ámbito teórico, se han realizado formulaciones para distinguir las expresiones, delimitaciones y restricciones de los derechos humanos. Las delimitaciones a los derechos se

- En segundo lugar, porque el constitucionalismo contemporáneo no sólo se comprende en la esfera nacional, sino también en el contexto internacional, derivado de la remisión de las propias Constituciones al derecho internacional de los derechos humanos; esto es, como consecuencia de la existencia de cláusulas abiertas a los tratados internacionales que asumen las normas fundamentales actuales, por lo que el papel garante de todos los derechos reconocidos en los órdenes nacional e internacional queda en el ámbito de acción de los jueces sin importar su origen, los que requieren de modelos argumentativos de corte multinivel para respaldar sus decisiones sobre derechos humanos.
- En tercer lugar, porque bajo los postulados del constitucionalismo contemporáneo se posibilita el que sean los propios jueces los que desarrollen su papel en el seno de la protección multinivel de los derechos humanos; así, ellos mismos pueden emitir criterios y generar doctrinas específicas en la materia; por ejemplo, la doctrina del control de convencionalidad de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CoIDH), o la figura del parámetro de regularidad constitucional esbozada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- En cuarto lugar, porque el constitucionalismo de nuestros días le otorga a los jueces constitucionales un papel central para la eficacia plena de los derechos humanos en el Estado democrático de dere-

prevén expresamente en la norma constitucional; por ejemplo, las señaladas en el artículo 6o. constitucional para la libertad de expresión; se trata así de situaciones ordinarias que pueden contenerse en la propia Constitución o, incluso, en leyes federales o locales, las que deben ser constitucionales. En este sentido, se sostiene que las normas generales emitidas por el legislador delimitan los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales, al indicar qué conductas pueden considerarse como parte de los derechos humanos, así como qué requisitos deben cubrirse para su ejercicio o su conservación, todo lo que debe ser coherente con la Constitución. Por su parte, las restricciones a los derechos humanos se relacionan con la posibilidad de impedir el ejercicio de los derechos humanos en situaciones de excepción, como en casos de invasión o ataque a la paz pública, las que se regulan en el artículo 29 constitucional; asimismo, las restricciones pueden darse por un acto inconstitucional de las autoridades, como cuando éstas prohíben conductas protegidas en el contenido de un derecho, o cuando los requisitos a los que sujetan el ejercicio o la conservación de un derecho humano no encuentran sustento constitucional. *Cf.* Coello Cetina, Rafael, *op. cit.*, pp. 45, 46, 47 y 51. Nosotros incluiríamos como restricciones a los derechos humanos las decretadas por los jueces constitucionales; por ejemplo, cuando resuelven una colisión entre derechos humanos, otorgándole mayor peso a alguno de ellos para el caso específico y de forma temporal. Aquí nos encontraríamos frente a una restricción válida y constitucional, siempre y cuando la sentencia que la contenga se encuentre bien respaldada por un adecuado esquema argumentativo.

cho, contrarrestando la labor de otros poderes; pongamos por caso, por ejemplo, los actos emitidos por el Poder Legislativo, los cuales quedan sujetos al examen de constitucionalidad efectuado por los jueces constitucionales; en el mismo sentido, los actos del Poder Ejecutivo quedan condicionados al test de constitucionalidad judicial.

- En quinto lugar, derivado de que el constitucionalismo actual propicia un punto de inflexión respecto al proceso de toma de decisiones judiciales, como consecuencia del reconocimiento en las Constituciones de diversos principios que caracterizan a los derechos humanos; por ejemplo, el principio de progresividad, que se relaciona con la prohibición de regresión de dichos derechos. En este sentido, tal principio de progresividad se logra a través de la argumentación jurídica de corte maximalista o expansionista; aquí otro punto fundamental de encuentro entre el constitucionalismo y el razonamiento jurídico.

De conformidad con el escenario descrito, se comprende el auge que ha tenido actualmente tanto el constitucionalismo de los derechos como las teorías de la argumentación jurídica, principalmente en los países de Europa continental y de América Latina, los cuales quedaron decepcionados de la idea de un Estado de derecho erigido sólo bajo el principio de legalidad, sin considerar otras piezas fundamentales para la comunidad social, a saber: los derechos humanos.

IV. FINALIDADES DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

La argumentación jurídica comporta diversas finalidades, algunos autores hablan de hasta siete fines.⁹ Nosotros seremos más puntuales y sólo precisaremos tres, que identificamos como esenciales para el entendimiento pleno del razonamiento jurídico.

En este sentido, se precisa que seguiremos el modelo tripartito sugerido por Manuel Atienza para su teoría de la argumentación jurídica, en la que se identifican tres finalidades; en primer lugar, una de carácter teórica o

⁹ Por ejemplo, Ernesto Galindo identifica siete fines de la argumentación jurídica, entre los que se destaca el que señala la definición de la posición de un hablante respecto a un posible problema, véase Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 5a. ed., México, Porrúa, 2013, p. 4.

cognoscitiva; en segundo lugar, una de naturaleza práctica o técnica, y, por último, una de corte política o moral.¹⁰

Se utilizará dicho modelo, ya que el mismo opera como un derrotero para la crítica directa de las teorías de la argumentación ampliamente difundidas; en concreto, por la función moral que encierran las mismas, como veremos en adelante.

1. *Finalidad teórica*

El fin teórico de la argumentación jurídica tiene que ver con la generación de un modelo cognoscitivo que describa de manera detallada la forma en que se toman las decisiones en el derecho.

Todavía más: este fin nos lleva a analizar en qué medida el modelo cognoscitivo de la toma de decisiones jurídicas contribuye con el desarrollo de otras materias del derecho; por ejemplo, del constitucionalismo o de la filosofía del derecho. En concreto, la finalidad teórica tiene que ver con la forma en que la teoría de la argumentación jurídica nos auxilia a comprender con detalle el fenómeno jurídico.¹¹

La finalidad teórica se conecta con lo que algunos autores han llamado la “utilidad desde el aspecto descriptivo” de la teoría de la argumentación jurídica, la que como análisis conceptual de las formas argumentativas de los operadores jurídicos puede contribuir a mejorar el conocimiento profundo de la actividad por parte de los juristas, lo que por sí mismo es benéfico para el derecho.¹²

De esta manera, el estudio de la teoría de la argumentación jurídica tiene sentido en la medida en que puede coadyuvar a que el jurista sea consciente y tenga mayor conocimiento de su quehacer, lo que resulta útil de dos maneras: primera, porque impulsa a armar un sistema de legitimidad de la función judicial; segunda, porque colabora a revisar y no admitir fácilmente las razones esbozadas en la toma de decisiones.¹³

Con mucho, esta finalidad puede ser atacada, señalando que ella no hace más que presentar un esquema de erudición en torno a la argumentación jurídica totalmente ajeno a la realidad; sin embargo, se considera que

¹⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009, p. 216.

¹¹ *Ibidem*, p. 216.

¹² Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra Editores, 2005, p. 61.

¹³ *Ibidem*, pp. 63 y 64.

la finalidad teórica sí es valiosa, ya que contribuye, como se ha señalado, a que los operadores jurídicos conozcan con rigor científico su quehacer diario y no sólo sean profesionales técnicos del derecho. Se necesita mayor preparación científica para enriquecer sus actividades en el contexto de la toma de decisiones. Con todo, la finalidad técnica nos mostrará una mejor defensa al ataque sobre la posible impracticabilidad y lejanía de las teorías de la argumentación jurídica.

2. *Finalidad práctica*

La finalidad práctica de la argumentación jurídica implica que la misma debe ser capaz de presentar una orientación útil en las actividades de producir, interpretar y aplicar el derecho. Para ello, el desafío de la argumentación jurídica es ofrecer un método que permita exponer el proceso de toma de decisiones y, además, presentar diversos criterios para evaluar su corrección.¹⁴

Por otro lado, la función práctica tiene dos componentes importantes, a saber: uno referente a la construcción de sistemas jurídicos de expertos en relación con los esquemas argumentativos; otro relacionado con la enseñanza del derecho en las universidades, la que señala que el proceso de difusión del conocimiento del fenómeno jurídico debe enfocarse a enseñar a razonar o a tomar decisiones en el ámbito del derecho, y no sólo limitarse a que los estudiantes identifiquen y conozcan el contenido de las normas jurídicas; esto es, del derecho positivo.¹⁵ Se debe optar por un proceso de aprendizaje similar al efectuado en las universidades americanas de derecho, mediante el método de estudio de casos jurídicos ampliamente difundido en Estados Unidos de América.

Ahora bien, cabe indicar que la presentación de un método para la argumentación jurídica, como sugiere la función práctica, tendría, en cierto sentido, un carácter prescriptivo, ya que además de exponer el esquema para la argumentación se buscaría que el mismo fuera adoptado por los operadores jurídicos en su quehacer cotidiano. Aquí su naturaleza es práctica, de lo contrario, seguiríamos en la función descriptiva de la teoría de la argumentación jurídica.

Dicha idea, se representa muy bien con lo que ciertos autores identifican como la “utilidad del aspecto prescriptivo de la teoría de la argumenta-

¹⁴ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, *cit.*, p. 217.

¹⁵ *Ibidem*, pp. 217 y 218.

ción jurídica”, la que conlleva que el razonamiento jurídico no se limita a exponer y sistematizar cómo toman las decisiones los jueces, sino que más bien nos indica cómo deberían decidir los operadores jurídicos en casos considerados complejos.¹⁶

En concreto, se puede decir que la teoría de la argumentación jurídica prescribe a los operadores jurídicos que adopten, en su esquema de razonabilidad, criterios de diversa naturaleza como son las consideraciones de consistencia y coherencia, los argumentos consecuencialistas, los precedentes judiciales existentes, entre muchos otros más¹⁷ (útiles todos para lograr una decisión correcta).

Para profundizar sobre el tema, se señala que los fines prácticos de la argumentación jurídica presentan dos problemas importantes; por un lado, el carácter universal e integrador de cualquier método para la toma de decisiones; por el otro, la imposibilidad de obligar a los operadores jurídicos a seguir y aplicar un método particular de la argumentación jurídica.

El primer problema se explica porque la teoría de la argumentación jurídica, en su versión prescriptiva, presenta un grado de abstracción muy elevado, que en ningún sentido puede eliminar el momento tan complejo que vive cualquier juzgador al emitir una decisión final en un caso real.¹⁸

El segundo problema se relaciona con la crítica sobre la imposible materialización del sentido prescriptivo de la argumentación jurídica, ya que sería difícil obligar a los operadores jurídicos a aplicar cierta teoría de la argumentación jurídica a pesar de considerarla adecuada desde la academia.

Como respuesta al primer inconveniente, se señala que en ningún momento el modelo de argumentación debe ser asumido como una receta universal de cómo tomar decisiones judiciales de forma correcta y en cualquier escenario. Si ello fuera así, el proceso argumentativo se anularía, pues bastaría con identificar la receta y aplicarla al pie de la letra para obtener el resultado deseado.¹⁹

Se trata, más bien, de identificar y presentar ciertos parámetros o guías útiles para mejorar la toma de decisiones por parte de los operadores jurídicos. Así, queda abierta siempre la puerta a la argumentación jurídica del caso concreto, con base en las particularidades del mismo. De esta manera,

¹⁶ Gascón Abellán, Marina y García Figueroa, Alfonso J., *op. cit.*, p. 64.

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ *Ibidem*, p. 65.

¹⁹ Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. 72.

es posible asumir, sin contradicción, por ejemplo, que un juez constitucional que utiliza el mismo modelo de argumentación para resolver una colisión entre el derecho de acceso a la información y el derecho de protección de datos personales, en un primer caso, otorgue mayor peso al derecho de acceso a la información y, en un segundo asunto privilegie el derecho de protección de datos personales porque las circunstancias especiales del caso así lo demanden, constitucionalmente hablando.

Como respuesta al segundo problema, se señala que sí es posible obligar, bajo ciertas circunstancias, a los jueces a aplicar determinado método para la toma de decisiones; sin ir más lejos, se cita el supuesto de que el máximo tribunal de un país o alguna corte internacional adopte a través de un criterio jurisprudencial alguna teoría de la argumentación jurídica, que en consecuencia debe ser aplicada por los jueces de rango inferior en la determinación de sus decisiones.

Con todo, en el supuesto de que no se favorezca por jurisprudencia algún método para la argumentación, se tiene otra respuesta al problema; esto es, se podría asumir una función prescriptiva débil de la teoría de la argumentación jurídica;²⁰ en este sentido, ante la inaplicación de determinado esquema de razonamiento jurídico, se buscaría, desde el ámbito de la docencia e investigación, difundir las ventajas del respectivo método de argumentación entre los actuales o futuros operadores jurídicos, a fin de conseguir su adopción en el corto tiempo. He aquí la manifestación del carácter débil de la función prescriptiva que se comenta.

En suma, se manifiesta que la función práctica de la argumentación es relevante para la comunidad jurídica, ya que los métodos y esquemas de razonamiento que se establezcan pueden ser aplicados efectivamente en la toma de decisiones, con lo que se contribuiría a mejorar la labor judicial nacional; ello, con la finalidad de repercutir positivamente en la concepción que la sociedad tiene en torno a la labor jurídica.

3. *Finalidad política o moral*

La finalidad moral de todas las teorías de la argumentación jurídica representa un buen elemento de crítica a ellas, que debe plantearse para no ser absorbido, al menos, tan fácilmente por las estructuras argumentativas

²⁰ La idea de un criterio prescriptivo débil de la teoría de la argumentación jurídica se aborda en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit., pp. 72 y 73.

que se han difundido y adoptado en América Latina, de forma irreflexiva y, a veces, bajo parámetros de exclusión y olvido de la realidad regional-nacional. Veamos pues este último fin de la argumentación jurídica.

La función moral de la teoría del razonamiento jurídico tiene que ver con la ideología (jurídica o no) que necesariamente está presente en la base de cualquier idea de la argumentación jurídica. Por ejemplo, piénsese en la preconcepción que está detrás de la teoría de la argumentación de Robert Alexy o de Neil MacCormick, o de cualquier otro autor. No es complicado asumir que la valoración que tienen dichos autores está sustentada en la idea del derecho positivo de los Estados democráticos.²¹

Pero ¿es posible asumir que actualmente exista alguna teoría de la argumentación jurídica verdaderamente neutral? (en el sentido ideológico), y, aún más, ¿es deseable que así lo sea?, o, mejor, ¿puede no serlo en alguna forma? Este tipo de cuestionamientos surgen a raíz de los diversos ataques que se han venido señalando en torno a la irracionalidad y deshumanización de las teorías de la argumentación jurídica, que, según nuestra perspectiva, han sido comprendidas por los detractores como una ideología jurídica (europea).

En el ámbito internacional uno de los críticos férreos a las teorías de la argumentación jurídica (principalmente a las de MacCormick y Alexy) es Enrique Haba, para el cual dichas teorías son una ideología profesional de los operadores jurídicos, que realizan un simple embellecimiento teórico con cómodos silencios, a fin de legitimar su *modus operandi* tradicional. Todavía más, para Haba, dichas teorías son deficitarias no tanto por todas las cosas que esbozan, sino más bien por todo lo que esconden, a saber, el ser teorizaciones pseudodescriptivas con relación a los razonamientos jurídicos que encierran el pensamiento jurídico en un cielo discursivo, dejando fuera del mismo lo pragmático, lo humano y las realidades psicosociales.²²

²¹ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados señalados en Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 218.

²² Haba, Enrique P, “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010, pp. 321, 325 y 327, disponible en https://rua.ua.es/dspace/bitstream/10045/32606/1/Doxa_33_17.pdf, fecha de consulta: 20 de julio de 2017.

De esta forma, se ha señalado que en la presentación de su método de ponderación de principios, Alexy se vale de varios artificios formulistas que dejan escondido (bajo sus esquemas lógicos, supuestamente objetivos) el carácter ideológico que tienen las derivaciones conceptuales efectuadas mediante su método de razonamiento. Cfr. García Amado, Juan Antonio, “El juicio de ponderación y sus partes. Una crítica”, en García Amado, Juan Antonio, *El derecho y*

En el contexto nacional, uno de los críticos más recientes a las teorías de la argumentación jurídica o, mejor, el único que lo ha manifestado abiertamente es José Ramón Narváez, para quien lo que rimbombantemente se denomina teoría de la argumentación jurídica poco o nada tiene que ver con el ser humano; así, se pregunta ¿cómo el derecho se convirtió sólo en argumentos?, y ¿cómo es que tales argumentos dejaron de tratar lo humano? Para dicho autor, el gran tema de la argumentación jurídica está fuera de la propia argumentación jurídica, ya que la misma se ha transformado en algo sumamente técnico y formal, dejando fuera los problemas más elementales de tipo antropológico.²³

Ahora bien, realizando una parodia realista de las críticas que señalan que la argumentación jurídica es una ideología, cabría contestar de forma preliminar que posiblemente sí lo es, pues basta con observar cómo la misma se asemeja a una religión. Veamos en qué sentido. Una religión cuenta con un dios que la representa, como la teoría de la argumentación jurídica cuenta con un precursor (autor) que la sustenta; por otro lado, una religión tiene diversos principios que son difundidos a todos sus fieles, como la teoría de la argumentación se compone de diversos postulados, que también son difundidos por sus seguidores; por otra, la religión cuenta con un ente divino que juzgará la actuación de los seres humanos en otro mundo, como la teoría de la argumentación cuenta con jueces que calificarán la actuación de las personas en el mundo terrenal; finalmente, una religión tiene un libro sagrado (Corán o Biblia) que reconoce los principios que deben guiar a los seres terrenales, como las teorías de la argumentación tienen un documento fundamental (*i. e.*: Constitución), que reconoce los derechos humanos de todas las personas.

sus circunstancias. Nuevos ensayos de filosofía jurídica, Bogotá, 2010, pp.207-245 (original no consultado *cit.* por Haba, Enrique P., *op. cit.*, p. 324).

²³ Narváez Hernández, José Ramón, *Argumentar de otro modo los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, pp. 53 y 54. En concreto, Narváez se pregunta ¿cómo podemos hablar de argumentación jurídica en un escenario en el que el abuso del poder es una constante, incluso entre los que imparten justicia?, e irónicamente señala que si la argumentación jurídica es una panacea y todos sabemos argumentar ¿por qué estamos tan mal? *Cf.* Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, p. 19. Sin entrar a detalle en su pensamiento, se asume que efectivamente se debe humanizar el proceso de toma de decisiones (podemos optar ahora, por ejemplo, por una justicia abierta a la sociedad), ya que el mismo se dirige a las personas a las cuales una sentencia puede restringirle sus derechos humanos. Con todo, pensamos que la respuesta a los actuales problemas sobre la argumentación jurídica con derechos humanos no es la descalificación general del estado en que se encuentra a nivel nacional, sino más bien el diálogo constructivo y abierto con lo existente, en aras de mejorarlo o abandonarlo, si ello resulta ser lo más adecuado para la dignidad humana que, de hecho, dirige todo proceso argumentativo.

Con dicha parodia se busca mostrar que efectivamente las teorías de la argumentación jurídica pueden asumirse como una ideología; por ejemplo, del Estado constitucional de derecho, que se desenvuelve bajo ideas preconcebidas de lo que es adecuado cultivar, apoyar y difundir, en aras de materializar una vida digna en el propio Estado constitucional de nuestra época. En este caso, los prejuicios de los que se partiría serían la democracia, los derechos humanos, la Constitución, los jueces constitucionales y, desde luego, la dignidad humana.

En este sentido, retomando las interrogantes formuladas al inicio de este apartado, cabría presentar sus respuestas ante la pregunta de si es posible asumir que actualmente exista alguna teoría de la argumentación jurídica verdaderamente neutral; la respuesta sería que no, pues partimos de algo, de nuestro entorno cultural y social, de alguna ideología, de ideas preconcebidas por ejemplo, de los derechos humanos, que son ideales constitucionales, pero a fin de cuentas ideales.

Ante la pregunta sobre si es deseable que las teorías de la argumentación sean neutrales, la respuesta es parcialmente negativa, pues no es conveniente una teoría de la decisión jurídica neutral que desestime lo humano, los ideales, lo justo, lo adecuado aquí y ahora; en otras palabras, una teoría mecanizada, que sería la negación de la naturaleza humana. Asumir lo contrario nos llevaría a defender la idea de sustituir a los jueces constitucionales por unas computadoras sofisticadas que resuelvan los casos judiciales sin ninguna consideración hacia lo humano.

Se dice que es una respuesta parcialmente negativa, ya que a pesar de los prejuicios e ideología que están detrás de una teoría de la argumentación (que puede ser una ideología que se ha considerado adecuada para determinado momento y generada mediante un diálogo; por ejemplo, la del Estado constitucional), la teoría de la argumentación debe servir para respaldar una decisión de forma racional, razonable, objetiva y correcta, lo cual no es una contradicción, pues los jueces deben, retomando las ideas de Paul Kahn, suspender sus creencias (prejuicios) al momento de decir un asunto mediante la aplicación de algún método de argumentación, lo que no elimina la posibilidad de que sean empáticos con la situación que conozcan o que puedan apelar a razones de diversa naturaleza (sociales, morales o culturales) para sustentar sus determinaciones.

Por otro lado, sobre la pregunta de si las teorías de la argumentación jurídica pueden ser neutrales en alguna forma, la respuesta es negativa, ya que a pesar de que los jueces pueden suspender sus creencias al momento de resolver una colisión de derechos humanos y, de esta forma, ser no ideológicos, la realidad es que en el fondo de toda su actuación y del modelo de

argumentación utilizado hay una ideología jurídica, a saber: el ideario del constitucionalismo de los derechos humanos, que existe en nuestra época; por ello, es complejo señalar que se puede eliminar totalmente la misma, pues el Estado constitucional de derecho que tanto se defiende encarna la ideología dominante del siglo XXI.

Por todo ello, nos queda reconocer la finalidad moral de la argumentación jurídica, que ya es un gran avance, pues las posibles discusiones que llegaran a crearse sobre la naturaleza ideológica de las teorías de la argumentación perderían sentido; es decir, serían discusiones aparentes. Así, se piensa que en lo que debemos enfocarnos es en someter en todo momento a la crítica y al diálogo abierto la ideología existente del Estado constitucional de derecho,²⁴ a fin de calificar y evaluar su conveniencia o no, para materializar una forma de vida adecuada (digna) para todas las personas; la preocupación debe ser en ese sentido, no si estamos frente a una ideología. El día que dejemos de practicar la autocritica y la reflexión continua de nuestro entorno será el fin de nuestra propia evolución; nada más importará, seremos cómplices de la lacerante e injusta realidad que vivamos.

V. PRINCIPALES ÁMBITOS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

En el contexto práctico existen diversos ámbitos de aplicación de la argumentación jurídica, cada uno de los cuales podría requerir una investigación especial. El ámbito más conocido y estudiado en la literatura jurídica es el judicial; sin embargo, no es el único posible. Así, se identifican los ámbitos de la argumentación sobre los hechos, forense, legislativa, administrativa y, desde luego, judicial.²⁵ En las páginas siguientes expondremos los puntos sobresalientes de cada instancia de la argumentación jurídica, a fin de que el lector pueda evaluar el carácter transversal que la misma refleja en todo el fenómeno jurídico. Con todo, se advierte que este trabajo de investigación se dirige sólo a uno de los ámbitos señalados; esto es, a la argumentación de tipo judicial,

²⁴ En el mismo sentido, Atienza señala que la teoría de la argumentación debe comprometerse con una concepción (una ideología) más crítica en relación con el derecho de los Estados democráticos. Véase Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 218.

²⁵ Existen otros contextos de la argumentación; por ejemplo, en el ámbito de los medios alternativos de solución de conflictos. Para un análisis detallado de la argumentación y la resolución alternativa de conflictos véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013, pp. 709-711. Asimismo, se han indicado como ámbitos de la argumentación la que realizan las cortes constitucionales, las comisiones de ética, los sistemas de expertos, los notarios y los jurados. Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 705 y 706.

para lo cual se presentará un estudio especial en torno a la misma en otro lugar de la investigación.

1. *Argumentación sobre los hechos*

¿Por qué analizar una argumentación sobre los hechos? La respuesta es simple, pero reveladora. En la administración de justicia se manifiesta drásticamente el problema de la verdad. Esta afirmación parece adecuada si se considera que ninguna determinación jurídica puede considerarse justa si se funda en una investigación falsa o errónea de los hechos relevantes del asunto; así, la aplicación adecuada de la norma jurídica supone que haya ocurrido efectivamente el hecho indicado en la misma.²⁶ He aquí el gran problema de la verdad de los hechos del pasado. De modo que la actuación de los juzgadores en el contexto de la prueba y de lo referente a su tratamiento ha sido en todo momento motivo de preocupación.²⁷

Con este telón de fondo, se apunta que la argumentación que se realiza en la vida jurídica es en gran medida una argumentación sobre los hechos, lo que han olvidado las principales teorías de la argumentación jurídica, que se ocupan con acuciosidad de cuestiones de tipo normativo. Sin embargo, no se debe pasar por alto que la argumentación sobre cuestiones normativas puede generar discusiones sobre los hechos, que en algunos casos revisten un carácter decisivo en la sentencia.²⁸

El reclamo a las teorías de la argumentación jurídica ha sido patente desde tiempo atrás; por ejemplo, Perfecto Andrés afirma que lo que habitualmente se conoce como lo “fáctico” o los “hechos” ha sido particularmente descuidado por la mayoría de las teorías de la interpretación, quedando entonces a la subjetividad del intérprete.²⁹

En este sentido, se requiere construir una teoría de la argumentación jurídica que dé cuenta de los hechos en el derecho, la cual nos debería con-

²⁶ Taruffo, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, 20 cuadernos de divulgación de la justicia electoral, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013, p. 13.

²⁷ Andrés Ibáñez, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015, p. 253.

²⁸ Para la redacción de esta párrafo se utilizaron las ideas plasmadas por Atienza, Manuel, *Las razones del derecho... cit.*, p. 204.

²⁹ Andrés Ibáñez, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992, p. 263, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/portales/doxa/obra/n-12---1992/>, fecha de consulta: 21 de julio de 2017.

ducir, por una parte, a un mayor acercamiento a los razonamientos científicos y de la vida ordinaria; por otra, nos obligaría a entender que la teoría de la argumentación jurídica no sólo se relaciona con la teoría del derecho, sino también con la sociología del derecho; esto es, con las investigaciones de tipo empírico.³⁰

Dicha teoría de la argumentación sobre los hechos cobra relevancia en el contexto actual del derecho penal, en el que se manifiestan diversos problemas sobre la prueba de los hechos acontecidos en el pasado y la propia motivación de las cuestiones fácticas. Se podría afirmar que un modelo de argumentación sobre los hechos es una herramienta que podría contribuir con el desarrollo y mejoramiento del nuevo sistema penal acusatorio en México, que ha sufrido varias críticas en los últimos tiempos.

Ahora bien, considerando las cuestiones sobre los hechos a probar en el derecho, cabe señalar que la prueba jurídica no puede estudiarse desde la perspectiva de la noción universal de prueba, propia de las ciencias naturales, por lo cual se hace indispensable elaborar un modelo particular de acercamiento a la prueba jurídica, que reconozca las características particulares de la misma; a saber, que el proceso judicial puede dar sustento sólo a verdades aproximadas, pues la información disponible sobre los hechos a probar es limitada, así como que la actividad probatoria está sujeta al derecho, no es una actividad libre, pues las prácticas de los jueces están sometidas a las normas jurídicas.³¹

En este contexto, el modelo que se proponga para la argumentación sobre los hechos debe realizar un análisis más detallado de las particularidades del ámbito jurídico para la formulación de la decisión sobre los hechos probados en el expediente, de manera que pueda calificarse adecuadamente el alcance de tales especificidades y las posibilidades de control racional de la propia determinación judicial.³²

Pese a todo lo señalado, se precisa que existen autores que han asumido (desde el ámbito académico) que es posible utilizar las actuales teorías de la argumentación jurídica para atender las cuestiones fácticas, por lo que desde su visión no sería del todo necesario crear un modelo de razonamiento sobre los hechos.

³⁰ Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., pp. 204 y 205.

³¹ Ferrer Beltrán, Jordi, “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, trad. de Martha Lilia Uruchurtu Caccia, en Cruz Parceró, Juan A. y Laudan Larry (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2010, pp. 75 y 76.

³² *Ibidem*, p. 77.

En concreto, González Lagier ha propuesto utilizar la teoría de la argumentación jurídica de Stephen Toulmin para dar cuenta del razonamiento sobre los “hechos a probar” y los “hechos probatorios”. De esta forma, aplicando el modelo de Toulmin al contexto fáctico, los hechos probatorios representarían las razones del argumento; los hechos a probar se identificarían con la pretensión o la hipótesis del asunto; la garantía se manifiesta con las máximas de la experiencia y las presunciones que habilitan a los juzgadores a transitar de las razones a la pretensión; finalmente, el respaldo conllevaría la información indispensable para sustentar la garantía del argumento.³³

Como se puede observar, es posible argumentar sobre los hechos con base en el modelo de Toulmin, por lo que dicho esquema podría ser adoptado por los jueces en materia penal, ya que es en ese campo del derecho donde se resalta la argumentación de corte fáctica. Con todo, se requiere generar más y mejores métodos para la toma de decisiones sobre cuestiones empíricas, lo que se concibe como un área de oportunidad para los juristas y los sociólogos del derecho. Hasta aquí con lo manifestado sobre el ámbito de la argumentación en materia de hechos, la cual requiere, como se ha apuntado, de un estudio más detallado, que excedería los fines de la presente investigación.³⁴

2. Argumentación forense

La argumentación forense es la que realizan los abogados postulantes que defienden causas de sus clientes ante las autoridades de cualquier tipo, con la finalidad de atender algún conflicto jurídico y, además, obtener cierta remuneración, con independencia del resultado obtenido, aunque existen asuntos en los que pueden actuar de forma voluntaria y sin ningún tipo de retribución económica (*pro bono*).

³³ Lara Chagoyán, Roberto, “Argumentación en materia de hechos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 13, 2003, p. 202, disponible en http://www.ijf.gob.mx/publicaciones/revista/13/r13_15.pdf, fecha de consulta: 21 de julio de 2017.

³⁴ Para un análisis más profundo en torno a la argumentación sobre hechos, véase Uribe Álvarez, Roberth, “Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba”, *Revista de la Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 39, núm. 111, julio-diciembre de 2009, pp. 337-356, disponible en http://bibliotecadigital.udea.edu.co/bitstream/10495/5319/1/UribeRoberth_2009_PruebaArgumentación.pdf, fecha de consulta: 21 de julio de 2017. En dicha investigación se asume que la verdad procesal acerca de los hechos exige un trabajo dialéctico de control racional-moderado, que es tanto de carácter epistémico como normativo. *Cfr.* Uribe Álvarez, Roberth, *op. cit.*, p. 355

Así, es indudable que los abogados requieren de la argumentación jurídica para llevar a buen puerto las causas que defiendan en cualquier área del derecho. Entre las ocasiones precisas en que recurren al razonamiento se tiene cuando elaboran sus demandas o contestaciones a las mismas; en el momento en que presentan sus alegatos o conclusiones en los procedimientos judiciales; también cuando expresan agravios con motivo la prestación de recursos ante las autoridades; asimismo, al esbozar los conceptos de violación en los juicios de amparo que interponen por violaciones a los derechos humanos de sus clientes.³⁵

Por ello, se asume que abogar es un ejercicio argumentativo, ya que no existe ningún acto que efectúe un jurista en el que se aparte de la dialéctica. Así, el abogado argumenta frente a sus clientes, a fin de convencerlos de que la estrategia jurídica a seguir es la más adecuada; también, como lo hemos indicado, argumenta frente a las autoridades (*i. e.*: tribunales y órganos de la administración) para convencerlos de que la postura que sostiene a favor de su cliente es la correcta; además, argumenta ante la parte contraria, con objeto de refutar sus argumentos y hacer triunfar los de su cliente.³⁶

Todavía más, en el contexto del sistema penal acusatorio, los abogados deben ser capaces de formular sus argumentos y contra argumentos de forma oral e inmediata, lo que se ha convertido en un gran desafío para la defensa y acusación penal.³⁷

En todos los citados escenarios se debe buscar convencer al juez, a la autoridad o a la parte contraria, de que al cliente le asiste el derecho, la verdad y la razón, por lo que los juristas necesitan conocer y aplicar los métodos de la argumentación jurídica.³⁸

A todo esto, cabe destacar que en la práctica forense los juristas recurren a la técnica de la persuasión para tratar de convencer al juez y dirigir el sentido de su decisión, lo que, desde nuestra óptica, no es adecuado, pues lo que deben buscar los postulantes es lograr la adhesión del juez y, de la parte contraria, sobre sus postulados, con el mayor y mejor número de razones,

³⁵ Somos deudores en este punto de las ideas expuestas por Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 93.

³⁶ *Ibidem*, p. 115.

³⁷ En el mismo sentido, se ha señalado que a consecuencia del principio de oralidad en el sistema penal acusatorio los abogados deben estar listos para debatir y argumentar verbalmente ante las autoridades, para lo cual ellos tienen que conocer técnicas que los auxilien a formular de manera organizada y correcta sus argumentos. *Cfr.* Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 93.

³⁸ Para la redacción de este párrafo se utilizaron postulados plasmados en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 93.

sin recurrir a cuestiones emotivas, que no aportan nada a la objetividad de la decisión judicial. Con todo, está en el juez dejarse persuadir por los abogados de las partes o desechar ese tipo de técnicas.³⁹

En otro orden de ideas, se resalta que en la argumentación forense, a diferencia de la argumentación judicial, no tiene mucho sentido e importancia la idea de pretensión de corrección, que algunas teorías de la argumentación presentan; por ejemplo, la teoría de Alexy. Ello, porque normalmente lo que busca un abogado es que la postura que defiende no vulnere las normas jurídicas, en especial las del derecho adjetivo, ni tampoco las reglas morales de su profesión (lo que puede coincidir o no con la respuesta correcta del caso); pero esto no supone erigir una pretensión de corrección, como la que sugieren diversas teorías de la argumentación jurídica.⁴⁰

Y no supone fundar una pretensión de corrección, porque en defensa del postulado presentado por un abogado, la argumentación que lo sustente no estará regida por los principios que materializan el discurso racional; en concreto, no se aplica el principio de sinceridad, pues el jurista postulante no tiene la obligación de decir toda la verdad ni el deber de presentar argumentos que afectarían su postura.⁴¹

Con base en lo anterior, para Atienza, el esquema general de argumentación forense no es el de la ponderación ni el de la subsunción, sino un razonamiento de corte instrumental (de medio a fin), en el que la premisa mayor no es una regla jurídica de fin, sino una norma que, en opinión del abogado, satisface de mejor forma los intereses del cliente, para lo cual le sugerirá al juez que realice una subsunción o una ponderación en cierto sentido. Por ende, utilizará de forma estratégica diversos argumentos, como el de analogía, *a fortiori*, *ad absurdum*, entre muchos otros más.⁴²

Con mucho, para efectos prácticos, resulta apropiado presentar una metodología para la argumentación forense, que se compone de los siguientes pasos: primero, se debe realizar una investigación sobre todos los hechos del caso, agruparlos y analizarlos con detalle; segundo, se identifican y ordenan las cuestiones jurídicas que plantea el asunto; asimismo, se dispo-

³⁹ Recordemos que la persuasión ha sido entendida como una creencia cuya certeza se apoya sobre todo en bases subjetivas, o sea, privadas e incommunicables. La diferencia entre persuasión y enseñanza racional fue establecida por el propio Platón, quien entendía que el pensamiento se genera por el camino de la enseñanza y la opinión a través de la persuasión. Cfr. Abbagnano, Nicola, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1966, pp. 913 y 914.

⁴⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 706.

⁴¹ *Ibidem*, pp. 706 y 707.

⁴² *Ibidem*, p. 707.

ne e interpreta el derecho aplicable; tercero, se presenta una propuesta de solución, que se traduce en una solicitud al juez para que decida en cierto sentido; cuarto, se comprueba y revisa la propuesta sugerida, y quinto, se redacta el escrito o documento respectivo (demanda, recurso, solicitud o lo que corresponda), siguiendo cada uno de los pasos mencionados.⁴³

En suma, se ha señalado que las diferencias entre la argumentación forense y la judicial no son relevantes, si se asume a la argumentación únicamente desde una dimensión formal, pero adquieren notoria relevancia si se considera a la misma desde una perspectiva material, la que se interesa por la pretensión de corrección del razonamiento y por los elementos pragmáticos (retóricos y dialécticos).⁴⁴

Desde nuestro punto de vista, la argumentación forense debe encaminarse por utilizar alguno de los métodos de la argumentación judicial existentes, a fin de que los juristas postulantes puedan mejorar la defensa de los intereses de sus clientes; para lo cual deben eliminar, en la mayor medida de lo posible, la referencia a las técnicas de persuasión, que no se requieren o no se deberían necesitar, al aplicarse los métodos de la argumentación judicial. Así, asumimos que las cuestiones emotivas en la toma de decisiones entorpecen y afectan el proceso de razonabilidad y objetividad que comporta la actividad judicial.⁴⁵

Finalmente, sobre la alusión a la limitada utilización de los criterios de evaluación en la argumentación forense, se considera que es necesario difundir los mismos en la cultura jurídica nacional, para que puedan ser practicados efectivamente por los abogados en su quehacer cotidiano. De esta forma, no se comparte la idea de que la argumentación forense sea incompatible con un esquema de pretensión de corrección del razonamiento; por ello, se hace un llamado para que los abogados postulantes se comprometan más con su función y comiencen a calificar la corrección de sus pretensiones bajo el argumento consecuencialista, de la coherencia, consistencia, o cualquier otro criterio de evaluación contenido en las actuales teorías de la argumentación jurídica. Con mucho, analizaremos estos temas en otro

⁴³ *Ibidem*, p. 708. A todo esto, Atienza destaca que los elementos retóricos y emocionales son más característicos de la argumentación forense que de la argumentación de los jueces. Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 708.

⁴⁴ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 708.

⁴⁵ Al respecto, se señala que la persuasión es un proceso o arte de influir o de procurar influencia sobre la opiniones y acciones de otro, ostensiblemente por medios racionales o intelectuales, aunque su eficacia dependa en la mayoría de los casos de factores que no son racionales. Gortari, Eli de, *Diccionario de la lógica*, México, Plaza y Valdés, 2000, p. 378.

lugar de la investigación (criterios de calificación); por ahora basta con lo expuesto en este apartado.

3. *Argumentación legislativa*

Es innegable que el Poder Legislativo necesita recurrir a la argumentación (al igual que el Poder Judicial) para las tareas de producción de leyes. En tal ámbito parlamentario el razonamiento desplegado frente a un auditorio particular presenta ciertas características, que requieren de una explicación concreta, como lo veremos más adelante.

Ahora bien, es conocido que los legisladores argumentan frente a los miembros de un congreso para convencerlos de la oportunidad de crear o cambiar una ley; asimismo, plasman razones en las exposiciones de motivos de las leyes para lograr la adhesión de los destinatarios de las mismas, respecto a la utilidad y necesidad de ciertas normas jurídicas. Pero ¿qué tipo de argumentación desarrollan los legisladores en esos casos? Desde luego, que no se trata de una argumentación libre (como la de los jueces), ya que los parlamentarios pertenecen a un determinado partido político, por lo que representan los intereses del mismo (argumentan en su nombre y pueden no estar conformes con la postura que defienden).⁴⁶ El citado escenario de dependencia no se elimina (aunque sí puede disminuir) por la circunstancia de que los legisladores sean elegidos mediante las candidaturas independientes, ya que en todo caso los mismos representan los intereses de algún grupo social particular (jóvenes, madres solteras, personas adultas mayores, mujeres, comunidad LGBTTTI, entre otros).

Bajo este sendero, se observa que el estatus normativo de los legisladores y los jueces es muy diferente, por ende, la argumentación que desarrollan; pues como se ha anunciado, los jueces son funcionarios independientes, mientras que los legisladores representan los intereses de algún sector o alguna clase social en particular. De esta forma, no es posible asumir un mismo código deontológico para ambas funciones, ya que, por ejemplo, los principios judiciales de independencia e imparcialidad no resultan aplicables a la labor legislativa.⁴⁷

Para avanzar, se precisa que la argumentación legislativa ha quedado fuera del campo de acción de las teorías de la argumentación jurídica por cuestiones tanto teóricas como prácticas. Las primeras se derivan de la con-

⁴⁶ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 90 y 91.

⁴⁷ Atiienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 713.

sideración de las leyes como un dato fijo; esto es, como un documento del que se tiene que partir, más que un producto a elaborar. Las cuestiones prácticas se relacionan con el hecho de que la argumentación legislativa es más compleja que la judicial, por ser más abierta y menos estructurada.⁴⁸

Por ello, se requiere elaborar una teoría de la argumentación legislativa, que asuma el proceso de producción de las leyes como un esquema de relaciones entre diversos elementos, como son: creadores, destinatarios, sistema jurídico, fines y valores. Todavía más, el proceso legislativo debe ser capaz de distinguir entre sus diversas etapas, a saber: previo a la creación de la ley, durante la creación de la ley y posterior a la emisión de la misma ley.⁴⁹

En este sentido, cabe indicar que mediante un ejercicio creativo Atienza ha estructurado un esquema de racionalidad legislativa integrada por seis niveles (antes sólo hablaba de cinco niveles),⁵⁰ que a nuestro entender puede operar como una verdadera teoría de la argumentación legislativa. Veamos pues en qué consiste la misma.

La racionalidad legislativa de Atienza (teoría de la argumentación legislativa para nosotros) se asume como una estructura articulada compuesta de los siguientes seis niveles o, mejor dicho, racionalidades: *a*) racionalidad lingüística, *b*) racionalidad jurídico-formal, *c*) racionalidad pragmática, *d*) racionalidad teleológica, *e*) racionalidad ética y *f*) razonabilidad.⁵¹

La racionalidad lingüística implica que el emisor de la norma jurídica sea capaz de transmitirla con fluidez a todos los destinatarios de la misma; la racionalidad jurídico-formal tiene que ver con la necesidad de que la norma jurídica sea compatible con cierto sistema jurídico, a saber: la que la genera; la racionalidad pragmática conlleva que la conducta de los destinatarios se corresponda con los mandatos de la propia norma jurídica; la racionalidad teleológica entraña que las leyes logren los fines sociales que persiguen y protegen; la racionalidad ética supone que las conductas reguladas en las leyes, así como los fines que buscan alcanzar las mismas, se relacionen con valores sujetos a una justificación ética, y la razonabilidad refiere la exigencia

⁴⁸ *Idem.*

⁴⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 714.

⁵⁰ Hay un desarrollo notable en el pensamiento de Atienza, ya que en una obra inicial presenta su modelo de racionalidad legislativa integrado sólo por cinco niveles. Cfr. Atienza, Manuel, *Las razones del derecho...*, cit., p. 206. Posteriormente, en otra obra vuelve a presentar dicho modelo de racionalidad legislativa, pero ahora lo describe con base en seis niveles. Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 715.

⁵¹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 715.

de que exista un equilibrio entre los diversos fines que persiguen las leyes; así, la afectación de un fin en concreto debe ser razonable.⁵²

Todo el esquema descrito se perfeccionaría con un criterio de corrección de la decisión legislativa, el cual señala que una decisión es correcta cuando su contenido y estructura son claros, sistemáticos, coherentes, eficaces, socialmente efectivos, moralmente adecuados y eficientes. En efecto, cuando se habla de argumentación legislativa, lo verdaderamente relevante no es el resultado de la misma, sino más bien el proceso que se sigue para llegar a un fin; esto es, la emisión o modificación de una ley.⁵³

Pues bien, como hemos podido corroborar, es posible sostener una teoría de la argumentación legislativa, la cual debe buscar, en todo momento, que la decisión que se genere pase por algún filtro de corrección (por ejemplo, el descrito anteriormente), si es que se busca materializar un sistema jurídico integrado por leyes “correctas” en el sentido de la razonabilidad.

A partir de estas ideas, se concluye que con independencia del contexto de la argumentación legislativa; esto es, su falta de independencia, sí es posible que los legisladores utilicen un método para la toma de decisiones, el cual comporta una doble naturaleza (propia de los Estados democráticos); por un lado, es un medio de defensa de la propuesta asumida por el legislador y el partido político en el que milita; por el otro, es un medio de contención en el seno interno de la agrupación política, al permitir que los legisladores puedan defender, bajo parámetros de razonabilidad, su disidencia frente a la postura asumida por el grupo parlamentario al que pertenecan, respecto a algún proyecto de ley o modificación de ley, lo que no es una contracción para la democracia, sino más bien su razón de ser.

Bajo esta senda, un buen comienzo para la teoría de la argumentación legislativa o “racionalidad legislativa”, como la denomina Atienza, es discutir qué objetivos deben perseguir las leyes en el escenario actual; si los mismos se encuentran justificados; qué medios (no invasivos) deben utilizarse para lograr tales objetivos; qué estructura debe asumir la ley a fin de que sea coherente con el orden jurídico (compatible), y cómo deben redactarse los preceptos jurídicos para lograr su claridad frente a los destinatarios, esto es, que sean inteligibles a los mismos.⁵⁴

En síntesis, un ejercicio de argumentación como el descrito a lo largo de este apartado abonaría mucho a la credibilidad de los legisladores (que encuentran un rechazo social generalizado desde hace bastante tiempo), en

⁵² *Idem.*

⁵³ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 715.

⁵⁴ Somos deudores en este párrafo de los postulados expuestos por Manuel Atienza en Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 718.

aras no de mejorar la presencia de algún partido político en la sociedad, sino, por el contrario, la forma en que se toman las decisiones políticas en México. Dichas decisiones requieren con urgencia pasar por alguna prueba de ácido, a fin de examinar su corrección (como podría ser la expuesta en este trabajo), o cualquier otra generada en el seno de las actuales teorías de la argumentación jurídica; ello, si realmente nos queremos comprometer con la ideología jurídica del Estado constitucional de derecho, que todos los poderes públicos compiten por alcanzar un mismo fin, a saber: la efectiva y plena realización de una vida digna de todas las personas, al menos desde nuestra utopía teórica que deseamos se convierta en una realidad palpable en el corto plazo.

4. *Argumentación administrativa*

El Poder Ejecutivo y todos sus órganos no están exentos de las teorías de la argumentación jurídica, aunque las mismas no los consideren en sus postulaciones al dirigirse esencialmente a los jueces. Pese a ello, sería absurdo afirmar que no se esbozan razones para la toma de decisiones desde el campo de la administración pública federal o local. El olvido hacia la argumentación administrativa obedece, en nuestra opinión, a dos razones: por un lado, a que los órganos administrativos no tienen la última palabra sobre sus determinaciones, ya que las mismas pueden ser sujetas a un control de constitucionalidad por parte de los jueces; por el otro, a las dificultades que ocasiona la generación de un solo método para la argumentación aplicable a todos los ámbitos del ejercicio de la administración pública.

A partir de estas ideas, es comprensible que los autores no se hayan interesado en desarrollar una teoría especial de la argumentación administrativa, que tal vez no sea del todo necesaria, pues se pueden trasladar los métodos para la toma de decisiones judiciales al ámbito administrativo con algunas adecuaciones apropiadas para tal contexto.

En este sentido, debemos considerar que la necesidad de recurrir a la argumentación por parte de los órganos administrativos se presenta básicamente entre tres supuestos; primero, cuando los mismos producen normas jurídicas de aplicación general, como reglamentos, normas oficiales mexicanos o cualquier otro tipo de acuerdos; segundo, cuando resuelven algún procedimiento administrativo mediante la emisión de una resolución, por ejemplo, un recurso de revisión, y tercero, cuando emiten cierto acto administrativo con efectos particulares, sin ir más lejos, un crédito fiscal o una expropiación por causas de utilidad social.

En todos los escenarios descritos, los órganos administrativos están obligados a dar las razones que sustenten sus actos, que pueden ser de diversa naturaleza; por ejemplo, social, económica y principalmente del ámbito jurídico; así las cosas, los servidores públicos integrantes del Poder Ejecutivo y el mismo titular de éste requieren argumentar para sustentar y defender, si así se les pide, sus posturas.

Más aún, debido a que todos los actos administrativos de carácter general y particular tienen un impacto (positivo o negativo) en la esfera jurídica de las personas, se exige su justificación, a fin de que no sean actos arbitrarios o caprichosos por parte de la autoridad administrativa. De esta manera, es a través de la justificación administrativa como se puede lograr la legalidad del acto y, además, su constitucionalidad, si se da la circunstancia de que tenga que ser calificado por la autoridad judicial como consecuencia de alguna inconformidad por parte de los particulares que sientan que han sido afectados en sus derechos.⁵⁵

Ahora bien, ¿qué tipo de modelo de argumentación es el más idóneo para el ámbito administrativo? O, mejor, ¿qué teoría de la argumentación jurídica existente debe utilizarse en la toma de decisiones administrativas? Se considera que no se cuenta con respuestas exactas a dichas interrogantes, lo cual es comprensible, toda vez que existe una diversidad de escenarios de manifestación de la argumentación en la administración pública;⁵⁶ de esta manera, el método a utilizar va a depender del tipo de acto administrativo que se vaya a emitir, aunque, desde luego, todos ellos se rigen bajo el principio de justificación de la decisión.

En este sentido, a pesar de las diferencias entre los actos administrativos, es posible afirmar que, en estricto sentido, todos los métodos de la argumentación podrían adaptarse al ámbito administrativo, con ciertas adecuaciones. Con mucho, para efectos didácticos se puede hacer un ejercicio sobre qué modelo sería el más conveniente para cada acción pública. Por eso, a modo de sugerencia, se presenta el siguiente esquema tridimensional para la toma de decisiones en el ámbito administrativo, el cual, desde luego, puede practicarse bajo ciertas variaciones:

⁵⁵ Para la redacción de este párrafo se utilizaron la ideas expresadas por Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 91.

⁵⁶ En este sentido, Atienza ha señalado que la argumentación efectuada por los órganos administrativos es de carácter heterogéneo, y, según los casos, podría identificarse, hasta cierto punto, con las argumentaciones judicial, legislativa y forense. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 705.

<i>Modelos para la toma de decisiones administrativas</i>			
<i>Acción pública</i>	<i>Modelo sugerido</i>	<i>Beneficios</i>	<i>Criterios de corrección</i>
Emisión de normas de carácter general	De la racionalidad legislativa de Atienza	<ul style="list-style-type: none">– Propicia la claridad de la norma– Busca la correspondencia entre norma y el sistema jurídico y entre la conducta humana y la norma– Relación con los valores– Equilibrio entre los fines de las normas	<ul style="list-style-type: none">– Inteligibilidad– Coherencia jurídica– Coherencia axiológica– Eficacia
Resolución de un procedimiento administrativo	Del recurso del segundo orden de justificación de MacCormick	<ul style="list-style-type: none">– Aplicación de una justicia formal– Utilización de normas que no entren en contradicción– Propicia la compatibilidad con valores– Evaluar los efectos futuros de la decisión	<ul style="list-style-type: none">– Requisito de universalidad– Consistencia– Coherencia– Argumento de consecuencia
Emisión de un acto con efectos particulares	Método de Toulmin	<ul style="list-style-type: none">– Consideración de las máximas de la experiencia– Adecuado respaldo del acto– Evaluar posibles condiciones de refutación	<ul style="list-style-type: none">– Garantía– Respaldo– Excepciones

Para concluir, se afirma que es posible y deseable que los operadores jurídicos de la administración pública (federal y estatal) adopten los diversos modelos de argumentación jurídica a los actos administrativos que emitan, lo que les ayudará a mejorar el desempeño de su quehacer diario, por tres razones; primera, porque podrán aplicar mecanismos de corrección a todas las decisiones que tomen; segunda, porque propiciarán que sus actos administrativos (con efectos generales o particulares) sean confirmados por la autoridad judicial, en caso de impugnaciones por parte de los particulares, y tercera, porque harán compatible su labor administrativa con los nuevos retos y desafíos que nos presenta el actual Estado constitucional de derecho.

5. Argumentación judicial

El razonamiento judicial se conecta con la idea de motivar las resoluciones, lo cual es un deber exigente, y que suscita cierta incomodidad en

los juzgadores, ya que les impone un *plus* de esfuerzo y de reflexión en sus procesos decisionales.⁵⁷ Veamos con más detalle el tema.

La argumentación judicial conlleva implícitamente tres ideas; por un lado, la existencia de un problema jurídico (rutinario o paradigmático); por el otro, un proceso o metodología para la toma de decisiones de forma correcta y definitiva (aquí lo más complejo de la misma), finalmente, un ámbito particular de desarrollo o, mejor, una autoridad del Estado facultada para aplicar el anterior proceso, a saber: los jueces o tribunales (constitucionales o no), lo que dependerá de encontrarnos frente a un caso rutinario o paradigmático.⁵⁸

En particular, en la instancia judicial es donde se requiere de la argumentación para resolver conflictos entre diversos sujetos, lo que incluye, desde luego, las colisiones entre derechos humanos que se puedan presentar en las sociedades pluralistas actuales. Ello es así porque el requisito de justificación de las decisiones es, en la mayoría de los países democráticos, un derecho constitucional, que exige que las autoridades (en este caso judiciales) expongan de forma detallada las razones que sustenten el sentido de sus resoluciones (judiciales); todavía más, las partes en los juicios demandan argumentos que los convenzan de que la decisión judicial emitida por algún tribunal es la más correcta y justa.⁵⁹ Algo sumamente relevante para lograr una legitimidad material de las actividades realizadas por los jueces en el seno de los Estados garantistas.⁶⁰

⁵⁷ Andrés Ibáñez, Perfecto, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores-Universidad EAFIT, 2011, p. 217.

⁵⁸ Preferimos hablar de casos rutinarios y paradigmáticos, en lugar de la arraigada distinción entre casos fáciles y casos difíciles, ya que, en concreto, no hay casos fáciles en el derecho, sino que todos tienen cierto nivel de dificultad. El ser rutinarios no implica que sean sencillos de resolver, aunque se trate de la aplicación de un silogismo jurídico; esto es, de una argumentación formal: premisa mayor-premisa menor-conclusión. El ser paradigmáticos supone que se debe resolver una colisión entre derechos humanos. En este sentido, cuando hablemos de casos paradigmáticos a lo largo de esta investigación tendrán el significado indicado.

⁵⁹ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados expresados por Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, p. 91.

⁶⁰ La legitimidad material es la que los jueces van ganando día a día a través de las decisiones que emiten, las cuales son asumidas por la sociedad como correctas y justas; por ello, este tipo de legitimidad es la más complicada de conseguir y la más fácil de perder. Por su parte, la legitimidad formal es la que se obtiene mediante el nombramiento como juez, magistrado o ministro, derivado del cumplimiento de los requisitos y procedimientos legales y administrativos respectivos. Ambos tipos de legitimidad se complementan mutuamente, aunque recientemente se le ha dado mucho interés a la legitimidad material, lo que se comprende, ya que se vive cierto descontento con las autoridades en nuestro país.

Bajo este sendero, se observa que la mayoría de las teorías de la argumentación jurídica dirigen sus postulados al ámbito judicial, en concreto, a las actividades de justificación que desarrollan los tribunales constitucionales, lo que no es una causalidad, porque deriva del papel protagónico que suponen los jueces en los Estados democráticos de derecho, al ser los guardianes de la vigencia de las Constituciones, que pueden fijar el alcance práctico de los derechos humanos y, de ser el caso, restringirlos temporalmente (he aquí la preocupación e interés general por las actividades justificatorias que desempeñan).

Los ejemplos nos confirman el interés por la argumentación judicial; sin ir más lejos, se tienen a los siguientes autores: Chaïm Perelman, Stephen Toulmin, Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenick y Manuel Atienza, los que han encaminado sus investigaciones principalmente a la argumentación que se desarrolla en el seno de los tribunales constitucionales (con sus excepciones; por ejemplo, Toulmin); de esta forma, podríamos identificar sus postulados en el seno de una teoría de la decisión constitucional (más que judicial), toda vez que en Europa los tribunales constitucionales no necesariamente pertenecen al Poder Judicial, a diferencia de nuestro país, en donde el tribunal constitucional (Suprema Corte de Justicia de la Nación) sí forma parte de aquél.

Con mucho, ya se trate de una teoría de la argumentación judicial o constitucional, la realidad es que podemos ubicarlas en el mismo esquema; a saber: una teoría para la toma de decisiones por parte de los jueces (constitucionales u ordinarios), dejando a un lado (con excepción de la teoría de Atienza y en cierto sentido la de Alexy)⁶¹ las decisiones emitidas en otros contextos jurídicos.⁶² Aunque, como lo hemos señalado, las mismas pueden y deberían aplicarse, con algunas modificaciones, a todos los ámbitos de la argumentación jurídica.

Con este telón de fondo, se precisa que la argumentación judicial/constitucional no es la más importante de todas las argumentaciones posibles

⁶¹ Por ejemplo, según Atienza, el propio Alexy defiende que su teoría del discurso racional es un modelo que se aplica también a la argumentación de los abogados, los que también sustentarían en sus escritos a los jueces, una pretensión de corrección. *Cf.* Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 704.

⁶² En este sentido, se ha afirmado que el principal defecto de la teoría estándar de la argumentación jurídica, la cual se desarrolló a finales de los años setenta en autores como Aarnio, Peczenick, Alexy y MacCormick, se refiere a que sólo se ubica en la justificación de las decisiones generadas por los jueces. Así, se deja fuera el análisis de diversos escenarios en los que se argumenta jurídicamente. Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 703.

en el terreno jurídico, aunque sí la más desarrollada y estudiada en las universidades del país. Para fines de nuestra investigación, se advierte que será este tipo de argumentación en la que nos centraremos; en concreto, a la que busca resolver colisiones entre derechos, a fin de cumplir los objetivos enmarcados en la propia investigación; a saber: analizar los criterios de evaluación de la argumentación desplegada en la justicia constitucional e internacional (la de los jueces). Lo anterior no significa desconocer la relevancia que encierran las decisiones jurídicas de otros ámbitos (legislativo, administrativo o cualquier otra posible), las que en todo caso pueden resultar beneficiadas con las propuestas y conclusiones a las que se llegue en este trabajo académico.

A. Notas sobre la decisión judicial

La argumentación judicial, como proceso complejo, tiene como propósito formal llegar a un resultado concreto; esto es, la emisión de una sentencia o decisión judicial, la que debe estar respaldada por diversas razones, además de ser compatible (coherente) con el orden jurídico en el que se produzca, que incluye reglas jurídicas y principios o derechos humanos, mismos que encuentran su sustento final en una concepción de valores de determinada sociedad (elementos axiológicos). He aquí la gran dificultad de la labor judicial en nuestros días, que no sólo debe desarrollarse en la legalidad, sino además, y en mayor grado, en la constitucionalidad de las determinaciones judiciales.

Assumiendo que el producto de todo el proceso de argumentación judicial es una sentencia, cabría presentar algunas notas generales sobre esta última, las que podemos aplicar de forma indistinta a las decisiones emitidas en casos rutinarios y paradigmáticos, con algunas particularidades, que se irán destacando más adelante.

Para comenzar, se señala que la sentencia cumple diversas funciones, entre las que se resaltan las siguientes: *a)* función controladora, que implica considerar a la sentencia como una unidad susceptible de ser evaluada desde varios ámbitos, como son el académico, el superior, el social y el disciplinario; *b)* función legitimadora, que conlleva la posibilidad de que los jueces legitimen su papel social con sus propias resoluciones; *c)* función concretizadora, que posibilita el que las normas jurídicas generales se proyecten en casos individuales mediante sentencias, por lo que los particulares perciben los efectos específicos de las diversas normas jurídicas existentes; *d)* función didáctica, que se genera *per se* con la emisión de una sentencia, ya que la

misma informa a la sociedad el contenido y alcance de las normas jurídicas; e) función estabilizadora, que encierra una sentencia, ya que además de resolver un caso concreto, opera como un elemento de previsibilidad (estabilidad) para futuros casos, mediante la invocación de precedentes,⁶³ y f) función ética, que implica considerar a la sentencia como algo positivo, moralmente hablando, ya que la misma expresa una idea de la justicia.

Como se puede apreciar, cada una de las funciones descritas son aplicables tanto a los casos considerados como rutinarios como a los paradigmáticos. De esta manera, se comprende que una sentencia emitida por una corte constitucional, que resuelva una tensión entre derechos humanos, por ejemplo, el derecho a la libertad de expresión y el derecho a la intimidad, cumpliría las siguientes funciones subyacentes:

- a) Propiciar la evaluación académica de la misma, lo que abona mucho al desarrollo y crítica constructiva de la función judicial.
- b) Contribuir a la legitimación material de los jueces, en el contexto de la cultura de desconfianza que tiene la sociedad mexicana hacia las autoridades. Sería una gran oportunidad para que los jueces modifiquen esa cultura de rechazo hacia la función pública.
- c) Generar una visibilidad concreta de los efectos del ejercicio de los derechos humanos de libertad de expresión e intimidad.
- d) Informar el alcance y contenido de tales derechos.
- e) Contribuir a predecir los resultados de la ponderación de los derechos de libertad de expresión e intimidad, generando, consecuentemente, guías útiles para futuros casos.
- f) Presentar una idea de justicia para los derechos humanos en colisión, la cual se asuma como positiva, al encontrarse debidamente justificada la decisión frente a los titulares de los derechos en tensión y a la misma sociedad.

Por otro lado, para considerar como realmente justificada una decisión judicial, existen diversas razones que intervienen en ella, las cuales resumimos a continuación: a) razones explícitas, que necesariamente deben figurar en la decisión; b) razones lingüísticas, cuya relevancia reside en que las cuestiones en torno al significado de las expresiones y palabras forman parte de los problemas jurídicos; c) razones empíricas, que se utilizan para justificar cuestiones fácticas, es decir, se trata de la materialización de la argumen-

⁶³ Somos deudores en estos puntos de las ideas expresadas por Ernesto Galindo en Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 146 y 147.

tación sobre los hechos; *d*) razones sustantivas, que encuentran su fuerza justificativa en las cuestiones de naturaleza moral, política, social, cultural o institucional, que también pueden presentarse en las decisiones judiciales; *e*) razones de corrección, que se fundan en el principio de imparcialidad y equilibrio entre las partes que debe asumir el juzgador; *f*) razones autoritativas, que implican apelar a los precedentes jurisprudenciales o a cualquier otro criterio de autoridad, por ejemplo, normas internacionales o a la misma ciencia del derecho, a fin de apoyar el sentido de la decisión judicial; *g*) razones interpretativas, que conllevan métodos para apoyar cierta interpretación de los textos jurídicos, y *h*) razones críticas, que operan como una herramienta para discutir cualquiera de las anteriores razones.⁶⁴

Con base en lo anterior, se aprecia que la estructura argumentativa de toda decisión judicial comporta un concierto de razones, que analizadas en su integridad adquieren una fuerza notable para justificar una decisión en casos rutinarios o paradigmáticos. Ahora bien, entre esas razones cabría incorporar las de tipo jurídico, las cuales informan y dirigen todo el modelo de toma de decisiones.

A partir de estas ideas, se comprende la difícil tarea que tienen los jueces a la hora de justificar sus decisiones, pues éstas deben conformarse con un abanico de razones subyacentes a los argumentos jurídicos, a fin de lograr el convencimiento de las partes en conflicto y, además, de la sociedad en su conjunto.

Ahora bien, cabría preguntarnos cómo se establece el peso de las razones en la decisión. Para contestar dicha interrogante se parte de la idea de que existen argumentos fuertes y débiles, los cuales contribuyen, en cierto grado, a respaldar la decisión, por lo que no es conveniente dejar a un lado los segundos, ya que éstas encontrarán su fuerza y poder al agruparse con otro tipo de razones; de ahí que se hable de un concierto articulado de razones en las sentencias judiciales.

Con mucho, entre los elementos que se tienen para establecer la fuerza de los argumentos se destacan los siguientes: *a*) el mayor grado de aceptación de los argumentos expuestos a un auditorio, aceptación que dependerá de que el juez y las partes (auditorio) compartan el mismo sistema de valores y principios, *b*) la pertinencia de las razones para los fines que busca alcanzar el juez, es decir, la adecuación entre los argumentos y lo que se resuelve o el sentido de la sentencia; *c*) la resistencia de las razones a todas las refutaciones emitidas en su contra (contra argumentos), desde todos los escena-

⁶⁴ Para la redacción de este párrafo se utilizaron los postulados formulados por Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 147, 148 y 149.

rios, por ejemplo, las que presente una autoridad superior, una contraparte o la misma sociedad.⁶⁵

Pues bien, existen muchos otros criterios a considerar para calificar la fortaleza o debilidad de un argumento, que no resulta necesario describir a cabalidad en este trabajo; lo relevante de este tópico es que el lector identifique la importancia de que los jueces consideren diversas razones al momento de justificar sus decisiones. La argumentación judicial es una actividad muy completa y demandante, que requiere una capacitación y desarrollo constante por parte de los decisores judiciales en diversos campos del conocimiento; se debe, al menos, ser consciente de ello si se pretende sobresalir en la función judicial.

Por otro lado, se resalta la importancia de la comunicación del mensaje de la sentencia por conducto de los jueces, la cual debe buscar convencer a las partes de su contenido por medio de diversas razones que la respalden, a fin de eliminar cualquier tipo de autoritarismo judicial. Los elementos para la comunicación de la sentencia son tres: destinatarios, lenguaje y texto de la sentencia.⁶⁶

Los destinatarios de la misma no son sólo los abogados de los clientes que analizarán la sentencia, sino más bien las partes a las que se dirige; o sea, los que intervinieron en el conflicto o colisión de derechos, por lo que los decisores deben pensar en éstos como reales destinatarios de la sentencia, para lo cual están obligados a hacer accesible la comunicación. Todavía más, se tienen como destinatarios de la comunicación, a la opinión pública; esto es, la sociedad, así como a los profesores y a los estudiantes de derecho, quienes utilizarán las sentencias para fines didácticos y de libre crítica.⁶⁷

El leguaje es muy importante en la sentencia, considerando el tipo de destinatarios de la misma; por ello, los decisores deben esforzarse por utilizar un lenguaje que sea entendible para juristas y no juristas; al respecto se sugiere evitar tecnicismos innecesarios y frases rimbombantes, que sólo se llegan a utilizar para demostrar cierto grado de erudición y que no abonan nada a la comprensión de la sentencia; también se exige un lenguaje claro, sencillo y accesible para toda la sociedad.⁶⁸

Por lo que respecta al texto de la sentencia, se tienen como recomendaciones de forma las siguientes: que la misma sea clara, asequible y concreta;

⁶⁵ *Ibidem*, p. 149.

⁶⁶ Somos deudores en este punto de las ideas expresadas por Ernesto Galindo en *Ibidem* p. 200.

⁶⁷ *Ibidem*, pp. 200 y 201.

⁶⁸ *Ibidem*, p. 201.

se deben usar títulos para separar el contenido de la misma; se tiene que redactar un argumento por cada párrafo, y evitar el uso abusivo del gerundio. Como recomendaciones de fondo, en la sentencia hay que desarrollar de forma exhaustiva los argumentos de uno en uno, a fin de cumplir con el requisito de saturación; se deben construir premisas sobre los hechos y el derecho, las primeras respaldadas por pruebas; las segundas, en las normas jurídicas y sus interpretaciones jurisprudenciales; finalmente, se sugiere utilizar líneas argumentativas (conjuntos parciales de razones) dirigidas a defender o atacar una tesis.⁶⁹

Con base en todo lo señalado, se puede ubicar la complejidad que engloba el razonamiento judicial, el cual debemos seguir analizando en aras de contribuir a su desarrollo; para ello, en las páginas siguientes se hará un estudio de los diversos criterios de evaluación que postulan algunas teorías de la argumentación jurídica (que bien podríamos denominar “teorías de la argumentación judicial”); antes de ello, se presentarán diversas consideraciones generales en torno a la evaluación de la argumentación jurídica, para lo cual, se aclara que para los fines de esta investigación se identificará con el razonamiento judicial.

VI. SOBRE LA EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

¿Son las teorías de la argumentación jurídica un tema agotado? O, mejor, ¿hemos analizado en toda su complejidad el proceso de toma de decisiones judiciales en nuestro país? Tal vez alguien sensato podría afirmar que ya no tenemos nada por delante en torno al razonamiento jurídico, pues ya todo se dijo; basta con mirar las obras que constantemente surgen sobre argumentación jurídica, tanto a nivel nacional como internacional, parece hasta una moda académica escribir sobre el tema.

Con estas interrogantes e inquietudes iniciamos el desarrollo de este apartado, por lo que a modo de repuestas preliminares a las mismas se indica que a pesar de la constante producción científica sobre la materia, la argumentación jurídica no está definida, ni mucho menos agotada, ya que desde nuestra perspectiva ha faltado un análisis más comprometido con las cuestiones sustanciales del razonamiento, a saber: mejorar la evaluación o calificación de las decisiones judiciales, pues no basta con presentar un modelo para la argumentación, sino que requiere además fiscalizar de forma interna y externa el mismo; en otras palabras, calificarlo. Bajo este sendero, se observa que no

⁶⁹ Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, pp. 201 y 202.

hemos caracterizado en toda su complejidad el proceso de toma de decisiones, pues la mayoría de las investigaciones detallan los modelos actuales de argumentación, pero omiten dialogar, analizar y criticar los criterios para su evaluación (la pretensión de corrección, como técnicamente se le conoce), que en nuestra opinión constituyen una parte esencial del razonamiento judicial.

Repasemos estas ideas con un ejemplo: imagine que usted tuviera que resolver, en su carácter de autoridad judicial, una colisión entre dos derechos humanos que le han planteado las partes en un caso concreto. Como se asumiría, conoce a detalle diversas teorías de la argumentación jurídica, para lo cual decide aplicar la de Manuel Atienza, porque ha tenido mucho difusión en México; en ese sentido, sabe que la misma se compone de diversos pasos a seguir para tomar una decisión correcta; pensemos que los sigue al pie de la letra, además de presentar diversas razones para sustentar su postura y llega, finalmente, a un resultado, decantándose por la restricción (temporal) de un derecho humano y la plena vigencia del derecho que juega en sentido contrario.

Con base en lo anterior, de cara a las partes y a la sociedad, parecería que ha cumplido su función de forma adecuada, pues presentó diversas razones para sustentar la restricción de un derecho humano en aras de lograr el ejercicio de otro derecho humano, mediante la utilización del método de Atienza. Nadie, pues, en escrito sentido, podría decir que su decisión es incorrecta, y se podría dar por terminado, aparentemente, el proceso decisorio.

Pero ¿ha cumplido realmente con su responsabilidad de justificar adecuadamente su sentencia? Si la respuesta es afirmativa, como se esperaría, cabría hacernos otra interrogante: ¿cómo verificó dicha circunstancia?, o ¿qué parámetros utilizó para comprobar interna y externamente la corrección de su decisión? Éstos son los grandes problemas en el ámbito de la argumentación jurídica (no el modelo que se establezca para resolver una tensión de derechos humanos). De esta manera, se asume que el proceso de justificación judicial no se representa con un simple seguimiento de cierto método para la toma de decisiones; ello es sólo un paso, pero se exige más compromiso en la emisión de una decisión; a saber: el pasarla por algún filtro de corrección; esto es, fiscalizarla, a fin de asegurar que la determinación emitida es efectivamente la más correcta, no sólo por estar respaldada por una abanico de razones de diversa naturaleza, sino, además, porque logra acreditar cada uno de los criterios de calificación o evaluación que se establezcan al respeto.

Bajo este sendero, si bien en nuestro país todos son expertos en argumentación jurídica, como lo demuestra la demanda de cursos, especialida-

des y maestrías sobre el tema en el ámbito nacional e internacional y las hojas de vida de los egresados de los mismos, cabría preguntarnos qué tipo de criterios de la argumentación jurídica están utilizando; más aún: qué mecanismos de fiscalización interna y externa del razonamiento judicial reconocen y aplican, y si es necesario generar nuevas líneas de investigación sobre la calificación de la argumentación jurídica.

Todas estas preguntas de investigación se buscarán resolver a lo largo de este trabajo; por ahora, cabe indicar que existe desinterés en nuestro país sobre los criterios de evaluación de la argumentación jurídica, tal vez se asumen implícitamente, sin reparar en los mismos, pues se observa que efectivamente se han aplicado criterios de evaluación por parte de juzgados de distrito y tribunales colegiados de circuito del Poder Judicial de la Federación y la misma Suprema Corte de Justicia de la Nación, aunque es conveniente preguntarse si existe alguna preferencia en la utilización de los mismos por parte de dichos órganos jurisdiccionales, lo que parece afirmativo, ya que ha adquirido carta de naturalización el principio de proporcionalidad de Alexy, por lo que se esperaría, paralelamente, una justificación de dicha preferencia.

Con mucho, se considera que necesitamos mejorar (perfeccionar) el ejercicio de la evaluación de la argumentación jurídica, generando nuevos parámetros o líneas de calificación que sean apropiados a nuestro contexto y de fácil operatividad para beneficio de los derechos humanos de las personas, y no para exteriorizar cierta erudición jurídica, la cual, como se ha afirmado, no abona nada a la idea de justicia abierta que demanda la sociedad mexicana.

Partimos de la postura de que no debemos ser simples replicadores nacionales de las teorías de la argumentación jurídica formuladas en otros contextos, sino más bien críticos constructivos de las mismas, para lo cual un buen inicio es reflexionar sobre los criterios de evaluación que postulan y, de ser posible, dialogar con los mismos, con el objetivo de ubicar y aislar sus mejores elementos, los que pudieran ser adoptados en el seno de la toma de decisiones judiciales en nuestro país.

Ahora bien, se resalta que a pesar de la existencia de diversos criterios objetivos de evaluación de la argumentación jurídica (los que analizaremos más adelante), ello no significa que con la simple aplicación de los mismos se puedan resolver todos los inconvenientes de la calificación y fiscalización del proceso de razonabilidad judicial, una tarea por cierto sumamente compleja. Lo anterior, ya que los criterios de corrección son insuficientes; algunos comportan dificultades en su materialización (como se verá al estudiar ciertos casos prácticos); otros más son discutibles en varios de sus elementos;

finalmente, algunos son excesivamente indeterminados. Todo ello, sin considerar que entre los mismos criterios pueden surgir contradicciones.⁷⁰

Con todo, en nuestra opinión, existen argumentos (positivos) para comenzar con su análisis bajo una perspectiva transversal, crítica y propositiva, a fin de contribuir con el mejoramiento de la toma de decisiones judiciales en nuestro país, con independencia de que se lleguen o no a resolver los mencionados inconvenientes que supone la aplicación de los diversos criterios de evaluación de la argumentación jurídica.

De esta forma, se comparte el postulado respecto a que la insuficiencia de los criterios de corrección de la argumentación para atender todos los problemas en torno a la evaluación de la misma puede o debería asumirse como una llamada a la concepción de razonabilidad, que se conecta con la idea de aceptabilidad, equilibrio y balance entre diversas exigencias y articulación óptima,⁷¹ elementos que se deben considerar al momento de analizar los criterios de pretensión de la corrección de las decisiones judiciales si se quiere avanzar en el tema, desde un modelo ecléctico, que considere los diversos postulados e ideas planteados por las teorías de la argumentación jurídica.

Pues bien, una vez explorado el panorama general sobre los criterios de evaluación en la argumentación, estamos en posibilidad de describir concretamente los parámetros que han esbozado y defendido algunas teorías de la argumentación jurídica, lo cual será útil para nuestra investigación en dos sentidos: primero, para analizar el estatus actual sobre los criterios de evaluación en el contexto global; segundo, para ubicar el grado de importancia que las teorías de la argumentación jurídica le otorgan a los criterios de corrección. En el siguiente capítulo estudiaremos con detalle estos temas fundamentales para los fines de nuestra investigación.

⁷⁰ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 562.

⁷¹ Somos deudores en este punto de los postulados expresados por Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 563 y 564.

CAPÍTULO SEGUNDO

TEORÍAS DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA QUE ESTABLECEN CRITERIOS DE CORRECCIÓN

I. EPÍGRAFE

Toda investigación que analice las teorías de la argumentación jurídica y sus criterios de corrección debe partir del hecho de que el producto del proceso argumentativo, por ejemplo, una sentencia, requiere una revisión posterior (inmediata) efectuada por el mismo sujeto o sujetos que han participado en dicho ejercicio, a fin de evaluar (objetivamente o lo más objetivamente posible) el resultado final que deriva de la propia argumentación.

Así, la evaluación es una fase sumamente importante en la justificación judicial, ya que la misma opera como un puente entre la decisión y su aceptación (particular y social), al fungir como un esquema de fiscalización que sólo permite el paso de las decisiones más correctas; esto es, las más razonables, por ser las mejor sustentadas en un abanico de razones que no fueron vencidas en el proceso de contra argumentación.

De ahí que sean varios los autores que se han preocupado por establecer diversos criterios de corrección en sus teorías de la argumentación; por ejemplo, en orden de aparición se tienen las esbozadas por Neil MacCormick, Robert Alexy, Aleksander Peczenick, Manuel Atienza, John H. Wigmore, entre otras más. Ahora bien, pese a la diversidad de autores y teorías, se aclara que no será nuestra finalidad exponer cada una de las teorías existentes en torno a la justificación judicial y sus esquemas de fiscalización, sino más bien nos enfocaremos en precisar sólo algunas teorías que podemos identificar como precursoras de las demás postulaciones académicas.

Las teorías de la argumentación jurídica con criterios de corrección que analizaremos en el presente trabajo serán las de Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van Eemeren, Rob Grootendorst y Manuel Atienza. La elección de dichos autores se sustenta en las siguientes razones: *a)* los postulados de Neil MacCormick y Robert Alexy son informadores de la mayoría de los criterios de evaluación que se han establecido en el ámbito teórico y prácti-

co, por ejemplo, por parte de autores como Manuel Atienza⁷² y Aleksander Peczenik;⁷³ b) la teoría de Robert Alexy ha adquirido carta de naturalización en México y en la mayoría de los países de América Latina, derivado de lo cual es necesario identificar el modelo de corrección que defiende el autor; c) la teoría de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst esboza un esquema de evaluación con rigor científico que ha sido poco explorado en nuestro país, por lo que se estima de gran utilidad su análisis y difusión en el contexto nacional; d) los postulados de Manuel Atienza se corresponden con algunas de las ideas asumidas en este trabajo, en concreto, con la que asume un papel de la moral en la toma de decisiones judiciales.

El esquema que se ha elegido para representar cada uno de los postulados defendidos por dichos autores será el siguiente: en primer lugar, se expondrán los criterios de evaluación o corrección que asume cada teoría de la argumentación; en segundo lugar, se ejemplificará la aplicación de los mismos mediante un caso práctico hipotético; en tercer lugar, se realizará un análisis crítico de los criterios de corrección, en donde rescataremos los principales inconvenientes de cada parámetro de evaluación de la argumentación. Ello, en el entendido de que no describiremos todos los postulados de las teorías, lo cual rebasaría los fines de la presente investigación.⁷⁴

De esta forma, en el presente capítulo no se buscará únicamente difundir los criterios de corrección de las teorías de la argumentación jurídica, sino también evaluarlos en el contexto mexicano y de forma prospectiva; esto es, no se asume ciegamente, por ejemplo, el efecto irradiación de las teorías de Alexy-Atienza en Latinoamérica,⁷⁵ pues nos inquietan interrogantes fundamentales, como las siguientes: ¿pueden ser aplicables directa-

⁷² Una de las preocupaciones de Atienza tiene que ver con los criterios de evaluación de la argumentación. Dicho autor identifica los siguientes: universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moral social y moral justificada (de los cuales los tres primeros fueron expuestos por MacCormick). Véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 554.

⁷³ Para Peczenik, la mejor ponderación es la más coherente; así, un discurso es perfectamente racional sólo si su resultado está determinado lo más posible por razones coherentes. La idea de coherencia se corresponde con la teoría de MacCormick. Cfr. Peczenik, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003, pp. 8 y 47.

⁷⁴ Para un análisis más amplio de las teorías de la argumentación jurídica véase Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit.

⁷⁵ Denominamos *efecto irradiación de las teorías de Alexy-Atienza en Latinoamérica*, a la circunstancia de adoptar irreflexivamente, en todas los ámbitos posibles, a las teorías de la argumentación jurídica de Manuel Atienza y Robert Alexy, que se ha dado en varios países de América Latina (México, Colombia, Perú, Ecuador y Argentina), en donde sus juristas parecen asumir dichas teorías y a sus representantes como su verdadero tótem jurídico actual. Para un estudio crítico reciente sobre el pensamiento de Manuel Atienza, véase Aguiló Regla,

mente los criterios de evaluación de las teorías de la argumentación jurídica al contexto mexicano?, y ¿es posible generar una teoría nacional de la argumentación jurídica que utilice sus propios parámetros de corrección?

Bajo este sendero, a fin de cumplir los objetivos de nuestra investigación, a lo largo del presente capítulo se presentará una postura dialógica y calificativa de las actuales teorías de la argumentación jurídica y sus criterios de corrección. Lo anterior nos ayudará a preparar el camino para asumir una postura propia en torno al fortalecimiento de la argumentación jurídica con derechos humanos.

En suma, la principal aportación de este capítulo será el análisis y balance de los criterios de corrección asumidos por diversas teorías de la argumentación jurídica, con independencia de que se trate de teorías ampliamente exploradas o poco conocidas, pero de relevancia manifiesta; así, se pretende contribuir con el desarrollo de la argumentación jurídica en nuestro país. Por último, se aclara que la muestra de las teorías a estudiar será, desde luego, limitativa; sin embargo, se busca que sea representativa del enfoque que actualmente dirige la toma de decisiones en las cortes constitucionales de Europa y América.

II. CRITERIOS DE CORRECCIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE NEIL MACCORMICK

1. *Presentación*

Neil MacCormick es uno de los autores que ha esbozado diversos criterios para evaluar la corrección o no de la argumentación que se emita para sustentar alguna determinación judicial, lo cual nos permite afirmar que su teoría reviste cierto grado de sofisticación en comparación con algunas otras, por ejemplo, la de Toulmin, ya que MacCormick no sólo presenta un modelo para argumentar, sino que además identifica diversos elementos para fiscalizar la corrección de la argumentación.

De esta forma, su modelo de corrección ha sido replicado por autores contemporáneos, como Atienza, aunque, en México, cabe decir que no ha tenido el auge y reconocimiento que se le ha otorgando en el contexto académico, pues basta con observar la línea jurisprudencial seguida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación para percatarnos de que esta teoría no

Josep y Grández Castro, Pedro P. (eds.), *Sobre el razonamiento judicial. Una discusión con Manuel Atienza*, Lima, Palestra Editores, 2017.

ha sido tan utilizada para sustentar las decisiones que resuelvan una tensión entre derechos humanos.

Sin entrar a detalle en el pensamiento de MacCormick, se señala que los criterios de evaluación de la argumentación, que también pueden ser asumidos como principios, son básicamente los siguientes: universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias.⁷⁶

El parámetro de universalidad tiene que ver con la noción de justicia formal, la cual conlleva que la justificación de las decisiones en casos concretos debe estar basada siempre en proposiciones universales, las cuales el juez está preparado para asumir como una base en la determinación y decisión de otros casos similares al asunto presente.⁷⁷

El criterio de consistencia se comprende frente a un cuerpo de normas jurídicas; en concreto, señala que una decisión no debe ser adoptada si la misma es contradictoria con alguna regla válida y enlazada con el sistema jurídico. Desde luego, un precedente aparentemente contradictorio debe ser explicado y distinguido para evitar tal o un estatuto aparentemente contradictorio interpretado de una forma que se evite la misma.⁷⁸

El parámetro de coherencia implica la compatibilidad de una decisión o una norma en relación con valores, principios y teorías. De esta manera, una norma o decisión es coherente si puede entenderse bajo un conjunto de principios y valores; a saber: los del ordenamiento jurídico.⁷⁹ Así, las normas son o deben ser tratadas como instancias de principios, a fin de que el sistema adquiera un grado de coherencia.⁸⁰

El criterio de consecuencias se enfoca hacia el futuro, a diferencia del parámetro de coherencia, que se basa en el pasado, en los argumentos consecuencialistas; lo que justifica emitir una decisión o norma en cierto sentido es la consecuencia que va producir.⁸¹ Se trata, en otras palabras, de identificar los efectos que una decisión judicial generará en el futuro para las partes y para la misma sociedad, la que se encuentra sujeta a un orden jurídico determinado.

Un modo de argumento de este tipo considera las consecuencias de realizar una decisión en un camino o en otro, para la extensión, por lo

⁷⁶ Las criterios de evaluación se desarrollan en MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978, pp. 97, 99, 106, 107, 108-128, trad. propia.

⁷⁷ *Ibidem*, p. 99.

⁷⁸ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 106.

⁷⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 556.

⁸⁰ MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 107.

⁸¹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 557.

menos, de los tipos de decisión que tendrían que ser dados en otros casos hipotéticos, los cuales podrían ocurrir y vendrían dentro de los términos de la decisión.⁸² Así, para MacCormick, hay buenas razones para suponer que los jueces deben considerar y evaluar las consecuencias de las diversas alternativas en las decisiones judiciales.⁸³

Ahora bien, cabría señalar que todos los anteriores criterios de evaluación de la argumentación jurídica se explican con base en la idea del segundo orden de justificación en el derecho de MacCormick en la cual se encuentra el test de relevancia de la decisión, que señala que la misma debe hacer sentido con el mundo (criterio de consecuencias) y con el contexto del sistema jurídico (criterios de consistencia y coherencia).⁸⁴

Con base en todo lo anotado, se comprende el nivel de estructuración del esquema de corrección que presenta el autor que se comenta, para quien una decisión debe acreditar cada uno de los criterios (universalidad, consistencia, coherencia y consecuencias) si quiere ser caracterizada como correcta. En el siguiente apartado presentaremos un ejemplo de aplicación de cada uno de los criterios esbozados, con la intención de evaluar su aplicación práctica.

2. Ejemplificación

Los parámetros de evaluación de la argumentación de MacCormick pueden ser puestos en acción mediante un caso hipotético, que podría darse en el contexto mexicano; así, imaginemos que somos jueces y tenemos que resolver un problema de tensión entre dos derechos humanos que ha sido llevado a nuestro tribunal. Veamos pues los hechos del caso (hipotético) y los derechos involucrados:

Se trata de un particular que solicitó información sobre el estado de salud del presidente de la República, que ha sido sometido a una cirugía en el Hospital Central Militar de la Secretaría de la Defensa Nacional, aludiendo que es relevante conocer si el correcto ejercicio de las funciones del Poder Ejecutivo pudiera afectarse como consecuencia del estado de salud del presidente. Ante ello, el sujeto obligado (Hospital Central Militar) se negó a brindar la información solicitada por el particular aludiendo que se trata de

⁸² MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 105.

⁸³ *Ibidem*, p. 129.

⁸⁴ Somos deudores en este punto de las ideas expuestas por MacCormick en MacCormick, Neil, *op. cit.*, p. 103.

datos personales sensibles del presidente de la República que han sido clasificados como información confidencial, de conformidad con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública.

Los derechos humanos en colisión son, por un lado, el derecho del particular al libre acceso a la información, reconocido en el artículo 6o. de la Constitución de la República y, por otro, el derecho humano de protección de datos personales del presidente de la República, reconocido en el artículo 16 de la Constitución federal.

Pensemos ahora que después de un amplio análisis del caso y de la utilización del método de MacCormick para la toma de decisiones judiciales, se logra presentar un abanico de razones (las cuales no fueron derrotadas con los contra argumentos esgrimidos), derivado de lo cual se llega a la siguiente determinación: *debe prevalecer el derecho humano de acceso a la información pública del particular sobre el derecho humano a la protección de datos personales del presidente de la República.*

Como lo hemos asumido, la decisión debe ser evaluada; esto es, sometida a un test de corrección; así, para efectos didácticos, a continuación fiscalizaremos tal decisión con base en cada uno de los criterios de corrección de MacCormick:

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de MacCormick</i>		
<i>Criterios de corrección</i>	<i>Acredita el criterio</i>	<i>Por qué lo acredita</i>
Universalidad	Sí	La decisión tomada se sustenta en proposiciones de aplicación universal como lo es la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública, la que en su artículo 120 establece excepciones a la no divulgación de información confidencial, por lo que la decisión es justa formalmente hablando.
Consistencia	Sí	La decisión emitida no se contrapone con la Ley General de Transparencia y Acceso a la Información Pública ni con la Ley General de Protección de Datos Personales en Posesión de Sujetos Obligados, ya que, por ejemplo, la primera permite el acceso a la información confidencial sin necesidad de contar con el consentimiento del titular de la información, cuando se pretenda proteger los derechos de terceros (artículo 120, fracción IV). En el caso concreto, el derecho humano de acceso a la información pública.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de MacCormick</i>		
Coherencia	Sí	La determinación es compatible con ciertos principios, como es el contenido en el artículo 6o. de la Constitución Política, que reconoce el derecho humano al libre acceso a información plural y oportuna.
Consecuencias	Sí	Antes de tomar la decisión, se analizaron los efectos de la misma decisión en la sociedad y el particular afectado en su derecho de protección de datos personales; asimismo, se proyectaron los efectos de la decisión en el otro sentido (afectando el derecho de libre acceso a la información), a fin de evaluar todas las consecuencias positivas y negativas de la decisión en uno y otro camino, en el contexto del Estado constitucional democrático.

Como se observa, la resolución dada al caso hipotético puede ser calificada de correcta, ya que ha logrado acreditar con éxito cada uno de los criterios de corrección del método de MacCormick, por lo que los mismos se asumen como una guía útil para la revisión y fiscalización de las decisiones judiciales.

3. *Estudio crítico*

Pese a la utilidad e importancia del test de corrección de MacCormick, cabría hacer algunas críticas al mismo en el seno de la argumentación jurídica nacional.

Sobre el criterio de universalidad, se señala que éste es evidente, ya que en el ámbito jurídico toda determinación debe sustentarse en una proposición universal a fin de generar seguridad jurídica a las personas a las cuales se dirige; así, la justicia formal es una idea patente en el derecho, por lo que tal criterio no aporta mucho al test de fiscalización de las decisiones judiciales.

Respecto al criterio de consistencia, se observa que éste ha sido superado en el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos y del derecho constitucional contemporáneo, ya que es posible emitir una decisión judicial que se aparte de las reglas del sistema jurídico; en concreto, cuando las mismas reglas sean incompatibles con los derechos humanos; de esta manera, los jueces de todos los niveles y materias están habilitados para

inaplicar las reglas válidas del sistema cuando sean contrarias a los derechos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales suscritos por México, los cuales constituyen un parámetro de control de regularidad constitucional, en términos de los criterios sustentados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Sobre el criterio de coherencia, cabe decir que éste comporta una naturaleza difusa, ya que, más allá de los principios contenidos en la Constitución (derechos humanos), resultaría complicado y, en cierto sentido, arbitraria la elección de los valores que fungirían como parámetros rectores de la decisión judicial adoptada, pues los mismos valores son variables de cultura a cultura; ello, sin considerar las dificultades de su identificación.

Finalmente, respecto del criterio de consecuencias, se observa que resulta de compleja realización en el ámbito mexicano, derivado de la excesiva carga de trabajo que todos los tribunales tienen en nuestro país; de esta forma, aunque exista interés de los decisores en realizar un ejercicio prospectivo de la sentencia que emitan, no cuentan con el tiempo ni con los recursos humanos para realizar tan importante labor de evaluación de las consecuencias y efectos que sus sentencias puedan generar para casos futuros y para la mismas partes en conflicto.

En este sentido, Atienza ha juzgado también dicho parámetro de corrección, al señalar que el mismo parámetro comporta una gran dificultad, ya que se trata de predecir efectos y estado de cosas hacia el futuro; por ello, propone interpretar de forma restringida el criterio de las consecuencias, de cara a la eficacia económica. Así, una decisión judicial correcta (justificada) será la que mejor posibilite la maximización de la riqueza en la sociedad; dicha idea la relaciona con la optimización en el contexto paretiano, que asume que una distribución de recursos es preferible a otra si ninguna persona empeora su situación y al menos una la mejora.⁸⁵

⁸⁵ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 558. Bajo este sendero, se interpretaría entonces que para Atienza la decisión judicial mejor justificada es la que logra una distribución de recursos en donde ninguna persona empeora su situación actual y alguna la mejora, lo cual parece adecuado en cierto tipo de decisiones; por ejemplo, las que tienen que ver con la propiedad o los recursos financieros, pero no en el seno de las sentencias que tratan temas ajenos al ámbito económico, como sería la que resuelve una colisión entre el derecho de libre acceso a la información y el derecho de protección de datos personales. Con mucho, la idea implícita que se tiene en la concepción de Atienza es compatible con las teorías sobre el análisis económico del derecho. Para un estudio nacional de tales perspectivas véase Cossío Díaz, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008.

Pese a las anteriores críticas, se considera que es necesario seguir profundizando en el tema a fin de rediseñar los criterios de evaluación de MacCormick y adaptarlos, en la medida de lo posible a las necesidades de nuestro país, pues no somos partidarios de la simple descalificación, sino que más bien buscamos el perfeccionamiento de las ideas planteadas por otros autores; así, asumimos que pese a los inconvenientes identificados, el esquema planteado por el autor escocés tiene muchos méritos. Con todo, en otro lugar de la investigación analizaremos la forma en que los jueces han ido aplicando los criterios de calificación de MacCormick.

III. CRITERIOS DE CORRECCIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE ROBERT ALEXY

1. *Presentación*

Las ideas de Robert Alexy han tenido una amplia aceptación por parte de los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de los magistrados de tribunales colegiados de circuito y de los jueces de juzgados de distrito de nuestro país, lo cual no es una casualidad, pues dicho fenómeno obedece a la abundante difusión que ha tenido el pensamiento de Alexy en toda la región interamericana, pensamiento que a veces ha sido adoptado sin reflexionar sobre las diferencias radicales que existen entre el orden jurídico alemán y los órdenes jurídicos de la mayoría de los países de Latinoamérica.

Con independencia de tales inconvenientes, se señala que no será nuestra finalidad presentar un análisis exhaustivo de la teoría de la argumentación jurídica del autor alemán, aunque sí se buscará resaltar los criterios de evaluación que ha presentado el modelo de toma de decisiones de Alexy, a fin de poder asumir una postura crítica sobre los mismos en el seno del orden jurídico nacional.

Los criterios de corrección de la argumentación jurídica propuestos por Robert Alexy pueden identificarse en dos formulaciones teóricas; por un lado, en las reglas y formas del discurso jurídico, que encuentran respaldo, en cierta medida, en las reglas y formas del discurso práctico general⁸⁶ y, por

⁸⁶ Como ejemplos de reglas del discurso práctico general se tienen las siguientes: *a)* ningún hablante puede contradecirse; *b)* todo hablante sólo puede afirmar aquello que él mismo cree; *c)* todo hablante que aplique un predicado *F* a un objeto *A* debe estar dispuesto a aplicar *F* también a cualquier otro objeto igual a *A* en todos los aspectos relevantes, y *d)* distintos hablantes no pueden usar la misma expresión con diversos significados. *Cfr.* Alexy, Robert,

el otro, en la teoría de los principios, la cual se explica en el contexto del principio de proporcionalidad.⁸⁷

En este sentido, el propio Alexy ha asumido que la idea de argumentación jurídica racional se corresponde con la descripción de una serie de reglas a seguir y de formas que tiene que adoptar la argumentación para que cumpla sus pretensiones. En concreto, para dicho autor, si una discusión jurídica es compatible con tales reglas y formas, el resultado que se obtenga de la misma puede calificarse como correcto.⁸⁸

Por su parte, la teoría de los principios se subdivide en tres tesis: *a)* optimización, *b)* colisión y *c)* ponderación; en la primera tesis se presenta un concepto de principios que los identifica con los mandatos de optimización,⁸⁹ de la cual se obtienen a su vez tres criterios de corrección de la argumentación jurídica (idoneidad, necesidad y ponderación), los que se han adoptado de forma universal y, a veces, de manera irreflexiva, en el ámbito de la toma de decisiones judiciales en nuestro país. En la doctrina vigente, los tres criterios de corrección señalados se desprenden del principio de proporcionalidad, de ahí que se les identifique como subprincipios del mismo.⁹⁰

Ahora bien, antes de describir los criterios de corrección de Alexy, se aclara que para efectos de nuestra investigación sólo esbozamos las reglas y formas del discurso jurídico que consideramos menos problemáticas; es de-

Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007, pp. 405 y 406.

⁸⁷ En México, se conoce a Alexy por su teoría de los principios, en particular, por el desarrollo del principio de proporcionalidad, aunque, algunos criterios relevantes de corrección se encuentran en las reglas y formas del discurso jurídico. Con todo, para un estudio detallado de la teoría de los principios véase Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009, pp. 95-103.

⁸⁸ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, *cit.*, p. 401.

⁸⁹ La difundida conceptualización de los principios de Alexy señala que estos últimos son normas que ordenan que algo se realice en la mayor medida de lo posible, de acuerdo con las posibilidades fácticas y jurídicas. Por ello, los principios son mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, a diferencia de las reglas, que ordenan hacer exactamente lo que ellas exigen, ni más ni menos. *Cf.* Alexy, Robert, *Tres escritos sobre...*, *cit.*, p. 95. Las posibilidades fácticas conducen a los subprincipios de idoneidad y necesidad; por su parte, las posibilidades jurídicas, se representan con el principio de proporcionalidad en sentido estricto; esto es, con la misma ponderación. *Ibidem*, pp. 102 y 103.

⁹⁰ Por ejemplo, Alexy señala que si la teoría de los principios implica el principio de proporcionalidad, significa entonces que sus tres subprincipios, a saber: idoneidad, necesidad y proporcionalidad, en sentido estricto, se siguen necesariamente de ella o son deducibles de ella en una forma estricta. De esta manera, quien objeta la teoría de los principios tiene que objetar también el principio de proporcionalidad. *Cf.* Alexy, Robert, *Tres escritos sobre...*, *cit.*, p. 101.

cir, de fácil aplicación en cualquier ámbito jurídico; con todo, reconocemos el esfuerzo intelectual del autor que se comenta, para identificar diversas reglas y formas complejas del discurso especial del derecho.⁹¹

Con base en el estudio de las dos formulaciones teóricas de Alexy (reglas y formas del discurso jurídico y la teoría de los principios), se pueden obtener los siguientes criterios de corrección o calificación de la argumentación:

- 1) Regla de universalidad: señala que para la justificación de una decisión judicial se debe expresar por lo menos una norma universal, lo que implica que la decisión deba seguirse lógicamente al menos de una norma, enlazada con otras proposiciones.⁹²
- 2) Regla de saturación: esboza que hay que tomar en consideración todos los argumentos que sea posible proponer y que puedan incluirse entre los cánones de la interpretación.⁹³
- 3) Regla del precedente: esboza que cuando pueda aludirse un precedente en favor o en contra de una decisión, debe hacerse necesariamente.⁹⁴
- 4) Subprincipio de idoneidad o adecuación: excluye la adopción de medidas que vulneren un derecho constitucional, sin promover algún derecho u objetivo por los que se adoptaron tales medidas.⁹⁵ Se desarrolla en dos ámbitos para determinar la licitud de la intervención de un derecho humano: primero, la medida de intervención debe cubrir un fin legítimo; segundo, la medida debe ser objetivamente idónea o adecuada para realizar tal fin.⁹⁶ En este sentido, el subprincipio de idoneidad tiene la naturaleza de criterio negativo, a través del cual se pueden detectar qué medios no son idóneos; de esta forma, el subprincipio no lo establece todo, sino más bien excluye algo; esto es, los medios no idóneos, lo cual se asume como su principal función.⁹⁷

⁹¹ Todas y cada una de las reglas y formas del discurso jurídico se desarrollan en Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., pp. 408-412.

⁹² *Ibidem*, p. 409.

⁹³ Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, cit., p. 411.

⁹⁴ *Idem*.

⁹⁵ Alexy, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, trad. de Rebecca Jowers, en Alexy, Robert et al., *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009, p. 57.

⁹⁶ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 40.

⁹⁷ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de

- 5) Subprincipio de necesidad o indispensabilidad: exige que de dos medios igualmente idóneos sea elegido el más benévolo con el derecho constitucional afectado.⁹⁸ En otros términos, el subprincipio de indispensabilidad requiere que de entre dos medidas igualmente idóneas en términos generales para materializar un derecho a protección deba elegirse la que afecte menos el derecho de defensa.⁹⁹ De esta forma, este subprincipio señala que la medida que afecte un derecho debe ser estrictamente indispensable para satisfacer el fin que a los afectados se busca oponer, ya que, por un lado, es la menos gravosa para el derecho interferido, entre las diversas opciones igualmente idóneas para materializar el fin buscado o, por el otro, porque no existen opciones para satisfacer el fin buscado o las existentes afectan el derecho intervenido en un grado mayor. Si no logramos acreditar el test del subprincipio de necesidad, la medida adoptada sería ilegítima e inconstitucional porque se afectaría un derecho constitucional de una forma que no sería la estrictamente necesaria, al existir otras medidas alternativas menos dañinas para el derecho en cuestión, que cumplen igualmente con el fin buscado por la medida.¹⁰⁰
- 6) Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto o ponderación: es idéntico a lo que se conoce como la ley de ponderación, que establece que cuanto mayor es el grado de no satisfacción o afectación de un principio, tanto más relevante es satisfacer el otro principio.¹⁰¹ Se origina a partir de la obligación de la máxima realización posible de los principios, con base en las posibilidades jurídicas; en particular cuando los principios entran en tensión. Así, la propia ponderación resulta necesaria en el supuesto de que la realización de un principio implique la afectación de otro; esto es, cuando un derecho sólo puede materializarse a costa de otro derecho.¹⁰² De esta forma, el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,

España, 2004, p. 41. Un ejemplo sobre la aplicación del subprincipio de idoneidad se encuentra en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...cit.*, pp. 39 y 40. Asimismo, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre... cit.*, p.102.

⁹⁸ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría... cit.*, p. 41.

⁹⁹ Alexy, Robert, *Sobre los derechos constitucionales... cit.*, p. 57.

¹⁰⁰ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de... cit.*, pp. 45 y 46. Con mucho, un caso sobre la aplicación del subprincipio de necesidad se encuentra en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría... cit.*, pp. 41-43. Asimismo, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre... cit.*, pp.102 y 103.

¹⁰¹ Alexy, Robert, *Sobre los derechos constitucionales... cit.*, p. 58.

¹⁰² Alexy, Robert, *Tres escritos sobre... cit.*, p.103.

como tercer subprincipio del principio de proporcionalidad, muestra la optimización en relación con los derechos que juegan en sentido opuesto. Por ello, como se ha señalado, este subprincipio representa la ley de ponderación, la cual divide a la misma en tres pasos; en el primer paso, se precisa el grado de no satisfacción o de afectación de uno de los derechos; en el segundo paso, se identifica la importancia de la realización del derecho que juega en sentido opuesto; en el último paso, se debe considerar si la importancia de la realización del derecho en cuestión justifica la afectación del derecho que juega en sentido contrario.¹⁰³ Finalmente, cabe indicar que este subprincipio conlleva una valoración entre un derecho constitucional y el fin concreto que origina la afectación, mediante el examen de los gravámenes que se materializan recíprocamente, a fin de identificar si el beneficio logrado por tal fin o medida justifica la afectación de los derechos constitucionales.¹⁰⁴

2. Ejemplificación

Se conoce que la teoría de Robert Alexy ha sido ampliamente aplicada por los tribunales de nuestro país; no obstante, cabría hacer un ejercicio práctico sobre los criterios de corrección de la argumentación que propone dicho autor; para tal fin, se utilizará un caso hipotético, que bien podría presentarse en la práctica judicial mexicana. Lo anterior será útil para observar la operatividad actual de tales criterios de evaluación en el seno nacional.

Los hechos del caso hipotético se refieren a un acuerdo general emitido por la Secretaría de Medio Ambiente de la Ciudad de México, mediante el cual se restringen los días y horas en los que los establecimientos mercantiles podrán prestar el servicio de lavado de vehículos, a saber: ningún establecimiento podrá operar después de las 13 horas los días viernes, sábados y domingos de la primera y última semana de cada mes; lo anterior, en el contexto de escasez de agua potable en la Ciudad de México y a fin de proteger el medio ambiente por el uso excesivo del vital líquido en dichos establecimientos. Inconformes con el referido acto de autoridad, un grupo de personas físicas, en su carácter de propietarios de los establecimientos comerciales, que tienen como objeto social la prestación del servicio de lavado de vehículos automotores, promovieron diversos juicios de amparo indirectos.

¹⁰³ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, cit., pp. 48 y 49.

¹⁰⁴ Sánchez Gil, Rubén, *El principio de...*, cit., p. 48.

to ante jueces de distrito, alegando que se vulneran sus derechos humanos, de manera injustificada, por la sola emisión del citado acuerdo general.

Los derechos humanos en colisión son el derecho a un medio ambiente sano de todas las personas, reconocido en el artículo 4o. de la Constitución de nuestro país, que busca proteger el acto de autoridad impugnado; por el otro, se tiene el derecho humano a la libertad de comercio, que se reconoce a las personas en el artículo 5o. de la Constitución de la República.

Pensemos que una vez que hemos utilizado el método de argumentación de Alexy se logran presentar diversas razones para sustentar la siguiente decisión: *el acuerdo impugnado es inconstitucional porque afecta de manera injustificada el derecho de libertad de comercio.*

Con objeto de calificar la corrección de la decisión, es necesario someterla a los seis criterios de evaluación propuestos por Alexy; para efectos prácticos, se ha decidido representar de forma esquemática el cumplimiento o no de los parámetros de Alexy, mediante el siguiente cuadro, que podría ser utilizado para un ejercicio posterior de corrección de cualquier otro tipo de decisión judicial en el ámbito nacional:

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy</i>		
<i>Criterios de corrección</i>	<i>Acredita el criterio</i>	<i>Por qué lo acredita o no lo acredita</i>
Regla de universalidad	Sí	La decisión tomada se sustenta en normas de alcance universal, como la propia Constitución de la República, la que en su artículo 5o. reconoce el derecho a la libertad de comercio. Asimismo, en el artículo 4o. de la Ley General de Sociedades Mercantiles, que establece que las sociedades mercantiles podrán realizar todos los actos de comercio necesarios para el cumplimiento de su objeto social.
Regla de saturación	Sí	La decisión se sustenta en argumentos de todo tipo, no sólo jurídicos, sino también económicos y sociales. Por ejemplo, considera la afectación al desarrollo económico que generaría el acto impugnado, así como el descontento social generalizado de la medida atacada. De esta forma, se desdobra una argumentación de naturaleza maximalista; en concreto, se cumple con la regla de saturación.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy</i>		
Regla del precedente	Sí	La decisión se sustenta en un abanico de criterios jurisprudenciales y sentencias emitidas en el ámbito nacional e internacional en materia de libertad de comercio y de trabajo; esto es, en precedentes que resultan de aplicación obligatoria y orientativa.
Subprincipio de idoneidad	Sí	Este subprincipio debe aplicarse a la medida impugnada, para evaluar su constitucionalidad o no; en este sentido, se observa que el acuerdo general emitido por la Secretaría de Medio Ambiente de la Ciudad de México, que interviene el derecho a la libertad de comercio, sí cubre un fin legítimo; esto es, la protección del medio ambiente, lo cual es compatible con la Constitución de nuestro país. Por otro lado, la medida es objetivamente adecuada para cubrir tal fin, ya que al restringir el uso del agua potable en ciertos establecimientos mercantiles se contribuye a disminuir su desperdicio. Por ello, se concluye que el acto impugnado acredita el subprincipio de idoneidad o adecuación, por lo que no hay razón, al menos hasta este punto, para calificarlo de inconstitucional.
Subprincipio de necesidad	No	Al igual que el anterior subprincipio, el de necesidad tiene alcance en el ámbito de la medida impugnada y no en la sentencia emitida; así, se observa que el acuerdo general impugnado no cubre el principio de necesidad, ya que existen otras medidas y opciones menos gravosas o dañinas para el derecho a la libertad de comercio, que también son igualmente idóneas para proteger el derecho a un medio ambiente sano. Por ejemplo, se podría implementar un programa de reciclaje y almacenamiento de agua utilizada en las oficinas de gobierno y en las casas-habitación de la Ciudad de México, a fin de que pueda distribuirse y reutilizarse en los establecimientos mercantiles que tengan como objeto social el lavado de vehículos automotores. Tal medida permite satisfacer el fin buscado (proteger el medio ambiente), ya que se disminuiría el consumo de agua potable, pero sin afectar el derecho humano a la libertad de comercio. De esta manera, se concluye que el acto impugnado afecta la libertad de comercio de forma innecesaria, por lo que es ilegítimo e inconstitucional el acuerdo general emitido por la Secretaría de Medio Ambiente de la Ciudad de México.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios de Alexy</i>		
Subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto	No	<p>No se logra acreditar la proporcionalidad entre el grado de afectación del derecho a la libertad de comercio frente al grado de importancia de la realización del derecho a un medio ambiente sano, ya que la medida impugnada interviene fuertemente en el derecho a la libertad de comercio, en comparación con lo leve que logra la realización de sus fines, a saber: la protección del medio ambiente, con la sola prohibición a los establecimientos de prestar sus servicios de lavado de vehículos automotores en ciertos días y horas de cada mes.</p> <p>En este sentido, se observa una desproporción entre el nivel de afectación a la libertad de comercio frente a la satisfacción del derecho a un medio ambiente sano, que la medida impugnada consigue en un nivel bajo frente al alto costo que representa para la libertad de comercio.</p> <p>Por ello, de conformidad con el último paso de la ley de ponderación, se considera que la importancia de la realización del derecho a un medio ambiente sano (logrado en un nivel mínimo) no justifica la afectación del derecho a la libertad de comercio (afectado en un nivel alto).</p> <p>Así, se concluye que deben otorgarse los amparos a los quejosos y decretarse la inconstitucionalidad del acto impugnado, por intervenir de forma desproporcionada con el derecho a la libertad de comercio.</p>

Con base en todas las consideraciones aludidas en el cuadro anterior, la sentencia emitida en el caso hipotético puede ser calificada como adecuada, ya que ha sido sometida a un serio escrutinio de corrección, y nos ha arrojado tal resultado, por lo que se puede afirmar que la decisión que declara inconstitucional la medida impugnada es la más correcta, con lo cual se aprecia la importancia de contar con un método de evaluación de la argumentación, pues el mismo contribuye a brindar mayor confianza a los destinatarios de las decisiones judiciales; con todo, en el siguiente apartado presentaremos algunas críticas a los criterios de evaluación de Alexy, que debemos asumir como puntos a retener para ulteriores investigaciones.

3. *Estudio crítico*

Con el propósito de generar reflexiones en torno a los criterios de corrección propuestos por Alexy, en seguida se presenta un análisis crítico de algunos de ellos, ya que no es posible asumirlos ciegamente, pues se necesita, paradójicamente, evaluarlos frente a nuestra realidad.

Sobre el criterio de universalidad, resultan aplicables las mismas críticas esbozadas con anterioridad respecto a su reducida aportación a las teorías de la corrección de decisiones judiciales, pues es evidente que toda sentencia debe sustentarse en criterios de alcance universal, como lo es una norma constitucional o internacional.

Sobre la regla de saturación, se indica que la misma no debe implicar que los argumentos de tipo jurídico pierdan su primacía, ya que de hacerlo nos encontraríamos en otro tipo de discurso; por ejemplo, moral, económico, político o cultural, lo cual no es adecuado; así, se sugiere que la regla de saturación se utilice de forma cauta, siempre y cuando el caso judicial lo justifique, pues no hay que perder de vista que el tiempo para que los jueces resuelvan los asuntos es muy limitado; de esta manera, deben reflexionar y justificar el nivel de aplicación del criterio de saturación de argumentos, ya que existirán algunos casos que demanden utilizar un abanico de razones de diversa naturaleza, y otros que sólo requieran uno o dos argumentos extrajurídicos, lo cual debe aclararse, pues tal como se presenta este criterio en el modelo de Alexy, parecería que exige su materialización irreflexiva.

Sobre el subprincipio de idoneidad, se señala que el mismo tiene un diseño limitado, ya que fue creado para ser utilizado, esencialmente, en el contexto de la emisión de algún acto de autoridad legislativo o administrativo (*i. e.*: ley, reglamento o acuerdo general) que busque proteger algún fin concreto; pero cabe indicar que no todas las afectaciones a los derechos humanos se dan por la emisión de una medida legislativa o administrativa; así, en la práctica nacional, las sentencias judiciales que resuelven cualquier conflicto jurídico concreto pueden vulnerar derechos humanos, por lo que se considera que deben incorporarse como determinaciones sujetas al subprincipio de idoneidad, aunque Alexy no lo reconozca, ni la misma práctica judicial mexicana. Es evidente que es más complejo aplicar este subprincipio en la evaluación de las sentencias; pero ello no conlleva su eliminación, pues ¿no acaso una decisión judicial puede ser asumida como una medida idónea para proteger algún derecho, aunque afecte paralelamente otro derecho? O, mejor, ¿una sentencia puede ser visualizada como una medida adecuada para la realización de un derecho humano? De las respuestas dadas a tales interrogantes, se puede asumir la posibilidad o no de aplicar el subprincipio de idoneidad a la práctica judicial. Nosotros daríamos res-

puestas positivas a tales preguntas; esto es, consideramos la posibilidad de la materialización del citado subprincipio en las decisiones judiciales.

Sobre el subprincipio de proporcionalidad en estricto sentido, cabe señalar que el mismo puede realizarse a través de la fórmula del peso de Alexy, la cual se compone de diversos elementos, entre los que se encuentran el grado de efectuación de un derecho, en contraste con el nivel de importancia de la realización de otro derecho,¹⁰⁵ a los cuales se les puede asignar un valor numérico en cada caso concreto, de acuerdo con una escala triádica de afectación e importancia: leve-medio-grave.¹⁰⁶ El problema radica en que no existe un parámetro objetivo para la asignación de valores numéricos; por ejemplo, cuando se dice que un derecho humano tiene un grado de afectación de dos, en contraste con el nivel de importancia del derecho que juega en sentido contrario fijado en cuatro. He aquí la gran dificultad en la aplicación de la fórmula del peso o cociente de Alexy, que se manifiesta en el mismo subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto. Con todo, el único recurso que nos queda es justificar la elección del valor numérico con el mayor número posible de razones de cara a las partes en conflicto y a la misma sociedad; además, debemos ser conscientes de que no debe ser la fórmula del peso nuestro único parámetro a utilizar para justificar el sentido de nuestra decisión judicial, sino sólo una razón de todas las que presentemos en la sentencia, que contribuyan a justificar el sentido de la misma.

IV. CRITERIOS DE CORRECCIÓN EN EL MODELO DE ARGUMENTACIÓN DE FRANS VAN EEMEREN Y ROB GROOTENDORST

1. *Presentación*

Una de las teorías de la argumentación general menos exploradas en el continente americano es la teoría pragmatialéctica desarrollada por los autores

¹⁰⁵ En particular, la fórmula del peso se compone de los siguientes elementos: intensidades de las intervenciones en los derechos (por un lado, la afectación de un derecho y, por el otro, la importancia de la realización del otro derecho), los pesos abstractos de los principios en tensión y los grados de seguridad de los presupuestos empíricos sobre la realización y la falta de realización de los derechos en colisión, generados por la medida que se enjuicia. *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, *cit.*, p. 481. Un estudio detallado de la fórmula del peso se encuentra en Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, *cit.*, pp. 67-71 y 96. Un análisis nacional de la fórmula se tiene en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, *cit.*, pp. 213-220.

¹⁰⁶ Dicha escala fue establecida por Alexy, y representa un modelo de tres intensidades o rangos, que se identifican con las citadas expresiones: leve, medio y grave. *Cfr.* Alexy, Robert, *Teoría de la argumentación...*, *cit.*, pp. 468 y 469.

holandeses Frans van Eemeren y Rob Grootendorst en la Universidad de Amsterdam, lo cual resulta extraño, ya que la misma presenta una estructura muy detallada sobre cómo analizar y evaluar las discusiones argumentativas, y que examina los elementos que contribuyen a resolver alguna diferencia de opiniones.¹⁰⁷

Sin el propósito de analizar con detalle la teoría pragmatialéctica de la argumentación, lo cual podría ser objeto de otra investigación, cabe destacar que el elemento pragmático de esta teoría considera a la argumentación como una manera de lenguaje orientada a ciertos objetivos (por ejemplo, la solución de una disputa); por su parte, el elemento dialéctico de la teoría conlleva que la argumentación se asuma como parte de un intercambio crítico de criterios u opiniones.¹⁰⁸

Ahora bien, el núcleo de la teoría pragmatialéctica es un esquema ideal para las discusiones críticas y, además, un código de conducta para los intervinientes en la discusión. El esquema ideal detalla las etapas que se deben cubrir para facilitar la solución del problema, a saber: confrontación, apertura, argumentación y conclusiones. Por otro lado, el código de conducta para los participantes en la disputa esboza las reglas para solucionar el problema, de conformidad con el esquema ideal. En concreto, las reglas se refieren al derecho de exponer un punto de vista, a plantear dudas, al derecho y obligación de defender un punto de vista a través de la argumentación, entre otras más.¹⁰⁹

A todo esto, de la teoría pragmatialéctica de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst nos interesa estudiar concretamente el modelo de evaluación de la argumentación, que busca determinar si la misma es aceptable y si la discusión se ha conducido con base en las reglas de la discusión racional.

¹⁰⁷ Feteris, Eveline T.; *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007, pp. 247 y 248.

¹⁰⁸ *Ibidem*, p. 248.

¹⁰⁹ Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 249. El esquema ideal aplicado al proceso legal se desarrolla de la siguiente manera: *a*) en la fase de confrontación, las partes exponen sus puntos de vista sobre el tema a resolver, aquí el juez asume una postura pasiva; *b*) en la fase de apertura, las partes llegan a un acuerdo sobre los puntos de partida y las reglas de la discusión, los puntos de partida están decretados de antemano en las normas jurídicas, en los principios generales del derecho y en las proposiciones de la dogmática del derecho, además las reglas de la discusión se establecen previamente en el sistema institucionalizado del proceso legal (códigos de procedimientos); *c*) en la fase de argumentación, las partes tienen que exponer sus argumentos y contraargumentos para defender sus puntos de vista y, *d*) en la fase de conclusiones, el juez debe decidir si las pretensiones se defendieron exitosamente de los contraargumentos críticos. *Cfr.* Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 259 y 260.

Para fines didácticos, se puede representar el esquema de evaluación de la argumentación de dichos autores en dos vertientes; por un lado, que busca evaluar el contenido de la argumentación y, por el otro, que se ocupa de calificar el procedimiento de discusión.¹¹⁰

En la vertiente de evaluación del contenido de la argumentación se verifica, en primer lugar, si un argumento es idéntico a un punto de partida común (*i. e.*: normas jurídicas, principios generales del derecho o proposiciones de la dogmática del derecho), lo que se conoce como procedimiento de identificación; en segundo lugar, si resulta que el argumento no es idéntico a un punto de partida común, se recurre al procedimiento de comprobación, con el cual se verifica si el argumento expuesto se puede estimar aceptable de conformidad con algún método de prueba común.¹¹¹

En este sentido, cuando se trata de argumentos fácticos, lo que debe hacer el juez es decidir si los hechos son generalmente conocidos; en caso contrario, decidir si los hechos pueden ser verificados conforme a las normas jurídicas sobre la prueba. En el caso de argumentos jurídicos, el juez debe decidir si la norma jurídica se puede asumir como una norma válida con base en las fuentes de creación del derecho; en algunos asuntos se tiene que recurrir a la regla de preferencia para elegir entre la diversidad de normas jurídicas válidas (una regla de preferencia sería, por ejemplo, la que señala que la ley especial deroga a la ley general).¹¹²

Por otro lado, cuando se califica el contenido de la argumentación, el decisor también debe comprobar si la conexión entre las premisas y la conclusión es aceptable, en el ámbito pragmatialéctico, si el modelo de argumentación utilizado (*i. e.*: argumentación por analogía, teleológica o de consecuencias) ha sido seleccionado y practicado adecuadamente. Para ello, se utilizan preguntas concretas de evaluación, que se deben contestar correctamente, a fin de acreditar este criterio de calificación.¹¹³

En la segunda vertiente de evaluación del procedimiento de discusión se requiere identificar si la misma se ha efectuado con base en las reglas de la discusión racional. Pero ¿cuáles son las reglas que van a dirigir la argumentación? En la teoría pragmatialéctica se establece un sistema de diez reglas esenciales para dicha discusión racional,¹¹⁴ que en nuestra opinión pueden trasladarse en la mayoría de los casos al ámbito de la argumentación jurí-

¹¹⁰ Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 270.

¹¹¹ *Idem.*

¹¹² Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 270 y 271.

¹¹³ *Ibidem*, p. 271.

¹¹⁴ *Ibidem*, p. 274.

dica. Veamos pues cada una de las reglas que se utilizan para la evaluación del procedimiento de discusión en general:

- 1) Ninguna parte debe impedir que la otra exponga puntos de vista ni que plantee dudas sobre los puntos de vista.
- 2) Una parte que expone un punto de vista está obligada a defenderlo si la otra parte le pide que lo defienda.
- 3) El ataque de una parte a un punto de vista debe referirse al punto de vista que expuso realmente la otra parte.
- 4) Una parte sólo puede defender su punto de vista exponiendo argumentos relacionados con ese punto de vista.
- 5) Una parte no puede presentar falsamente como premisa algo que dejó implícito la otra parte ni negar una premisa que ella misma dejó implícita.
- 6) Una parte no puede presentar falsamente una premisa como punto de partida aceptado ni negar una premisa que constituye un punto de partida aceptado.
- 7) Una parte no puede considerar que un punto de vista ha sido defendido concluyentemente si la defensa no se ha efectuado mediante un esquema de argumentación apropiado y correctamente aplicado.
- 8) En su argumentación, una parte sólo puede usar argumentos lógicamente válidos o susceptibles de ser validados haciendo explícitas una o más premisas implícitas.
- 9) Una defensa fallida de un punto de vista debe llevar a que la parte que expuso el punto de vista se retracte, y una defensa concluyente a que la otra parte se retracte de sus dudas sobre el punto de vista.
- 10) Una parte no debe usar formulaciones insuficientemente claras o confusamente ambiguas y debe interpretar las formulaciones de la otra parte tan cuidadosa y precisamente como sea posible.¹¹⁵

Ahora bien, cabe indicar que en el ámbito jurídico dichas reglas de la discusión racional pueden ser desobedecidas, ya que las partes por sí mismas suelen comportarse como litigantes no razonables; para controlar tal situación, las normas de derecho buscan asegurar que la discusión jurídica cumpla con los requisitos de una discusión racional; por ejemplo, cuando

¹¹⁵ Van Eemeren y Grootendorst, *Argumentation, Communication, and Fallacies. A Pragmatic-dialectical Perspective*, Hillsdale, N. J., Erlbaum, 1992, pp. 208 y 209, y Van Eemeren y Grootendorst, *Speech Acts in Argumentative Discussions*, Dordrecht, Foris, 1984, pp. 151-175, (cit. por Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 249 y 250).

especifica cuál sujeto debe asumir la carga de la prueba; esto es, quién debe defender ciertas afirmaciones. Debido a que las partes no siguen voluntariamente las reglas del procedimiento legal, la función del juez es vigilar su debido cumplimiento. Desde la visión pragmatialéctica, la tarea principal de los jueces es lograr que la discusión se efectúe de conformidad con las reglas esenciales a una solución racional de las controversias legales.¹¹⁶

Con base en lo señalado en torno a la evaluación del procedimiento de discusión, se podría afirmar que el parámetro de corrección tiene que ver con la observación y cumplimiento de las reglas de la discusión crítica,¹¹⁷ que se pueden integrar en los siguientes criterios de evaluación aplicables a la discusión jurídica, con base en la teoría pragmatialéctica:¹¹⁸

- a) Criterio de prerrogativas, que se relaciona con el derecho a plantear pretensiones o posturas y con el derecho a dudar sobre las mismas.
- b) Criterio del deber, que esboza la obligación de defender las posturas cuando se dude de las mismas.
- c) Criterio de exactitud, el cual implica que los contraargumentos hacia una postura deben esgrimirse concretamente a la postura que realmente fue defendida.
- d) Criterio de compatibilidad entre la postura emitida y los argumentos que la sostienen.

¹¹⁶ Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 275 y 277. Con todo, la pretensión de que las reglas sean aceptables no se sustenta en una necesidad metafísica, sino más bien en la conveniencia de resolver una disputa. La aceptabilidad de las reglas del discurso racional no se deriva de una autoridad externa ni de un origen divino, sino que se sustenta en la efectividad de su aplicación. Puesto que la aceptabilidad de las reglas se debe verificar por el nivel en que se logran resolver las disputas legales, la razón para aceptar las reglas se puede asumir, filosóficamente hablando, como pragmática. *Cfr.* Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 251.

¹¹⁷ La idea de la observación de las reglas de la discusión crítica no es propia, sino que se expresa en Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 253. En concreto, se señala que para evaluar el discurso es necesario considerar los siguientes aspectos: a) los esquemas de argumentación que se usan en la argumentación (*i. e.*: argumentación sintomática, analógica o causal), lo que conlleva determinar si el esquema de argumentación se ha elegido y aplicado adecuadamente. Como se ha señalado, para cada esquema de argumentación existen una serie de preguntas críticas que se deben contestar adecuadamente para la que argumentación sea aceptable; b) la observación de las reglas de la discusión crítica. *Cfr.* Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 253 y 254.

¹¹⁸ Todos los 10 criterios que en adelante se expondrán no son una creación propia, como se ha aclarado, representan un resumen de las reglas para la discusión racional de la teoría pragmatialéctica, por lo que todos los créditos de su creación son de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst y no nuestros, en toda caso, solamente la identificación de los títulos de los criterios sería un ejercicio intelectual propio, para una revisión de las reglas véase Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 249 y 250.

- e) Criterio de falsa negación, que comporta la imposibilidad de falsear premisas implícitas propias o de la otra parte.
- f) Criterio de congruencia, que impide que una parte desconozca una premisa que integre un punto de partida previamente aceptado.
- g) Criterio de defensa adecuada, el cual señala que no se puede considerar que ha prevalecido una postura, si su defensa no se ha realizado a través de un esquema de argumentación adecuado.
- h) Criterio de explicitud, que conlleva que los argumentos utilizados puedan ser corroborados mediante la conversión de las premisas implícitas en premisas explícitas.
- i) Criterio de adhesión, que esboza que una defensa frustrada de una postura implica que la parte que la sostuvo la abandone; paralelamente, una defensa victoriosa de una postura supone que la parte que la atacó abandone las dudas que tenga sobre la postura vencedora.
- j) Criterio de claridad, el cual señala que las partes deben presentar sus postulados y defensas de forma no confusa y sin ambigüedades.

Para finalizar el estudio de la teoría pragmatialéctica de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, como puntos a retener, se señala que esa teoría ofrece una estructura teórica y práctica para la evaluación de la argumentación jurídica. En concreto, la teoría pragmatialéctica pone de relieve que para calificar una argumentación jurídica de manera adecuada se necesita contar con un modelo de evaluación que se pueda utilizar como herramienta crítica para identificar si la argumentación es aceptable. Ahora bien, el modelo debe señalar cómo se usan los puntos de partida y las normas de evaluación común; sobre los puntos de partida (normas o principios jurídicos, entre otros más), se deben especificar los enunciados que se pueden usar como argumentos jurídicos; para el caso de las normas de evaluación, se indican y justifican los tipos de esquemas de argumentación jurídica (*i. e.*: por analogía) que se pueden usar para sustentar un decisión judicial. Finalmente, para lograr una evaluación correcta de la argumentación se tienen las reglas de discusión que se aplicarán al caso concreto, a fin de determinar si se materializa una discusión jurídica racional.¹¹⁹

¹¹⁹ Feteris, Eveline T., *op. cit.*, pp. 277-279. Con mucho, sobre el proceso de evaluación de la argumentación, cabe indicar que el mismo se ha desdoblado en dos perspectivas: la interna y la externa. Desde la perspectiva interna, el juez es el encargado de realizar la evaluación; él debe decidir si una parte defendió exitosamente su punto de vista de conformidad con las normas jurídicas de corrección. Desde la perspectiva externa, el teórico del derecho realiza la evaluación de la argumentación; él debe determinar si un punto de vista legal (*i. e.*:

2. Ejemplificación

Una vez planteados los criterios de evaluación en el modelo de argumentación pragmatialéctico de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, cabe ponerlos en práctica mediante la calificación de alguna sentencia. Tal ejercicio nos va a ayudar a identificar la utilidad de dicho modelo. Analicemos pues los criterios de los autores holandeses en un caso práctico hipotético, que podría presentarse en la realidad nacional.

Los hechos del caso se resumen en los siguientes puntos:

- 1) Una universidad privada, en aras de promover los derechos de las personas adultas mayores, modificó su reglamento de ingreso a los estudios de doctorado, a fin de establecer que del total de aspirantes en cada convocatoria se asignarán al menos diez lugares a las personas mayores de sesenta años, con independencia de los resultados que hayan obtenido en todas las pruebas aplicadas para el ingreso a los estudios.
- 2) Con base en dicho reglamento, la universidad privada emitió una convocatoria de ingreso al doctorado, en la cual ofreció sólo cincuenta lugares, señalando los requisitos con los que debían cumplir los aspirantes.
- 3) Se inscribieron al proceso de selección cien personas, de las cuales quince eran mayores de sesenta años. Una vez aplicadas todas las pruebas técnicas y de idioma, se determinó que sólo sesenta personas habían acreditado exitosamente las pruebas, dentro de las que no se encontraba ninguna de la tercera edad.
- 4) En cumplimiento estricto al reglamento de ingreso al doctorado, la universidad privada asignó los lugares de la siguiente forma: 35 lugares a personas no adultas mayores que habían obtenido la mayor calificación en el examen de ingreso, y los restantes quince lugares, a las personas adultas mayores que no habían acreditado el examen, dejando sin oportunidad de estudiar un doctorado a quince perso-

una decisión judicial) fue defendida adecuadamente de conformidad con determinadas normas jurídicas de corrección. *Cfr.* Feteris, Eveline T., *op. cit.*, p. 261. Pese a ello, para nosotros, el propio juez puede y debería realizar la evaluación desde el ámbito interno y externo, a fin de lograr la corrección (autocorrección) total de la misma. Como lo veremos en otro lugar de la presente investigación, por ahora basta con precisar que algunos autores dividen el ámbito de evaluación de la argumentación.

nas que sí habían acreditado las pruebas, pero que eran menores de sesenta años.

- 5) De todo el grupo de aspirantes a ingresar al doctorado que quedaron fuera por la cuota de las personas de la tercera edad, sólo una presentó un juicio de amparo indirecto contra el primer acto de aplicación del reglamento emitido por la universidad privada, al tratarse de un ente que realiza actos equivalentes a los de una autoridad, que se encuentran establecidos en la Ley General de Educación.

Para seguir avanzando, cabe mencionar que en este asunto hipotético, los derechos humanos en tensión son los mismos, sólo que se materializan en distintos titulares; por un lado, se tiene el derecho humano de las personas adultas mayores a la no discriminación por razón de edad (derecho a la igualdad) reconocido en el artículo 1o. de la Constitución de la República (que el reglamento de la universidad buscó hacer realidad), así como el derecho a la participación e integración comunitaria reconocido en la Convención Interamericana sobre la Protección de los Derechos Humanos de las Personas Mayores; por el otro, se tiene también el derecho humano de no discriminación por razón de edad (igualdad) de las personas menores de sesenta años, reconocido en el citado artículo 1o. de la Constitución de nuestro país (que con la determinación de la asignación de lugares en el doctorado se restringió por parte de la universidad).

Ahora bien, pensemos que el juez que conoce del amparo, una vez realizado el análisis del asunto y mediante la aplicación del modelo de argumentación pragmatialéctico de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, llega a la determinación de que debe prevalecer, en el caso concreto, el derecho humano de no discriminación de las personas menores de sesenta años, frente al mismo derecho humano de las personas adultas mayores, por lo que la sentencia otorgaría el amparo a efecto de que se asignaran los quince lugares a las personas menores de sesenta años que sí lograron acreditar con las calificaciones más altas las pruebas técnicas previamente establecidas.

Pues bien, como lo hemos venido afirmando a lo largo de este trabajo, la actividad del juez no debe terminar con la simple emisión de la sentencia, sino que ésta continúa o, mejor, debe continuar, mediante una fiscalización posterior e interna que se haga del producto de la argumentación; todo ello, con el único propósito de medir objetivamente la corrección o no de la sentencia que se exponga a las partes y a la ciudadanía.

En este sentido, a continuación se representará, de forma esquemática, la aplicación de cada uno de los parámetros de evaluación de la argumen-

tación que asume la teoría pragmadialéctica, en el contexto del caso hipotético planteado:

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios propuesto por el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst</i>		
<i>Criterios de corrección</i>	<i>Acredita el criterio</i>	<i>Por qué lo acredita o no lo acredita</i>
Identificación	Sí	La decisión tomada se sustenta en el argumento de rechazo en todas sus formas de discriminación (negativa o positiva), que es idéntico al punto de partida del derecho humano a la igualdad reconocido en normas internacionales.
Comprobación	No se aplica	Derivado de que en la decisión asumida existe un argumento idéntico a un punto de partida común, de conformidad con la teoría pragmadialéctica, ya no se debe recurrir al procedimiento de comprobación.
Conexidad o adecuación	Sí	La decisión se sustenta en el modelo de argumentación de consecuencias, que ha sido escogido y practicado adecuadamente; así, se efectuaron las siguientes preguntas críticas para su acreditación: ¿es posible aplicar una argumentación de consecuencias en este asunto? Sí es posible, y además deseable, a fin de propiciar la adhesión de las partes y los ciudadanos a la sentencia emitida: justicia realista ¿qué beneficios comporta para la decisión el argumento de consecuencias? Muchos; por ejemplo, se valora el escenario prospectivo que la decisión generará en la prohibición de un trato discriminatorio en alguna forma, para otros casos posibles; ¿existen precedentes que prohíban su utilización? No existen criterios que restrinjan su utilización, sino más bien posturas judiciales que lo fomentan.
Prerrogativas	Sí	Este criterio ha sido acreditado con la decisión tomada, ya que se permitieron y ejercieron los derechos de las partes a plantear pretensiones y a poner en duda las mismas.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios propuesto por el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst</i>		
Deberes	Sí	En la determinación judicial planteada se le exigió a una parte defender sus posturas con diversos argumentos ante las dudas esbozadas por su contraria.
Exactitud	Sí	Se verificó que los contraargumentos expuestos por una parte fueran dirigidos concretamente a la postura sostenida por la otra parte, sin que existieran variaciones de ningún tipo en torno a la postura defendida; lo anterior, para lograr una diálogo adecuado entre las partes.
Compatibilidad	Sí	Se verificó la compatibilidad entre las posturas sostenidas y los argumentos esgrimidos para sustentarlas.
Falsa negación	Sí	Derivado de que se comprobó que ninguna de las partes negó premisas implícitas propias o de su contraparte.
Congruencia	Sí	No se identificó que alguna de las partes haya desconocido un punto previamente asumido o aceptado; esto es, defendieron sus posturas de forma congruente.
Defensa adecuada	Sí	La postura sostenida por la decisión emitida ha prevalecido, ya que la misma se sustenta en un modelo de argumentación adecuado, como es la teoría pragmatodialéctica.
Explicitud	Sí	Derivado de que el argumento que expresa que nadie debe ser discriminado por cuestiones de edad, fue verificado a través de la conversión de la premisa implícita sobre la existencia de una prohibición de trato diferenciado en el acceso a las oportunidades, a la premisa explícita respecto del derecho humano de igualdad que rige en todo Estado constitucional de derecho.

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios propuesto por el modelo de argumentación de Frans van den Eemeren y Rob Grootendorst</i>		
Adhesión	Sí	Ya que la sentencia emitida ha propiciado que la parte que no resultó victoriosa con la misma y la propia sociedad abandonen las dudas que tengan sobre el sentido de la decisión; esto es, los ha logrado convencer de su corrección.
Claridad	Sí	Derivado de que los postulados que se defienden en la sentencia han sido expuestos de forma clara y sin ambigüedades, a saber: bajo parámetros de justicia abierta a los afectados y a toda la ciudadanía interesada en el tema que resuelve la determinación.

En conclusión, se puede afirmar que la decisión asumida en el caso hipotético ha logrado acreditar con mucho éxito todos y cada uno de los criterios de evaluación del modelo de argumentación pragmatialéctico de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst, por lo que podemos asumir que la decisión tomada es correcta y adecuada, al menos bajo los parámetros de dicha teoría; además, es una guía útil en la emisión de decisiones judiciales nacionales, acorde con los actuales elevados estándares de justificación de toda postura en el ámbito jurídico.

3. *Estudio crítico*

Si bien la teoría pragmatialéctica ha sido poco explorada en nuestro país, a pesar de los beneficios que puede generar para la justificación judicial, cabe indicar que esa teoría no resuelve todos los problemas en torno a la corrección de las decisiones judiciales; así, es apropiado identificar algunos de los puntos débiles de los criterios de evaluación que la misma teoría sostiene, con el único objetivo de evaluarla en el contexto de nuestra realidad jurídica.

En este sentido, a continuación se presentará un breve análisis crítico de algunos de los parámetros de corrección que merecen ser revisados o abandonados del modelo de Frans van Eemeren y Rob Grootendorst:

- a) Sobre el criterio de identificación, se observa que el mismo es inapropiado, ya que un argumento puede apartarse válidamente de

un punto de partida común como lo es una norma jurídica o una proposición de la dogmática del derecho; por ejemplo, cuando las mismas son incompatibles con el parámetro de control de la regularidad constitucional (que se integra de normas de diversos órdenes jurídicos). Con todo, para que los jueces puedan apartarse de tales elementos de partida común se les exige una amplia justificación frente a la sociedad.

- b) Respecto al criterio de prerrogativas, se observa que éste es muy básico para calificar de correcta o incorrecta una decisión, pues es conocido que las partes tienen el derecho, por un lado, de plantear pretensiones, y, por el otro, de esbozar dudas sobre las mismas. Así, se podría abandonar este criterio sin grandes costes para la verificación de la decisión.
- c) Sobre el criterio del deber, se puede aplicar la misma crítica del criterio de prerrogativas, pues es entendible que las partes se encuentran obligadas a defender sus posturas, en el caso de que éstas sean atacadas por la contraria; así, en nuestra opinión es posible omitir este criterio sin generar algún perjuicio en la corrección de la decisión.
- d) Por lo que hace al criterio de compatibilidad, cabe resaltar que el mismo es apropiado teóricamente hablando; sin embargo, el problema está en saber cómo calificar eficazmente que la postura defendida se corresponde exactamente con los argumentos de respaldo, para lo que la teoría pragmatialéctica no nos brinda una respuesta, lo cual podría ser objeto de otra línea de investigación.
- e) Respecto del criterio de defensa adecuada, éste es muy abierto, por lo que genera ciertas dificultades en su aplicación práctica, ya que nos exige calificar la corrección de la decisión con base en un modelo de argumentación, pero no nos fija directrices para la elección; en concreto, este criterio sería auto destructivo, ya que permitiría dejar a un lado el esquema pragmatialéctico si así lo estimamos conveniente. Con mucho, se precisa que la elección de uno u otro esquema de argumentación va a depender del caso que estemos analizando, además de la mejor justificación que se presente en la elección.
- f) En torno al criterio de claridad, se señala que el mismo necesita ser detallado, a fin de conseguir su cumplimiento, ya que, por ejemplo, en el ámbito de la justicia mexicana, se encuentra muy arraigada la costumbre de que entre más confusa, poco clara, extensa y técnica sea una sentencia, la misma será calificada como mejor; así, se

necesitan establecer las bases para operar este criterio de claridad, a fin de que no sea letra muerta en la práctica. Acciones como las implementadas por el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación sobre la difusión permanente en distintos foros judiciales y académicos de la figura de *justicia abierta* constituyen un buen comienzo para hacer realidad la idea de sentencias ciudadanas, que tanto demanda nuestra sociedad.

V. CRITERIOS DE CORRECCIÓN EN LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA DE MANUEL ATIENZA

1. *Presentación*

La teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza ha sido ampliamente explorada en nuestro país; de hecho, se podría afirmar que ha adquirido carta de naturalización en México, ya que muchos juristas la han estudiado y asumido como necesaria en la justificación de las decisiones judiciales, lo cual ha sido criticado por algunos autores, los que en nuestra opinión parecen interpretar que la adopción de modelos externos de argumentación (como el de Atienza) comportaría un especie de colonialismo teórico en pleno siglo XXI.¹²⁰

Se piensa que tienen razón los críticos de la teoría de la argumentación jurídica de Manuel Atienza, al destacar que se ha adoptado la misma teoría sin considerar y reflexionar sobre su efectiva aplicación en el contexto mexicano; sin embargo, se observa que el problema no es del modelo de argumentación que sintetiza Atienza, sino más bien de los autores mexicanos que han asumido los postulados de dicho autor, como si se tratara de una verdad absoluta.

Con independencia de dicha situación, a fin de no apartarnos de los objetivos de nuestra investigación, se aclara que en este apartado sólo se

¹²⁰ Uno de los críticos de Manuel Atienza y de muchos otros autores extranjeros que han analizado el proceso argumentativo es José Ramón Narváez, para quien la teoría de la argumentación jurídica poco tiene que ver con el ser humano. En este sentido, el autor propone otro modo de argumentar los derechos humanos, en el cual se recupere la dimensión emotiva del derecho; por ejemplo, al argumentar los derechos humanos, dice Narváez, debería existir conciencia de que se trata de seres humanos que buscan ser reconocidos en su esfera de libertades, pero también escuchados y comprendidos. Véase Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, pp. 53, 82 y 83.

describirán los criterios de evaluación que asume Atienza, sin efectuar un estudio completo de su teoría de la argumentación jurídica y de sus críticas.¹²¹ En dicho ejercicio, el lector se dará cuenta de que los parámetros que asume Atienza derivan de criterios estudiados por otros autores; con todo, nos interesa destacar dos parámetros que han sido poco explorados en la teoría de la decisión judicial.

De este modo, los criterios de evaluación más relevantes, según Atienza, son los siguientes:

- *Universalidad*. Este criterio se aplica tanto a los problemas normativos como a los fácticos. Sobre las cuestiones normativas, implica que la *ratio decidendi* no puede ser *ad hoc*. Así, cuando en el caso C la norma N se interpreta en el sentido N1, implica que ésa fue la interpretación que se hizo en el pasado sobre casos análogos a C, además de que ésa será la interpretación que se hará a casos futuros semejantes a C.¹²² Respecto de las cuestiones fácticas, se establece que debe figurar un enunciado de tipo universal, por ejemplo, un enunciado que señale que cuando se den los hechos A, B y C, entonces, es probable que ocurrió el hecho D. De esta forma, el criterio de universalidad exige que dicho enunciado se utilizará para todos los casos en los que se den esas mismas circunstancias.¹²³
- *Coherencia*. El criterio de coherencia se refiere a la compatibilidad de una decisión con ciertos principios, valores y teorías. En particular, se señala que una norma o decisión judicial es coherente si puede corresponderse con una serie de principios y valores del sistema jurídico. Por ejemplo, ante un problema de interpretación, la razón para interpretar la norma X en el sentido A1 y no en el sentido A2 es que A1 resulta más compatible con los propios y valores del orden jurídico.¹²⁴
- *Adecuación de consecuencias*. Este criterio se enfoca hacia el futuro; se expresa mediante los argumentos consecuencialistas, que justifican la emisión de una norma con cierto contenido; la presentación de una estrategia de acusación o defensa o el establecimiento de una

¹²¹ Un análisis completo de la teoría de la argumentación jurídica de Atienza se encuentra en Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 643-656. Un resumen de los postulados de Atienza en torno a la argumentación se presenta en Romero Martínez, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica...*, cit., pp. 113-123.

¹²² Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 554 y 555.

¹²³ *Ibidem*, p. 555.

¹²⁴ *Ibidem*, p. 556.

decisión judicial, con base en las consecuencias que van a producir los mismos.¹²⁵ La diferencia entre utilizar o no utilizar el criterio de adecuación de consecuencias para calificar la argumentación de una decisión significa no tomar en consideración sólo el resultado de la decisión, sino otros estados de cosas que se conectan con la misma decisión por lazos de causalidad.¹²⁶

- *Moral social*. El criterio de moralidad social tiene un peso en la evaluación de la argumentación judicial, ya que los jueces no pueden ser indiferentes o alejarse de las convenciones sociales. Decantarse a favor de la moral social facilita que la decisión judicial sea persuasiva, lo que constituye un elemento relevante en la justificación de las sentencias; todavía más, los criterios socialmente mayoritarios se vinculan con la idea de democracia, pues tomar una determinación, como la mayoría preferiría que se hiciera, es un adecuado ejercicio democrático, en concreto, para los jueces, los cuales no han sido elegidos a través de votaciones de los ciudadanos.¹²⁷ En otro orden de ideas, se ha señalado que la mejor manera de limitar la discrecionalidad de los jueces es a través de las valoraciones sociales predominantes,¹²⁸ a saber: la moral social vigente en determinada colectividad.
- *Moral justificada*. El criterio de moral justificada (racionalmente justificada) se sustenta en teorías éticas normativas, que sostienen un objetivismo moral; en opinión de Atienza, una de las teorías más adecuadas para descubrir la moral correcta es el constructivismo moral suscrito por autores como Rawls, Habermas y Nino; la base de dichos estudios es que los principios de la moral justificada son aquellos a los que un grupo de personas han podido llegar mediante el consenso, generado en una discusión que respeta ciertas reglas.¹²⁹

¹²⁵ *Ibidem*, p. 557.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 558.

¹²⁷ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 559 y 560.

¹²⁸ *Ibidem*, p. 560. Con mucho, Atienza encuentra varios inconvenientes en la aplicación de los criterios de moralidad social; por ejemplo: a) puede acontecer que no sea fácil saber cuál es la opinión mayoritaria o que simplemente no exista la misma; b) no puede descartarse la posibilidad de que las opiniones mayoritarias sean expresiones que van contra los principios del ordenamiento jurídico, y c) las Constituciones de nuestra época integran un código moral (declaraciones de derechos) que no es simplemente la moral social establecida; esto es, pueden no coincidir en muchas formas. Cfr. Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., p. 560.

¹²⁹ Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 560-562.

Ahora bien, se debe precisar que defender una postura objetivista de la moral (moral justificada) no conllevaría defender el absolutismo moral; en particular, el objetivista asume que los juicios morales incorporan una pretensión de corrección, pero los mismos están abiertos a la crítica constante y al discurso racional, por lo que pueden ser modificados y superados; esto es, no son juicios morales absolutos.¹³⁰

Pues bien, como se puede apreciar, los criterios esbozados por Atienza constituyen una reformulación de los parámetros asumidos por otras teorías; por ejemplo, los referentes a la universalidad, coherencia y consecuencias son elementos abordados por MacCormick; asimismo, el criterio de moralidad justificada, como bien lo anuncia Atienza, deriva de postulaciones de diversas teorías éticas (*i. e.*: de Habermas y Nino). Con mucho, llama la atención la idea de Atienza de incorporar en la evaluación de la argumentación el parámetro de moral social que, por cierto, resulta de materialización compleja. En adelante, representaremos los criterios adoptados (no creados) por Atienza en un caso práctico, tal como lo hicimos con las demás teorías de la argumentación con criterios de corrección.

2. Ejemplificación

Resulta apropiado poner en práctica cada uno de los criterios de evaluación de la argumentación jurídica esbozados por Atienza; para ello, se presentará un caso hipotético, que bien podría darse de manera rutinaria en el ámbito jurídico nacional.

Los hechos del caso hipotético se resumen en los siguientes puntos:¹³¹

- 1) Se trata de un particular (paciente) que fue intervenido quirúrgicamente en el hospital privado Médica Sur en 2016.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 562. Además, para Atienza, la pretensión de corrección de los juicios morales no se identifica con la pretensión de verdad de los juicios científicos; así, la objetividad moral es similar, pero no idéntica a la científica; en otros términos, objetivismo moral no equivale a realismo moral. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, *cit.*, p. 562.

¹³¹ Para la elaboración del caso práctico resultaron muy útiles las ideas esbozadas en “Toda persona tiene derecho a acceder a su expediente clínico: Ximena Puente de la Mora”, *El Heraldo de Saltillo*, México, 2 de septiembre de 2017, disponible en: <https://elheraldodesaltillo.mx/2017/09/02/toda-persona-tiene-derecho-a-acceder-a-su-expediente-clinico-ximena-puente-de-la-mora/>, fecha de consulta: 7 de septiembre de 2017.

- 2) Un año después, el particular solicitó a dicho hospital el acceso a su expediente clínico generado con motivo de la cirugía que se le había practicado.
- 3) En respuesta a su solicitud, el representante legal del hospital le manifestó que no era posible brindarle acceso al expediente clínico solicitado, por las siguientes razones: *a)* se trataba de información interna generada por el propio hospital para el desarrollo de sus funciones; *b)* el expediente médico y la información contenida en el mismo era de propiedad exclusiva de Médica Sur, y *c)* el particular ya no era paciente ni contaba con ninguna relación jurídica con el hospital.
- 4) Inconforme con dicha respuesta, el particular agotó los recursos internos ante las autoridades correspondientes, sin obtener una respuesta favorable a su petición, por lo que decidió presentar un juicio de amparo indirecto contra la negativa de acceso a su expediente médico.
- 5) De dicho asunto correspondió conocer a un juzgado de distrito en materia administrativa del primer circuito judicial de la Ciudad de México, que admitió a trámite el juicio, al considerar que el hospital Médica Sur, a pesar de ser un institución privada, sí tenía la calidad de autoridad responsable, porque realizó actos establecidos en una norma general equivalentes a los de una autoridad pública, de conformidad con el artículo 5o. de la Ley de Amparo.

Los derechos humanos en colisión del caso práctico descrito son, por un lado, el derecho de acceso a los datos personales del solicitante reconocido en los artículos 6o. y 16 de la Constitución mexicana; por el otro, el derecho a la propiedad privada del prestador de servicios médicos Médica Sur, reconocido en el artículo 27 de la Constitución de nuestro país.

Ahora bien, pensemos que nosotros somos el juzgador de distrito que debe resolver la tensión que se da entre dichos derechos humanos, para lo cual recurrimos al esquema de argumentación de Atienza; así, después de aplicar cada uno de sus pasos¹³² y de presentar diversas razones jurídicas y de otro tipo, llegamos a la siguiente determinación:

En el caso concreto, debe prevalecer el derecho humano de acceso a los datos personales (expediente médico) del quejoso, reconocido en los artículos 6o. y 16 de la Constitución mexicana; por lo que se le otorga el amparo a efecto de que la autoridad responsable (el hospital Médica Sur) proporcione los datos e información contenida en el expediente clínico del quejoso,

¹³² Para un análisis de las etapas del modelo de argumentación de Atienza, véase Atienza, Manuel, *Curso de argumentación...*, cit., pp. 646-651.

para los fines que él mismo estime convenientes, sin que sea una razón para negar el acceso el que el prestador de servicios médicos sea el dueño del expediente o que ya no sea paciente el quejoso del hospital. De esta forma, se aduce que el titular de los datos personales contenidos en el expediente médico es solamente el quejoso, quien constitucionalmente puede acceder, rectificar, cancelar y oponerse a la utilización que se le dé a sus datos por parte del hospital privado; ello, de conformidad con las normas jurídicas nacionales sobre protección de datos personales en posesión de particulares.

Pues bien, como lo hemos asumido, en el contexto de la toma de decisiones judiciales no basta con llegar a un resultado o producto; esto es, emitir una sentencia que resuelva la tensión entre derechos, sino que se requiere efectuar un ejercicio más amplio de justificación de las sentencias, mediante su fiscalización; en este sentido, resulta necesario someter nuestra decisión a un test de corrección bajo los parámetros asumidos por Atienza. En el siguiente cuadro presentamos el escrutinio de la decisión adoptada al caso hipotético analizado en esta investigación:

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios asumidos por Manuel Atienza</i>		
<i>Criterios de corrección</i>	<i>Acredita el criterio</i>	<i>Por qué lo acredita o no lo acredita</i>
Universalidad	Sí	Para la emisión de la decisión se consideró un caso análogo, en el cual se interpretó extensivamente el derecho humano de acceso a los datos personales sobre otros derechos como el de propiedad privada. Asimismo, se consideró el enunciado universal que señala que cuando se den las circunstancias en las que una persona solicite el acceso a sus datos personales y la autoridad se niegue rotundamente a brindar tal acceso, es probable que se materialice el hecho de que la información sea errónea.
Coherencia	Sí	Derivado de que la decisión judicial es compatible con el principio del sistema jurídico nacional, que señala que todas las personas deben tener acceso irrestricto a sus datos personales, así como con las teorías científicas que reconocen los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición respecto de los datos personales sensibles (como son el estado de salud).

<i>Evaluación de la decisión con base en los criterios asumidos por Manuel Atienza</i>		
Adecuación de consecuencias	Sí	Para la emisión de la sentencia se consideraron todos los efectos futuros que la misma generaría. En este sentido, se identificó que las consecuencias eran en su mayoría de naturaleza positiva; por ejemplo, se va a contribuir a crear una cultura de respeto hacia los datos personales sensibles; asimismo, se va a propiciar que los entes privados asuman una postura de difusión del expediente clínico a favor de los titulares de la información contenida en el mismo. Todavía más: la decisión promoverá el ejercicio de los derechos de acceso, rectificación, cancelación y oposición en el contexto médico.
Moral social	Sí	Este criterio fue superado, ya que para emitir la decisión se tomaron en cuenta las convenciones sociales prevalecientes en nuestro país, a saber: la moral social, que entiende que los datos sobre el estado de salud de las personas constituye información íntima y sensible. De esta manera, la decisión se relaciona directamente con los criterios mayoritarios que prevalecen en la sociedad mexicana, con lo cual se contribuye a acercar la labor de los jueces con los ciudadanos, quienes, de hecho, no pueden elegir a los primeros mediante votaciones, como sí lo hacen para el caso de otros servidores públicos.
Moral justificada	Sí	Se cumplió el criterio, toda vez que en la emisión de la determinación judicial defendida se utilizó una moral objetiva (justificada); ello implicó que para decantarnos por su adopción se recurrió al diálogo abierto entre los servidores públicos del juzgado de distrito y las mismas partes en conflicto, llegando al consenso de que la moral que debe sustentar la decisión es la que entiende que los datos médicos personales constituyen información sensible de la que sólo son titulares las personas y no los prestadores de servicios médicos (hospitales). Por lo que al lograr el consenso, bajo ciertas reglas de la discusión, dicha moral se transformó en una moral justificada; esto es, objetivada.

Con base en el anterior ejercicio de evaluación, se puede afirmar, sin equivocarnos, que la sentencia, al menos bajo los parámetros de Atienza, es una decisión correcta y constitucional, ya que ha logrado acreditar todos y cada uno de los criterios de corrección expuestos por dicho autor; así, se asume que es indispensable y deseable contar con un modelo de calificación-fiscalización de las decisiones, a fin de generar la adhesión de las partes y la sociedad a las determinaciones emitidas por los jueces constitucionales.

3. *Estudio crítico*

Pese a las bondades de los criterios de calificación del modelo de Atienza, cabría realizar un análisis de los mismos en el ámbito del orden jurídico mexicano, a fin de evaluar las fortalezas y debilidades de los criterios de corrección descritos por dicho autor; ello, con el único ánimo de contribuir al desarrollo y diálogo en torno a la teoría de la argumentación jurídica.

Sobre el criterio de universalidad, se señala que el mismo es muy básico, por lo que no representa un elemento relevante para calificar la argumentación; así, todo jurista entiende que en la emisión de todo acto de autoridad se debe materializar, en la medida de lo posible, el criterio de justicia formal; de esta manera, se necesitan crear otros parámetros más sofisticados y compatibles con las demandas actuales de la toma de decisiones judiciales; además, se sabe que es posible abandonar el criterio de universalidad (justicia formal) si las condiciones así lo demandan, para lo cual se debe argumentar el abandono del criterio.

Respeto al criterio de coherencia, cabría retomar la críticas efectuadas al mismo cuando se analizó el modelo de MacCormick, por lo que se reiteran las objeciones sobre la dificultad de identificar y elegir los valores que fungirán como parámetro rector de la decisión. Todavía más: se añade a la crítica el problema que comporta incluir como elementos de medición a las teorías científicas, pues en el ámbito de las ciencias sociales y, del derecho en particular, existe una diversidad de postulados científicos que en muchos casos se contraponen; de esta forma, se considera que no es un criterio adecuado para calificar la corrección de la argumentación, ya que podría ser arbitrario el esquema de elección, en todo caso, si se opta por su utilización se tendrían que definir previamente reglas para elegir los postulados teóricos que servirán como respaldo de las sentencias, a fin de no caer en argumentos de autoridad.

Sobre el criterio de adecuación de consecuencias, se reitera que el mismo es de compleja aplicación en el ámbito mexicano, derivado del exceso de trabajo de la mayoría de los tribunales del país, por lo que se debe comenzar por resolver el problema de saturación judicial antes de intentar aplicar este parámetro de evaluación. Así, se advierte que en la conciencia de los jueces está presente el ánimo de aplicarlo, pero, desafortunadamente, se desvanece al momento de iniciar sus actividades con la lista de asuntos en trámite en su juzgado o tribunal.

En torno al criterio de moral social, se afirma que éste, más allá de lograr la legitimidad de los jueces en la sociedad mexicana, puede propiciar arbitrariedad judicial y malestar social. Este parámetro desconoce que existe una pluralidad de morales positivas en México, que se sustentan en la diversidad de formas de ver y comprender el entorno humano, que la misma Constitución reconoce; así, las preguntas que surgirían para los defensores de este elemento de evaluación son: ¿qué moral social va a aplicar el juez?, ¿con base en qué criterios va a elegir entre la diversidad de moralidades? Si la decisión se va a tomar como la mayoría desea que se tome, ¿qué hacemos si la mayoría aprueba la vulneración de la dignidad humana?

Se piensa que este criterio debe abandonarse, ya que genera más problemas que beneficios; así, se observa que si bien es importante que el juez se comprometa con la sociedad, ello no implica el abandono de los criterios técnicos que debe mostrar en la toma de decisiones, ya que la legitimación judicial se logra con el quehacer diario, con la argumentación correcta, no mediante la emisión de sentencias que muestren los deseos de alguna parte de la sociedad, a saber: una moral positiva. Por ejemplo, un rubro importante de la sociedad mexicana piensa que a los secuestradores se les deberían aplicar las máximas sanciones, si fuera posible hasta la pena de muerte, en el mejor de los casos, la tortura y tratos inhumanos; pero ello no es compatible con criterios científicos y técnicos, que han mostrado que una sanción severa no necesariamente inhibe ni resuelve el problema de la comisión de delitos; además, sería inconstitucional e inconveniente dejarse llevar por el sentir de la sociedad, ya que cualquier persona, incluso el condenado por los peores delitos, es ante todo persona y tiene dignidad y derechos humanos, que se deben respetar, lo que no se corresponde con la moral positiva de cierta parte de la sociedad mexicana, que desearía suspenderles su dignidad; ahí el gran problema de este criterio de evaluación.

Finalmente, sobre el criterio de moral justificada, se observa que éste puede ser poco operativo en los juzgados de distrito que se integran por un solo juez, pues además del diálogo que debe tener el juez con las partes en

conflicto ¿con quién más va a discutir y consensuar en el interior del juzgado? Con mucho, se prefiere la utilización de este criterio que el de moral social, pues se asume que la razonabilidad y el consenso deben guiar la argumentación jurídica.

Hasta aquí con lo señalado en torno a los parámetros de evaluación que utilizan las teorías de la argumentación jurídica de Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van Eemeren, Rob Grootendorst y Manuel Atienza. Como pudimos observar a lo largo de todo este capítulo, cada una de las cuatro teorías estudiadas integran diversos criterios de corrección para la argumentación, algunos de los cuales son compatibles o se repiten entre las propias teorías (por ejemplo, los defendidos por Neil MacCormick y Manuel Atienza); de esta forma, hemos logrado caracterizar el estatus actual sobre los criterios de evaluación en el ámbito exterior y el grado de importancia que los autores le otorgan a los mismos, así como identificar la existencia de un abanico de opciones para la calificación de la argumentación jurídica.

En este sentido, la encomienda perseguida en esta parte de la investigación ha tenido éxito, pues comprendemos ahora cómo operan los parámetros de corrección existentes principalmente en el contexto europeo; sin embargo, queda pendiente responder a las interrogantes planteadas en el capítulo anterior, en concreto si los criterios de evaluación encontrados en las teorías de la argumentación jurídica pueden ser aplicados directamente al contexto mexicano o si es posible generar una teoría de la argumentación que utilice criterios de corrección del exterior.

Como respuesta inicial a la primera pregunta, se señala que la aplicación de cualquier criterio de evaluación o de alguna teoría de la argumentación jurídica requiere de una justificación previa y detallada sobre su utilización, pues en un Estado constitucional de derecho lo que se exige a todos los órganos que integran el mismo (incluido los jueces) es argumentar la elección de una acción en uno u otro sentido (como la aplicación de los criterios de evaluación de determinado postulado teórico); en la práctica se observa que no se ha justificado por parte de los juzgadores mexicanos tal elección, pues en la mayoría de los casos, ellos aplican directamente teorías de la argumentación de cierto autor extranjero, sin presentar las razones que justifiquen que fue la mejor opción entre el abanico de alternativas existentes; he aquí el gran problema de la toma de decisiones en el contexto nacional.

Sobre la segunda interrogante, de forma preliminar, se señala que sí es posible generar una teoría de la argumentación jurídica nacional tomando como referencia los criterios de evaluación existentes en el exterior; lo anterior, con base en un esquema ecléctico, a saber: un modelo de complemen-

riedad entre todos los parámetros de corrección existentes; pero, se insiste, para ello se debe justificar previamente la adecuación y compatibilidad de dichos criterios con las necesidades y demandas nacionales, lo cual no se ha efectuado en la práctica judicial ni en las investigaciones jurídicas nacionales; así, para nosotros, otro camino a seguir es la creación de nuevos criterios para la evaluación de la argumentación jurídica aplicables al ámbito mexicano (sobre esto regresaremos en otro lugar de la investigación, cuando presentemos algunas propuestas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica con derechos humanos).

Con todo, a fin de contar con una radiografía completa del tema y siguiendo los objetivos generales de la presente investigación, en los capítulos siguientes se presentará un estudio de casos prácticos sobre la justicia constitucional e internacional, lo cual resultará útil en dos sentidos; por un lado, para identificar las tendencias actuales en materia de evaluación de la justificación judicial y, por el otro, para asumir una postura final de cara a la corrección de la argumentación jurídica en el ámbito nacional.

CAPÍTULO TERCERO

LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS

I. JUSTICIA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS

La justicia constitucional juega un papel fundamental en la protección efectiva de los derechos humanos, ya que es a través de las cortes nacionales como se logra de manera directa la corrección de las vulneraciones ilegítimas a los derechos de todas las personas. Así, se debe asumir que son los tribunales constitucionales los que tienen que atender, en primer lugar, las violaciones a los derechos humanos, y sólo ante posibles deficiencias en su actuación se pueden activar los mecanismos de protección internacional, y no al revés; de ahí que al sistema universal y a los sistemas regionales de protección de derechos humanos se les identifique como esquemas subsidiarios de defensa de los mismos.¹³³

De esta manera, para que las personas puedan acudir a las instancias internacionales a defender sus derechos humanos se les exige invariablemente el agotamiento previo de todos los recursos internos, lo cual obedece a la postura de que las quejas de las personas deben desahogarse exclusivamente en el contexto del derecho doméstico.¹³⁴

Ahora bien, es adecuado hablar de derechos humanos y justicia constitucional como elementos comunes, derivado de las cláusulas de incorpora-

¹³³ Existen cuatro sistemas de protección de derechos humanos en el seno internacional; por un lado, el sistema universal, que se configura en el marco del aparato de las Naciones Unidas; por el otro, sistemas regionales que se insertan en el ámbito del Consejo de Europa, la Organización de Estados Americanos y la Organización para la Unidad Africana. Tales andamiajes se caracterizan, entre otras cosas, por ser sistemas de protección de la persona frente al Estado y por comportar una naturaleza subsidiaria. Cfr. Pastor Rídruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahíta, 2014, p. 18.

¹³⁴ Heftye Etienne, Fernando, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2017, p. 102.

ción del derecho internacional de los derechos humanos, que muchas Constituciones de la región adoptan; por ejemplo, la de México, Colombia y España,¹³⁵ así como del efecto que tiene la jurisprudencia internacional en el derecho nacional.¹³⁶ Ello ha generado una nueva forma de ver y percibir tanto el derecho constitucional como el derecho internacional público, los cuales se complementan de forma intensa en el escenario jurídico actual. De tal suerte que se puede hablar de un solo orden universal, al menos, en el contexto de la vigencia y protección de los derechos humanos, un orden que ha sido identificado con la vertiente de pluralismo constitucional, el cual representaría una superación de las teorías monistas (Kelsen) y dualistas (Triepel), que tratan de explicar las relaciones entre el derecho interno y el derecho internacional.¹³⁷

¹³⁵ En concreto, el artículo 1o. de la Constitución establece una cláusula de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos, al señalar que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Por su parte, el artículo 93 de la Constitución de Colombia establece que los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos, prevalecen en el orden interno. En sentido similar, el artículo 10.2 de la Constitución española precisa que las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España.

¹³⁶ Por ejemplo, en nuestro país, la contradicción de tesis 293/2011 establece con precisión el alcance que debe tener la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En la sentencia que resuelve dicha contradicción se señala que los criterios jurisprudenciales de tal Corte, 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. En particular, se determina que en cumplimiento del artículo 1o. constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: *a)* 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; *b)* en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional, y *c)* de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos. *Cf.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, Sentencia del 3 de septiembre de 2013, p. 61, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017.

¹³⁷ Sobre la teoría del pluralismo constitucional y sus postulados véase Acosta Alvarado, Paola Andrea, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 14, núm.1, julio 2016, pp. 15-60, disponible en <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=82046567002>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017. En el contexto nacional también se ha estudiado el pluralismo constitucional

Bajo este sendero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha identificado las relaciones entre los órdenes nacional e internacional en el contexto de los derechos humanos, bajo la idea de parámetro de control de regularidad constitucional;¹³⁸ aunque cabe resaltar que en el ámbito académico se han distinguido las expresiones “parámetro” y “bloque de constitucionalidad”; por ejemplo, se señala que el primero se refiere a contenidos procesales, a diferencia del segundo, que abarca contenidos sustanciales.¹³⁹

Con todo, de las conexiones de complementariedad entre los órdenes nacionales e internacionales es posible afirmar que hoy en día se avanza hacia la internacionalización del derecho constitucional y, de la misma forma, hacia la constitucionalización del derecho internacional.¹⁴⁰ Todo lo cual nos presenta una realidad indiscutible; esto es, que la existencia aislada de los órdenes jurídicos es imposible, pues resulta fundamental su articulación, armonización y complementariedad a fin de materializar su efectividad.¹⁴¹

Con base en lo descrito, se puede comprender la conexión entre la justicia constitucional y los derechos humanos, reconocidos en las propias cartas constitucionales (se destaca que las constituciones de México y de Guatemala incorporan expresamente un título o capítulo sobre los derechos humanos, y no de derechos fundamentales o derechos, como la mayoría de las Constituciones lo hace) y en los tratados internacionales, que conforman un solo canon de protección y garantías que debe ser estudiado en el ámbito de la argumentación jurídica desplegada por los jueces constitucionales, con objeto de evaluar el alcance práctico y real de los derechos humanos, a saber: su eficacia concreta.¹⁴²

en Romero Martínez, Juan Manuel, “La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana”, *Métodos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, México, núm. 12, enero-junio de 2017, disponible en <http://revistametodos.cdhd.org.mx/index.php/la-proteccion-multinivel-de-los-derechos-humanostendencias-y-desafios-para-la-region-interamericana>, fecha de consulta: 10 de septiembre de 2017.

¹³⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, pp. 60 y 61.

¹³⁹ Astudillo, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Carbonell, Miguel *et al.*, (coord.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, t. IV, vol. 1, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 117-168 (p. 122).

¹⁴⁰ Gómez, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, Porrúa, 2014, p. 353.

¹⁴¹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015, p. 303.

¹⁴² Por ello, algunos críticos identifican a los derechos humanos como esencialmente estatistas (en el modo de Estado-Nación). *Cfr.* Sanín Restrepo, Ricardo, *Teoría crítica constitu-*

De esta manera, en esta parte de la investigación se van a identificar los modelos de corrección de la argumentación que están asumiendo los jueces constitucionales para calificar sus sentencias que resuelven colisiones entre derechos humanos. Lo anterior nos va a permitir tres cosas; por un lado, obtener una muestra de la situación práctica sobre la toma de decisiones judiciales en torno a los derechos humanos; por otro, conjuntar parámetros y esquemas de evaluación de la argumentación que pueden ser útiles en el ámbito de la justicia constitucional mexicana, y por último, evaluar el compromiso e interés de los jueces constitucionales con la fiscalización objetiva de sus sentencias.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LOS CASOS PRÁCTICOS

Antes de comenzar con el desarrollo y análisis de los diversos casos judiciales en el contexto de la justicia constitucional, es necesario justificar la elección de los mismos; en este sentido, en el presente apartado se describirán, con cierto énfasis, los parámetros utilizados para la elección, ya que no somos partidarios de la arbitrariedad en la ciencia jurídica ni en la práctica judicial. El desarrollo del presente modelo de justificación nos ayudará a eliminar tal arbitrariedad científica y a disminuir la subjetividad en la ciencia, aunque, desde luego, no se pretende suprimir la misma por completo, pues como se sabe, los juicios de valor intervienen, inevitablemente, al inicio de toda investigación, cuando, por ejemplo, se elige el tema, así como al final de la investigación, cuando se obtienen los resultados y se plantean los problemas de su posible utilización práctica y teórica.¹⁴³

Con todo, el escenario justificativo va a contribuir a dotar de cierta objetividad a nuestra investigación, así como a brindarle un respaldo metodológico-científico, pero no desde la simple lógica o método inductivo, como pudiera erróneamente pensarse, sino más bien desde el método de falsación

cional. Rescatando la democracia del liberalismo, Quito, Corte Constitucional para el Período de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (Crítica y Derecho, núm. 3), 2011, p. 123. Con mucho, no percibimos un problema, sino una oportunidad para que los Estados se comprometan con los mismos; paradójicamente, se resalta que dentro del propio Estado se han diseñado herramientas para su defensa jurídica; por ejemplo, el juicio de amparo o los mecanismos cuasijurisdiccionales, como la queja ante los organismos de protección de derechos humanos.

¹⁴³ Treves, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Taurus, 1978, p.152.

y contrastación propuesto por Popper. En efecto, al igual que dicho autor, consideramos que es muy complejo derivar enunciados universales partiendo de enunciados singulares (por elevado que sea el número de casos concretos utilizados); así, asumimos que toda conclusión que se obtenga bajo estos parámetros corre el riesgo de resultar algún día falsa, pues, como dice Popper, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que se hayan observado con la investigación, no justifica determinar que todos los cisnes sean necesariamente blancos.¹⁴⁴

Aplicando los postulados de Popper a los casos judiciales que analizaremos en esta investigación, se podría afirmar, con justa razón, que de los mismos no se puede obtener un enunciado general sobre la forma de evaluar los argumentos jurídicos (con lo cual estamos de acuerdo), pero, siguiendo el método de falsación, sí podremos extraer conclusiones de los criterios de evaluación encontrados en la justicia constitucional, por medio de una deducción lógica; esas conclusiones las vamos a comparar entre sí y con otros enunciados científicos disponibles, con objeto de encontrar relaciones lógicas entre ellas (equivalencia, compatibilidad y armonización). Si dicho ejercicio nos presenta un resultado positivo, es decir, si las conclusiones singulares son aceptables, compatibles y equivalentes, esto es, verificadas, los criterios de evaluación y, consecuentemente, la hipótesis general planteada en la introducción de esta investigación, han pasado con éxito el examen de contrastación de Popper, por lo que se podrá asumir que no existen razones, hasta ese momento, para desechar dicha hipótesis.¹⁴⁵ Veremos pues la aplicación del método de Popper al concluir con el estudio de todos los casos prácticos que se plantearán en la presente investigación.

Por todo ello, al justificar la utilización de algunos casos judiciales (enunciados particulares) no estamos asumiendo que los mismos constituyen una base para afirmar una teoría científica de corrección de la argumentación jurídica (enunciado general), sino solamente que los mismos han sido elegidos de forma objetiva (o con cierta objetividad); asimismo, que los casos a estudiar constituyen una herramienta útil en nuestra investigación, ya que de los resultados que arroje dicho análisis práctico se podrán formular posturas propias (conclusiones) en torno a la evaluación de la argumentación jurídica nacional; de esta forma, se afirma que si las conclusiones logran acreditar el método de falsación de Popper, serán comprobadas y validadas; en caso contrario, no todo estará perdido, pues tendremos una línea de investigación

¹⁴⁴ Popper, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1977, p. 27.

¹⁴⁵ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

agotada, que servirá para que futuros estudios se dirijan a otras vertientes no exploradas, lo cual en el terreno de la ciencia es de utilidad práctica.

Bajo este sendero, se precisa que en la presente investigación se analizarán tres casos prácticos de la justicia constitucional de México, Colombia y España. Las razones y parámetros que sirvieron para elegir dichos países fueron los siguientes:

- a) Se trata de tres Estados que pertenecen a la familia jurídica del *civil law*, por lo que comparten principios, estructuras, lenguaje y postulados similares en torno a la caracterización del fenómeno jurídico, lo cual contribuye a que se puedan realizar comparaciones pertinentes entre ambos países, en particular, en la actividad desplegada en el ámbito de la justicia constitucional.
- b) Son países en los cuales ha existido un considerable desarrollo de la justicia constitucional, derivado de los criterios que han emitido sus cortes constitucionales y de la interpretación que han formulado sobre los derechos humanos (como lo veremos en los casos a analizar); en concreto, se destacan los casos de Colombia y España, que son referentes en investigaciones nacionales y en la justicia constitucional mexicana.¹⁴⁶ Sobre esto, cabe destacar que la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación ha utilizado en sus sentencias trabajos de autores españoles; por ejemplo, en la sentencia que resolvió la contradicción de tesis 293/2011, cita una obra del español Francisco Javier Díaz Revorio, a fin de distinguir lo qué es una disposición y una norma en el seno de la dogmática constitucional;¹⁴⁷ por otra

¹⁴⁶ Por ejemplo, en el ámbito académico son recurrentes los libros nacionales que citan sentencias de los tribunales constitucionales de Colombia y España, así como ideas de autores españoles, argentinos y colombianos. Véase Lara Chagoyán, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, México, Porrúa, 2012. En dicha obra se citan a los siguientes autores españoles, argentinos y colombianos: Manuel Atienza, Josep Aguiló, Marina Gascón Abellán, Carlos Santiago Nino, Carlos Bernal Pulido, entre otros. En sentido similar, en la obra de Daniel Vázquez se citan y utilizan diversos trabajos del colombiano Carlos Bernal Pulido, así como varias sentencias de la Corte Constitucional colombiana y del Tribunal Constitucional español. Cfr. Vázquez, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016. Por otro lado, en el libro de José Miguel Cabrales se citan y utilizan diversas sentencias de la Corte Constitucional colombiana y del Tribunal Constitucional español. Véase Cabrales Lucio, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015.

¹⁴⁷ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, p. 53.

parte, en la sentencia del amparo en revisión 237/2014, se hace alusión a trabajos del colombiano Carlos Bernal Pulido.¹⁴⁸

- c) Se trata de países que en sus cartas fundamentales establecen cláusulas de incorporación de tratados sobre derechos humanos,¹⁴⁹ lo que convierte a dichos derechos en parte del orden constitucional; así, se tiene que las cartas fundamentales de México, Colombia y España materializan, en sus respectivos ámbitos espaciales, un verdadero bloque de constitucionalidad, a saber: una Constitución de derechos humanos.¹⁵⁰
- d) Son países que han atravesado escenarios complejos en materia de afectaciones y vulneraciones a los derechos humanos; por ejemplo, España, con la dictadura de Franco; por su parte, México y Colombia, con los movimientos de independencia y con los conflictos internos que han vivido como países independientes.
- e) Son Estados que actualmente se pueden identificar como democráticos de derecho,¹⁵¹ por lo que sus agendas de gobierno incor-

¹⁴⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014, quejosos y recurrentes: Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo, y Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C., sentencia del 4 de noviembre de 2015, p. 36, disponible en <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=164118>, fecha de consulta: 12 de septiembre de 2017.

¹⁴⁹ Como se ha señalado en otro lugar de la presente investigación, la Constitución de México reconoce la cláusula de incorporación del derecho internacional de los derechos humanos en el artículo 1o. La Constitución de Colombia lo hace en su artículo 93, y la de España, en el artículo 10.2.

¹⁵⁰ Ello, con independencia de que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha preferido utilizar la expresión “parámetro de control de la regularidad constitucional”. Cfr. Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, p. 60. Con todo, para fines académicos, se debe reconocer la existencia de un bloque de constitucionalidad en México, que siguiendo a Arturo Guerrero puede resumirse mediante la siguiente pregunta: ¿existen enunciados normativos de apertura dentro de la Constitución que incorporen otros distintos a los contenidos formalmente en su texto? Cfr. Guerrero Zazueta, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 44. Para nosotros, la respuesta sería afirmativa; esto es, el bloque de constitucionalidad implica una apertura de su contenido a otros instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

¹⁵¹ Cabe indicar que entre los postulados del constitucionalismo democrático y social se tiene el que los textos constitucionales pasan a ser comprendidos como auténticas normas jurídicas, por lo que surten plenamente sus efectos. Cfr. Ruipérez, Javier, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 129.

poran como una prioridad nacional la protección y defensa de los derechos humanos; así, las preocupaciones de México, Colombia y España son similares o, mejor, convergentes.

Ahora bien, por lo que respecta a la justificación de la elección de los casos prácticos a estudiar, se señalan como razones las siguientes:

- Se trata de casos judiciales que fijan criterios sobre temas de debate contemporáneo, como son el uso recreativo de la marihuana o el derecho a la muerte digna (eutanasia), que se consideran de relevancia para nuestras sociedades.
- Son casos prácticos que involucran tensiones entre nuevas dimensiones de los derechos humanos,¹⁵² que aún no han sido estudiadas con amplitud ni se cuenta con investigaciones avanzadas en los temas que presentan los casos judiciales a desarrollar, por lo que la presente investigación busca crear líneas de abordaje de dichas dimensiones.
- Se trata de casos judiciales en los cuales se presenta una argumentación e interpretación de naturaleza extensiva, que resulta útil y necesaria para lograr una mejor protección de la dignidad de las personas.
- Son casos judiciales que se perciben como innovadores, ya que tratan tópicos sobre los que muchas otras cortes constitucionales no han querido asumir una postura concreta, por el temor a ser ampliamente criticadas o por la posible polarización del tema.
- Se trata de casos prácticos que pueden ser utilizados en la enseñanza del derecho; en concreto, de la argumentación jurídica, en virtud de que en alguna forma desarrollan herramientas útiles para la toma de decisiones, que los estudiantes de las facultades de derecho deben conocer, interpretar y criticar.
- Son casos judiciales que materializan, en la mayor medida de lo posible, una argumentación de carácter maximalista, que cubre no sólo el discurso jurídico, sino también otro tipo de discursos conectados con aquél y de relevancia para el sentido de la decisión.

¹⁵² Cuando hablamos de dimensiones de los derechos humanos partimos de una premisa central, a saber: que todos los derechos son dimensiones del derecho humano a una vida digna; así, no puede afirmarse que una persona viva con dignidad si no puede acceder a otros derechos consustanciales, como la salud, la educación, el trabajo, la igualdad, la libertad de expresión, la protección de datos personales, entre muchos otros más.

Pues bien, con base en lo descrito en este apartado, se tiene que los casos judiciales a analizar se eligieron con cierta objetividad (ya que, como se indicó, la subjetividad siempre está presente en todo estudio científico); esto es, bajo parámetros concretos y definidos, por lo que podemos señalar que la investigación cubre los requisitos metodológicos exigidos sobre la elección de muestras empíricas. Con todo, se advierte que la muestra de casos prácticos es muy limitada (como lo es, en cierta forma, toda muestra), por lo que se reitera que no se busca generar una teoría científica de alcance universal sobre la evaluación de la argumentación jurídica,¹⁵³ sino más bien contribuir con el desarrollo de la misma, mediante aportaciones concretas que puedan ser utilizadas por los operadores jurídicos en la toma de decisiones judiciales, las cuales, desde luego, se someterán a su comprobación mediante métodos concretos, a saber: el de falsación.

III. ANÁLISIS DEL CASO “USO RECREATIVO DE MARIHUANA” (AMPARO EN REVISIÓN 237/2014) ANTE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN DE MÉXICO

1. Descripción del caso

Los antecedentes del asunto se resumen en los siguientes puntos:

- 1) En mayo de 2013, Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz, Juan Francisco Torres Landa Ruffo y la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A. C., solicitaron a la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios (Cofepris), la emisión de una autorización que les permitiera a ellos y a los asociados de la referida persona moral el consumo personal y periódico con fines recreativos de marihuana; asimismo, una autorización para ejercer los derechos subyacentes al autoconsumo de marihuana, a saber: sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer, transportar, usar y cualquier otro acto relacionado con su consumo lúdico.¹⁵⁴
- 2) En junio de 2013, la Cofepris indicó a los solicitantes que no era posible emitir la autorización requerida, ya que conforme a la Ley Ge-

¹⁵³ Dicho ejercicio sería inadecuado e ingenuo, ya que sólo se cuenta con tres casos judiciales en la muestra empírica. Nuestra pretensión científica es menos ambiciosa, aunque no por ello pierde su utilidad en el contexto nacional actual.

¹⁵⁴ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 2.

neral de Salud existía una prohibición en todo el territorio nacional para la realización de cualquier acto relacionado con la marihuana.¹⁵⁵

- 3) En julio de 2013, Josefina Ricaño Bandala, Armando Santacruz González, José Pablo Girault Ruíz y Juan Francisco Torres Landa Ruffo, así como la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A. C., promovieron un juicio de amparo indirecto en contra de la respuesta emitida a su petición, alegando la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley General de Salud, como consecuencia de la vulneración de sus derechos humanos de identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, libertad individual y disposición de la salud.¹⁵⁶
- 4) Conoció del juicio de amparo el Juzgado Décimo Primero de Distrito en Materia Administrativa de la Ciudad de México, el cual, en agosto de 2013, emitió una sentencia definitiva negando el amparo a los quejosos, para lo cual realizó un test de proporcionalidad sobre los artículos impugnados, llegando a las siguientes reflexiones: *a)* los artículos reclamados actualizan una restricción constitucionalmente válida referida a evitar la afectación de derechos de terceros, a través de un objetivo contenido en la Constitución, esto es, el derecho a la salud; *b)* la medida legislativa impugnada es instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objetivo de proteger la salud, y *c)* la medida impugnada es proporcional, pues no se trata de prohibiciones de consumo de marihuana, sino más bien de establecer condiciones para su ejercicio, lo que implica un impacto reducido en los derechos de los quejosos.¹⁵⁷
- 5) En diciembre de 2013, los quejosos interpusieron en recurso de revisión en contra de la sentencia que les negaba el amparo, para lo cual señalaron como agravios la indebida fundamentación y motivación del juez de distrito respecto a la restricción de los derechos humanos a la identidad personal, propia imagen, libre desarrollo de la personalidad, autodeterminación, libertad individual y a la disposición de la salud. En particular, los recurrentes aludieron que el juez de distrito hizo caso omiso a la mayoría de los argumentos vertidos para sostener la inconstitucionalidad de las disposiciones impugnadas, así como que efectuó un deficiente análisis de las pruebas aportadas.¹⁵⁸

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp. 2 y 3.

¹⁵⁶ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 3.

¹⁵⁷ *Ibidem*, pp. 6, 8 y 9.

¹⁵⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, pp. 9, 10 y 12.

- 6) En enero de 2014, la Secretaría de Salud interpuso en recurso de revisión adhesiva, en representación del presidente de la República y de la misma Secretaría de Salud, en el que señaló que las restricciones al consumo de marihuana se encuentran debidamente justificadas, ya que se trata de medidas que: *a)* son admisibles, en virtud de que se encuentran dirigidas a proteger el derecho a la salud; *b)* son necesarias, toda vez que está probado científicamente que los efectos del consumo de la marihuana son dañinos para la salud de las personas, y *c)* son proporcionales, pues el grado de la limitación se corresponde con los beneficios que se obtienen al proteger la salud.¹⁵⁹
- 7) En enero de 2014, el Quinto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito admitió a trámite el recurso de revisión; asimismo, en marzo de 2014 resolvió que no tenía competencia para conocer del amparo en revisión, toda vez que subsistía un problema de constitucionalidad en el asunto en cuestión, para lo cual remitió el caso a la Suprema Corte de Justicia de la Nación a fin de que éste ejerciera su competencia originaria.¹⁶⁰
- 8) Mediante auto del 9 de abril de 2014, la Suprema Corte de Justicia de la Nación asumió su competencia originaria para conocer del amparo en revisión, que fue turnado al ministro Arturo Zaldívar Lelo de Larrea para su análisis y elaboración del proyecto de resolución respectivo.¹⁶¹

Una vez precisados con detalle los antecedentes del caso, que como se puede apreciar era complejo, cabe identificar cuáles fueron en concreto los derechos humanos que se encontraban en tensión y sobre los que nuestro máximo tribunal tenía que argumentar.

2. *Derechos humanos en colisión*

En virtud de que los quejosos plantearon desde el inicio del caso la inconstitucionalidad de diversos artículos de la Ley General de Salud, se observa que los principios en tensión tienen que ver, por un lado, con los fines constitucionales que persigue tal ley y, por el otro, con los derechos humanos que se estarían afectando a través de sus determinaciones.

¹⁵⁹ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

¹⁶⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, pp. 15 y 16.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 16.

De esta manera, del estudio general del amparo en revisión se desprende con facilidad que los derechos humanos y principios constitucionales¹⁶² en colisión son los siguientes: por lo que hace a los fines valiosos que persigue la Ley General de Salud (de la cual fueron objeto de impugnación varios de sus artículos), el derecho humano a la protección de la salud, reconocido en el artículo 4o. de la Constitución de la República, así como el principio constitucional de protección al orden público, reconocido en los artículos 6o., primer párrafo, 94; noveno párrafo; 115, fracción VII, y 130, segundo párrafo, de la Constitución de nuestro país.¹⁶³ Para este último caso, la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que si bien es complicado definir en qué consiste el orden público, asumió que se trata de un concepto que hace referencia al bienestar de la sociedad en general, por lo que resulta de orden público alcanzar objetivos sociales colectivos a través de decisiones legislativas o de políticas públicas.¹⁶⁴

Los anteriores principios estarían en colisión con el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad de los quejosos (excluyendo a la Sociedad Mexicana de Autoconsumo Responsable y Tolerante, A.C.), el cual, si bien no está reconocido expresamente en la Constitución de la República, se deriva (según criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación) del derecho a la dignidad, previsto en el artículo 1o. constitucional y de forma indirecta en los tratados internacionales de derechos humanos suscritos por nuestro país.¹⁶⁵

¹⁶² En teoría constitucional se puede distinguir entre principios de la Constitución, principios constitucionales y derechos humanos en estricto sentido; los primeros se identifican con la supremacía, fundamentabilidad, permanencia, inviolabilidad, y reformabilidad de la Constitución. *Cfr.* Uribe Arzate, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2006, p. 71. Entre los principios constitucionales se tienen al sistema federal, división de poderes, autorregulación de los partidos políticos, control estatal de los programas de educación básica y separación de la Iglesia y el Estado. Véase Romero Martínez, Juan Manuel, “Estudios sobre la argumentación...”, *cit.*, p. 53.

¹⁶³ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 45.

¹⁶⁴ *Idem.* Es posible elevar la idea de orden público nacional a un orden público internacional, de componentes múltiples; el mismo se constituye como un límite de actuación de los sujetos de las relaciones internacionales, el orden público internacional va más allá del *ius cogens*; en concreto, constituye una especie de segundo piso normativo conformado por normas de derecho penal, derechos humanos, derecho humanitario y principios de derecho internacional. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, pp. 34 y 35.

¹⁶⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 30.

Detengámonos un poco para analizar este derecho humano. En la sentencia que resolvió el amparo directo 6/2008, el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación señaló que toda persona tiene derecho a elegir de manera libre y autónoma su proyecto de vida, la forma en que logrará las metas y objetivos que son importantes para ella. En dicha determinación se explicó que el derecho al libre desarrollo de la personalidad implica la consecución del proyecto de vida que tiene el ser humano, lo que supone el reconocimiento estatal de la facultad de toda persona para desarrollarse en su individualidad, sin coacción ni controles por parte de los demás; ello, a fin de cumplir las metas que se ha trazado; esto es, la persona humana es quien establece el sentido de su propia esencia, de acuerdo con sus valores, expectativas, deseos y gustos.¹⁶⁶

Ahora bien, se resalta que la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha mantenido en diversas determinaciones judiciales (amparo directo en revisión 917/2009, amparo directo en revisión 1819/2014 y contradicción de tesis 73/2014) la línea jurisprudencial de que el derecho al libre desarrollo de la personalidad cubre una gran variedad de acciones y decisiones ligadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual.¹⁶⁷

Por todo ello, es posible afirmar, como lo hizo el alto tribunal de nuestro país, que en el caso en análisis el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad permite *prima facie* que toda las personas mayores de edad decidan sin intercepciones de ninguna naturaleza qué tipo de actividades lúdicas quieren realizar (como podría ser el consumo de marihuana), así como llevar a cabo todas las acciones indispensables para poder concretar tal decisión, ya que la elección de cualquier actividad recreativa es una determinación que pertenece invariablemente a la esfera de autonomía personal.¹⁶⁸

3. Argumentación y sentencia

El esquema de argumentación utilizado por la Suprema Corte de Justicia de la Unión en la sentencia que se comenta se dividió en las siguientes cuatro partes:¹⁶⁹

¹⁶⁶ *Idem.*

¹⁶⁷ *Ibidem*, pp. 34, 35 y 36.

¹⁶⁸ *Ibidem*, p. 37.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 21.

- 1) Descripción del marco regulatorio de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas establecido en la Ley General de Salud.
- 2) Análisis de la intervención de la medida legislativa impugnada en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad.
- 3) Determinación de si la medida impugnada acredita los cuatro niveles del test de proporcionalidad de Alexy: a) constitucionalidad de los fines perseguidos por la medida, b) idoneidad, c) necesidad, y d) proporcionalidad en sentido estricto.
- 4) Exposición de las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos impugnados por los quejosos.

Con objeto de identificar en toda su complejidad la argumentación de dicho tribunal constitucional, a continuación expondremos cada uno de los elementos del esquema, aunque se precisa que sólo esbozaremos los puntos más sobresalientes de cada uno de los cuatro elementos utilizados. Comencemos pues con el estudio de la argumentación jurídica desplegada por el alto tribunal de nuestro país.

A. Descripción del marco regulatorio de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas previsto en la Ley General de Salud

En la sentencia se establece un análisis amplio respecto de la regulación de los estupefacientes y sustancias psicotrópicas, para lo cual se destaca que todo acto relacionado con los mismos requiere de autorización de la Secretaría de Salud, la que sólo puede emitirla con fines médicos o científicos. Asimismo, se destaca que existe una prohibición expresa para otorgar dicha autorización respecto de determinados estupefacientes y psicotrópicos, entre los que se encuentra la marihuana, sustancia materia del recurso de revisión.¹⁷⁰

¹⁷⁰ *Ibidem*, pp. 22 y 24. Se destaca que cuando se emitió la sentencia que se comenta, la regulación sobre el uso de la marihuana para fines medicinales era distinta, ya que se establecía en el artículo 237 de la Ley General de Salud una prohibición para todo acto de uso y consumo respecto de la marihuana y otras sustancias y vegetales. Sin embargo, como consecuencia de la reforma a la Ley General de Salud, publicada en el *Diario Oficial de la Federación* el 19 de junio de 2017, el artículo 237 ya no enuncia a la marihuana, por lo que actualmente se permite su uso medicinal y científico mediante autorización de la Secretaría de Salud. Véanse artículos 234, 235 y 237 de la Ley General de Salud, disponible en http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/142_220617.pdf, fecha de consulta: 17 de septiembre de 2017.

Por otro lado, se esboza que, solamente para fines de investigación científica, la Ley General de Salud contiene un supuesto extraordinario para permitir la adquisición de estupefacientes y psicotrópicos considerados un problema grave para la salud pública; para ello, el organismo o institución respectivos deben obtener una autorización de la Secretaría de Salud, mediante la presentación de un protocolo de investigación aprobado por dicha dependencia.¹⁷¹

Con base en lo descrito, la Suprema Corte de Justicia de la Nación entendió que las normas impugnadas por los quejosos constituyen un sistema de prohibiciones administrativas sobre los estupefacientes y psicotrópicos, las cuales conllevan una barrera jurídica para realizar diversas acciones que materialicen el autoconsumo de marihuana, como son la siembra, cultivo, cosecha, preparación, posesión, entre muchas otras más. Todavía más, se señala que las autorizaciones establecidas en la Ley General de Salud para la realización de actos relacionados con estupefacientes o sustancias psicotrópicas no incluyen la posibilidad de que la marihuana pueda ser utilizada con fines lúdicos.¹⁷²

Ahora bien, el máximo tribunal del país en su análisis de la regulación sobre estupefacientes o sustancias psicotrópicas no pasa por alto que el artículo 478 de la Ley General de Salud establece que el Ministerio Público no ejercerá acción penal en contra del delito de posesión de narcóticos para quien sea farmacodependiente o consumidor, siempre y cuando posea, por ejemplo, hasta cinco gramos de marihuana para consumo personal.¹⁷³

En este sentido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación interpreta que dicha disposición esboza una excluyente de responsabilidad, lo que implica que en los supuestos de consumo personal (conforme a las cantidades permitidas por el artículo 479 de la Ley General de Salud) no debe aplicarse la pena a quien haya cometido el delito de posesión de narcóticos; sin embargo, no se establece un derecho de consumo personal como lo solicitan los quejosos; así, para dicho tribunal constitucional, los artículos 478 y 479 de la Ley General de Salud se concretan a despenalizar el consumo de marihuana y otros narcóticos en una cantidad muy reducida, pero no permiten de ninguna forma la realización de otras actividades subyacentes al autoconsumo, como podría ser la siembra, cultivo, cosecha, preparación, transporte, entre otras más.¹⁷⁴

¹⁷¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 24.

¹⁷² *Ibidem*, pp. 24 y 25.

¹⁷³ *Ibidem*, p. 25.

¹⁷⁴ *Ibidem*, pp. 25 y 26.

Una vez precisado el alcance de las normas impugnadas por los quejosos, el alto tribunal de nuestro país se dio a la tarea de estudiar en esta sentencia, si el sistema de prohibiciones administrativas de la Ley General de Salud comporta o no las afectaciones que los quejosos hicieron valer en sus peticiones.¹⁷⁵ Veamos pues el análisis argumentativo desplegado sobre dicho tópico.

B. Análisis de la intervención de la medida legislativa impugnada en el contenido prima facie del derecho al libre desarrollo de la personalidad

Para empezar, se señala que la argumentación jurídica esbozada por la Suprema Corte es de naturaleza extensiva, ya que para determinar si la medida impugnada interviene en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad se presentan argumentos y consideraciones de diversa naturaleza, como son de corte moral, jurídico, doctrinarios y de precedentes nacionales e internacionales, lo que nos deja ver que todo proceso de toma de decisiones judiciales debe abrirse a otros discursos a fin de sustentar de mejor manera la decisión.¹⁷⁶

Los jueces constitucionales inician su argumentación aludiendo que el examen de constitucionalidad de una medida legislativa debe realizarse a través de dos etapas; en la primera, se debe determinar si la norma impugnada incide en el alcance o contenido *prima facie* del derecho en cuestión.¹⁷⁷ Para ello, se deben precisar cuáles son las conductas cubiertas inicialmente por el derecho humano en cuestión.¹⁷⁸ En la segunda etapa, se tiene que determinar si la norma impugnada que efectivamente interviene en el contenido *prima facie* del derecho humano es constitucional; esto es, si existe una

¹⁷⁵ *Ibidem*, p. 26.

¹⁷⁶ Por ejemplo, a lo largo de la sentencia, se citan los siguientes trabajos académicos: Barak, Aharon, *Proportionality. Constitutional Rights and their Limitations*, trad. de Doron Kalir, Nueva York, Cambridge University Press, 2012; Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007; Nino, Carlos, *Ética y Derechos Humanos. Un ensayo de fundamentación*, 2a. ed., Buenos Aires, Astrea, 1989; Garzón Valdés, Ernesto, “Algo más acerca del «coto vedado»”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, núm. 6, 1989 y Díez-Picazo, Luis María, *Sistema de Derechos Fundamentales*, 2a. ed., Cizur Menor, Thomson Civitas, 2005. *Cfr.* Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, pp. 27, 28 y 29.

¹⁷⁷ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Madrid, CEPC, 2007, p. 45 (*cit.* por Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 27).

¹⁷⁸ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 27.

justificación constitucional para que la medida legislativa limite la extensión de la protección que otorga inicialmente el derecho humano; para tal efecto, se debe aplicar el principio de proporcionalidad en sentido amplio.¹⁷⁹

En este sentido, para determinar si la medida legislativa limita el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación presenta un análisis general de la idea del derecho al libre desarrollo de la personalidad, para lo cual expone muchos criterios judiciales que ha emitido en torno a dicho derecho, así como de algunos generados por el tribunal constitucional alemán, con lo que concluye que la línea jurisprudencial del máximo tribunal del país reconoce que el derecho al libre desarrollo de la personalidad cubre una gran variedad de acciones conectadas directamente con el ejercicio de la autonomía individual.¹⁸⁰

Ahora bien, para identificar si el consumo recreativo de marihuana, que reclaman los quejosos, se encuentra protegido *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad, la Suprema Corte señaló que tal derecho permite *prima facie* que las personas mayores de edad elijan sin interferencia de ningún tipo las actividades recreativas que quieran realizar; así, la elección de alguna actividad es una decisión que pertenece invariablemente a la esfera de la autonomía personal. La elección puede incluir el consumo de sustancias que generen experiencias que afecten los pensamientos o las sensaciones de las personas; de esta forma, la decisión de fumar marihuana puede tener distintas experiencias mentales, las cuales se encuentran protegidas *prima facie* por el derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹⁸¹

Bajo este sendero, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que los artículos de la Ley General de Salud impugnados, efectivamente, inciden en el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad, ya que constituyen una limitación jurídica que impide a los quejosos ejercer el derecho a decidir las actividades recreativas que desean materializar, así como las acciones subyacentes a dicha elección, a saber: el autoconsumo de marihuana, su siembra, cultivo, cosecha, preparación, acondicionamiento, posesión, transporte, entre otras más.¹⁸²

Con todo, cabe indicar que la argumentación del máximo tribunal va más allá de la simple identificación de la incidencia al contenido *prima facie* del derecho en cuestión, al establecer que el mismo no es un derecho absoluto, pues puede ser limitado a fin de conseguir algún objetivo constitucio-

¹⁷⁹ *Ibidem*, pp. 27 y 28.

¹⁸⁰ *Ibidem*, pp. 28, 29, 31, 34, 35 y 36.

¹⁸¹ *Ibidem*, pp. 36, 37 y 38.

¹⁸² *Ibidem*, p. 38.

nalmente válido; sin embargo, para que sean constitucionales las intervenciones al libre desarrollo de la personalidad, las mismas deben superar un examen de proporcionalidad en sentido amplio; esto es, ser idóneas para proteger los derechos de terceros o el orden público; no deben afectar de forma innecesaria y desproporcionada el derecho al libre desarrollo de la personalidad.¹⁸³

De esta manera, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluye que el derecho al libre desarrollo de la personalidad adopta una doble naturaleza; antes de practicar el examen de proporcionalidad tiene un carácter *prima facie* y después de su realización adquiere un atributo *definitivo*, de modo que si la medida legislativa impugnada no acredita el test de proporcionalidad, el atributo definitivo del derecho será compatible con el carácter *prima facie*; por su parte, si la medida legislativa impugnada se encuentra justificada en el contexto del juicio de proporcionalidad, el contenido del derecho al libre desarrollo de la personalidad será más reducido que el *prima facie*.¹⁸⁴

Como se puede apreciar, la argumentación jurídica desplegada por el alto tribunal de nuestro país toma como referencia la idea de una contienda aparente o inicial del derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, que puede ser limitada por otros fines constitucionales valiosos, pues los derechos no son absolutos; con todo, se requiere evaluar a través de algún proceso racional la medida legislativa que limita el alcance *prima facie* del derecho, para lo cual la Suprema Corte de Justicia se decanta por aplicar el método de Alexy. Veamos pues el examen realizado a los artículos impugnados de la Ley General de Salud a la luz del principio de proporcionalidad de dicho autor.

C. Análisis de proporcionalidad en sentido amplio de la medida legislativa impugnada

Como lo hemos apuntado, el test de proporcionalidad exige que se establezca si la intervención legislativa impugnada (sistema de prohibiciones administrativas) busca una finalidad constitucionalmente válida, y en caso de que se supere esta etapa del examen, se debe pasar a otro nivel; esto es, identificar si la medida legislativa acredita un análisis de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.¹⁸⁵

¹⁸³ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

¹⁸⁴ *Ibidem*, p. 39.

¹⁸⁵ *Ibidem*, p. 40.

Para comenzar, se señala que la Suprema Corte presentó un análisis de la constitucionalidad de los fines que persigue la medida impugnada, para lo cual identificó que el legislador, al establecer las prohibiciones para la realización de actividades relacionadas con la marihuana, buscó atender los efectos nocivos que la misma genera a la salud y al orden público.¹⁸⁶

Después de un análisis detallado de los propósitos que persigue la Ley General de Salud, de su interpretación sistemática y de sus reformas, la Suprema Corte concluyó que la finalidad del esquema jurídico para el control de estupefacientes y sustancias psicotrópicas es la protección de la salud y el orden público; así, la intención concreta del legislador fue procurar la salud de los consumidores de drogas y proteger a la colectividad de las consecuencias nocivas derivadas del consumo de las mismas. Derivado de lo cual, el tribunal constitucional determinó que ambas finalidades eran constitucionalmente válidas, ya que la protección de la salud se encuentra reconocida en el artículo 4o. constitucional, y el principio de orden público, en los artículos 6o., párrafo primero; 16, párrafo primero; 94, párrafo octavo; 115, fracción VII; 122, base quinta, inciso F, y 130, párrafo segundo, de la Constitución de nuestro país.¹⁸⁷

Pese a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación reconoció que la prohibición del consumo de marihuana por la simple autodegradación moral que implica no persigue un propósito legítimo, pues la Constitución no establece un ideal de excelencia humana; más bien, permite que cada persona decida sobre su plan de vida en tanto no afecte a los demás. Todavía más, en la Ley General de Salud o en sus procesos de reforma no se desprende la voluntad del legislador de crear un determinado esquema de virtud personal, ya que la misma ley sólo busca proteger la salud y el orden público.¹⁸⁸

Por otro lado, sobre la idoneidad de la medida impugnada, el alto tribunal inicia su análisis indicando que la misma medida conlleva la existencia de una relación empírica entre la afectación al derecho y el fin que persigue tal afectación, siendo suficiente que la medida logre en algún modo y grado el propósito que busca el legislador. En el caso concreto, debe identificarse si el sistema de prohibiciones administrativas establecido por los artículos impugnados constituye una medida idónea para proteger la salud y el orden público.¹⁸⁹

¹⁸⁶ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

¹⁸⁷ *Ibidem*, pp. 42-45.

¹⁸⁸ *Ibidem*, p. 46.

¹⁸⁹ *Ibidem*, p. 47.

Para ello, los jueces constitucionales tuvieron que evaluar si el consumo de marihuana no causa daños a la salud o a la sociedad en su conjunto; de ser afirmativa la respuesta, la prohibición del consumo de marihuana no sería una medida idónea para proteger el derecho a la salud y el principio de orden público.¹⁹⁰

Para lograr tal cometido, la Suprema Corte de Justicia de la Nación presentó un análisis detallado sobre los efectos del consumo recreativo de marihuana bajo los siguientes parámetros: *a)* afectaciones a la salud, *b)* generación de dependencia, *c)* propensión a utilizar drogas más duras e *d)* inducción a la comisión de otros delitos, con lo cual consideró que para superar el criterio de idoneidad era suficiente con que dichas afectaciones se presenten sin importar el grado que tengan, ya sea mínimo, medio o grave.¹⁹¹

Sobre las afectaciones a la salud se consideró que a pesar de que la evidencia médica muestra que el consumo de marihuana puede ocasionar daños a la salud, se trata de afectaciones no graves, siempre y cuando los consumidores no sean menores edad.¹⁹²

Respecto a la generación de dependencia, la Suprema Corte puso de relieve la divergencia que existe entre los estudios que tratan este tema; con todo, concluye que los consumidores regulares de marihuana no califican necesariamente como farmacodependientes.¹⁹³

Sobre la propensión a utilizar drogas más duras, derivado del consumo de marihuana, con base en diversos estudios y reportes, el alto tribunal del país determinó que la misma tiene un bajo grado de incidencia en el consumo de drogas más riesgosas o duras.¹⁹⁴

En relación con la inducción a la comisión de otros delitos, se estableció que el consumo de marihuana no incentiva la comisión de delitos, aunque se constató que el uso de la misma sí afecta las habilidades para conducir vehículos automotores, lo que puede propiciar un aumento en la probabilidad de causar accidentes de tránsito.¹⁹⁵

Por todo ello, la Suprema Corte de Justicia de la Nación determinó que hay evidencia para establecer que el consumo de marihuana efectivamente causa afectaciones mínimas en la salud; así, se asumió que el sistema de prohibiciones administrativas impugnado es una medida idónea para pro-

¹⁹⁰ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹¹ *Ibidem*, p. 49.

¹⁹² *Ibidem*, p. 54.

¹⁹³ *Idem*.

¹⁹⁴ *Ibidem*, p. 57.

¹⁹⁵ *Ibidem*, p. 59.

teger la salud. Asimismo, se concluyó que la ingesta de marihuana entre los conductores es un elemento que aumenta la probabilidad de causar accidentes de tránsito, lo que implica que la medida impugnada, en este aspecto concreto, también es idónea para proteger el principio de orden público.¹⁹⁶

Por otra parte, sobre la necesidad de la medida impugnada, la Suprema Corte de Justicia de la Nación debía evaluar si la misma era necesaria para proteger la salud y el orden público o si se contaba con mecanismos alternos igualmente idóneos que limitaran en menor grado el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.¹⁹⁷

Sobre esto, cabe hacer notar que para acotar el número de medidas alternativas que se pudieron considerar por el legislador, el alto tribunal efectuó un análisis sobre la regulación de sustancias que provocan un daño similar, como el tabaco o el alcohol (que cuentan con un régimen de permisión controla); asimismo, se estudiaron las normas sobre el uso y consumo de marihuana en diversos países, como Estados Unidos de América, Holanda y Uruguay, destacando, por ejemplo, que en este último se autoriza el cultivo reducido de marihuana a un número mínimo de plantas en casas habitación.¹⁹⁸

Con base en dicho análisis, el máximo tribunal del país desprendió una medida alternativa a la prohibición absoluta del consumo de marihuana, que se explica bajo los siguientes elementos: *a)* limitaciones a los lugares de consumo; *b)* prohibición de conducir vehículos bajo los efectos de la sustancia; *c)* prohibiciones en la publicidad del producto, y *d)* restricciones a la edad de las personas que la pueden consumir. Todavía más: se determinó que la permisión controlada del consumo de marihuana debe estar acompañada de políticas educativas y de salud respecto a los efectos adversos de su consumo y programas sociales para personas que han desarrollado adicción. Tales elementos apreciados en su integridad no prohibirían completamente el consumo de marihuana, sino que más bien acotarían los actos relacionados con el mismo.¹⁹⁹

Una vez identificada la medida alternativa, se debe estudiar si la misma es igualmente idónea para cumplir los fines constitucionales que persigue la legislación impugnada, para lo cual el tribunal constitucional determinó que sí es idónea para prevenir daños a la salud y al orden público, entre otras razones, porque las campañas de información han probado ser me-

¹⁹⁶ *Ibidem*, pp. 59 y 60.

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 60.

¹⁹⁸ *Ibidem*, pp. 61, 62, 64 y 66.

¹⁹⁹ *Ibidem*, pp. 66 y 67.

canismos más efectivos que las políticas prohibicionistas; asimismo, porque las medidas que prohíben el consumo en espacios públicos también son idóneas para evitar daños a la sociedad en su conjunto, y porque la prohibición de conducir vehículos bajo el influjo de marihuana es un esquema eficaz para prevenir accidentes.²⁰⁰

Para cerrar este punto referente al criterio de necesidad, la Suprema Corte señaló que la medida alternativa propuesta no sólo es idónea para proteger la salud y el orden público, sino que es una medida menos restrictiva del derecho al libre desarrollo de la personalidad, a la luz del sistema de prohibiciones administrativas impugnado, que es altamente suprainclusivo. Por ello, el tribunal determinó que las medidas alternativas resultan más benignas para el derecho en cuestión.²⁰¹

Por todo lo señalado, la Suprema Corte de Justicia de la Nación concluyó que el sistema de prohibiciones administrativas (medida legislativa impugnada) representa una medida innecesaria, ya que se cuenta con esquema alternos igualmente idóneos para proteger la salud y el principio de orden público, que afectan en un menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad. Así, se determinó que la prohibición total del consumo de marihuana con fines recreativos era inconstitucional, pues no se logró acreditar el criterio de necesidad del test de proporcionalidad.²⁰²

Para seguir avanzando, cabría exponer el análisis que sobre el criterio de proporcionalidad en sentido estricto elaboró el alto tribunal, a fin de evidenciar el desequilibrio entre la grave afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al grado leve en que se consiguen los objetivos legislativos mediante la prohibición del consumo de marihuana.²⁰³

En este sentido, el tribunal constitucional precisó que son evidentes las escasas afectaciones a la salud y al orden público que busca proteger el sistema de prohibiciones sobre el consumo de marihuana, en contraste con la intensa restricción al derecho al libre desarrollo de la personalidad que propicia la medida impugnada.²⁰⁴

Así, entiende que una restricción a un derecho humano que prohíba la conducta garantizada por el mismo será más intensa que una afectación que se ciña a prohibir en ciertos supuesto el ejercicio del derecho. Bajo este sendero, la afectación al libre desarrollo de la personalidad que genera la

²⁰⁰ *Ibidem*, pp. 67, 68 y 69.

²⁰¹ *Ibidem*, pp. 69 y 70.

²⁰² *Ibidem*, p. 70.

²⁰³ *Ibidem*, p. 71.

²⁰⁴ *Ibidem*, p. 72.

medida impugnada (sistema de prohibiciones) se calificó como muy intensa, ya que representa una prohibición absoluta para consumir marihuana y para realizar las actividades subyacentes con dicho consumo.²⁰⁵

Ciertamente, para la Suprema Corte sólo estaría justificado que se afectara intensamente el contenido *prima facie* del derecho al libre desarrollo de la personalidad si a su vez fueran muy graves los perjuicios relacionados con el consumo de marihuana que se busca evitar con el esquema de prohibiciones; de esta forma, el alto tribunal no encuentra que las afectaciones fueran de una magnitud tal que fundamenten una prohibición absoluta a la ingesta de marihuana.²⁰⁶

Con base en las anteriores consideraciones, la Suprema Corte argumentó que a pesar de que la medida impugnada acreditó los criterios de perseguir una finalidad constitucionalmente valiosa, así como el de ser una medida idónea para conseguir tales fines, se trata de una determinación legislativa que es innecesaria, pues hay medios alternativos también idóneos, pero que afectan en menor grado el derecho al libre desarrollo de la personalidad, además de que es desproporcionada en estricto sentido, pues genera una protección reducida al derecho a la salud y al principio del orden público en comparación con la intensa afectación al derecho humano al libre desarrollo de la personalidad.²⁰⁷

D. Exposición de las conclusiones del estudio de constitucionalidad de los artículos impugnados por los quejosos

Con base en la aplicación del test de proporcionalidad en sentido amplio, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación arribó a la conclusión de que eran inconstitucionales los artículos 235, último párrafo; 237; 245, fracción I; 247, último párrafo, y 248, de la Ley General de Salud, en las partes normativas que establecen una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para efectuar las actividades relacionadas con el autoconsumo del estupefaciente conocido como marihuana (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar) con propósitos recreativos, determinación de inconstitucionalidad que no implica una autorización para efectuar actos de comercio o cualquier otro acto que se relacione con la enajenación o distribución de marihuana. Asimismo, se

²⁰⁵ *Ibidem*, p. 73.

²⁰⁶ *Ibidem*, p. 74.

²⁰⁷ *Ibidem*, p. 75.

concluyó que el consumo de la marihuana no debe afectar a terceros, por lo que no podrá realizarse frente a personas menores de edad ni tampoco en lugares públicos.²⁰⁸

Todavía más, el alto tribunal aclaró que con la determinación no se realiza un pronunciamiento en torno a la constitucionalidad de los tipos penales que criminalizan el consumo de la marihuana; sin embargo, al permitir a los quejosos recibir una autorización por parte de la Secretaría de Salud para efectuar todas las actividades indispensables para el uso recreativo de la marihuana, se tiene que al efectuar las mismas los quejosos no incurrirían en los delitos contra la salud previstos en la Ley General de Salud y en el Código Penal Federal ni tampoco se harían acreedores a una sanción administrativa en los términos fijados por la propia Ley General de Salud.²⁰⁹

Con base en todos los argumentos y consideraciones esgrimidos en el caso judicial expuesto, la Primera Sala del alto tribunal resolvió el mismo en los siguientes términos: *a)* son inconstitucionales los artículos impugnados de la Ley General de Salud en las partes que precisan una prohibición para que la Secretaría de Salud emita autorizaciones para efectuar las actividades relacionadas con el autoconsumo de marihuana con fines lúdicos (sembrar, cultivar, cosechar, preparar, poseer y transportar); *b)* la declaratoria de inconstitucionalidad no supone una autorización para realizar actos de comercio o cualquier otro acto relativo a la enajenación o distribución de marihuana; *c)* el ejercicio del derecho al consumo de marihuana no debe perjudicar a terceros, y *d)* se revoca la sentencia recurrida y se concede el amparo para el efecto de que la Comisión Federal para la Protección contra Riesgos Sanitarios otorgue a los quejosos la autorización a que se refieren los artículos 235 y 247 de la Ley General de Salud, respecto a la marihuana y para los efectos señalados en la sentencia.²¹⁰

4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

En el caso amparo en revisión 237/2014, como se pudo apreciar, la Suprema Corte de Justicia de la Nación utilizó el método de Robert Alexy, a fin de calificar la corrección de su decisión, por lo que asumimos la preferencia directa que tuvo el máximo tribunal con relación a dicho autor, a pesar de la existencia de diversos métodos que contienen diversos criterios de corrección; todavía más, cabe hacer notar que el amparo 237/2014 generó

²⁰⁸ *Ibidem*, p. 76.

²⁰⁹ *Ibidem*, pp. 76, 77 y 79.

²¹⁰ *Ibidem*, pp. 82 y 83.

en 2016 diversos criterios aislados en torno al tema del uso recreativo de la marihuana a la luz del método de Alexy.²¹¹

Repasemos pues los elementos aplicados en el caso que se comenta; para ello, debemos identificar que con base en la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, la misma sustenta en los siguientes parámetros de corrección: márgenes de acción estructural, idoneidad, necesidad y subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto,²¹² los cuales utilizó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la justificación de su decisión desde dos enfoques; el primero, para sustentar la inconstitucionalidad de la medida impugnada y , el segundo, para respaldar su decisión sobre la permisión controlada del consumo de marihuana para fines lúdicos.

Sobre el criterio de las finalidades constitucionales válidas del primer enfoque, como se recordará, el alto tribunal señaló que la medida legislativa impugnada (sistema general de prohibiciones administrativas para el uso de la marihuana) es una medida válida a la luz de la Constitución, ya que la misma busca proveer el derecho a la salud de las personas y el principio de orden público, por lo que se logró acreditar este primer criterio de evaluación.

Respecto del parámetro de idoneidad en el contexto del primer enfoque, la Suprema Corte señaló que la medida impugnada era idónea para proteger la salud y el orden público, porque hay evidencia para sostener que la marihuana sí causa pequeñas afectaciones a la salud, además de que cuando las personas han consumido marihuana y deciden manejar algún vehículo automotor sí ponen en riesgo el orden público. De esta manera, sí se logró acreditar el criterio de idoneidad.

²¹¹ Por ejemplo, véase el análisis de uno de los criterios de corrección en el siguiente criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Primera Sala, “Prohibición absoluta del consumo lúdico de marihuana. Ésta persigue finalidades constitucionalmente válidas”, tesis aislada, 1a. CCLXVI/2016, 10a., en materia constitucional, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, tomo II, noviembre de 2016, p. 903, disponible en [, fecha de consulta: 22 de septiembre de 2017.](https://sjf.scjn.gob.mx/sjfsist/Paginas/DetalleGeneralV2.aspx?Epoca=1e3e10000000000&Apndice=1000000000000&Expresion=!%25C3%25BAdico&Dominio=Rubro,Texto&TA_TJ=2&Orden=1&Clase=DetalleTesisBL&NumTE=5&Epp=20&Desde=-100&Hasta=-100&Index=0&InstanciasSeleccionadas=6,1,2,50,7&ID=2013144&Hit=2&IDs=2013142,2013144,2013145,2013146,2013155&tipoTesis=&Semenario=0&tabla=&Referencia=&Tema=)

²¹² Los márgenes de acción estructural son el margen para la fijación de los fines, el margen para la elección de medios y el margen de la ponderación. Con mucho, se destaca que el alto tribunal se centró en el primer margen, que lo identifica como finalidades constitucionales válidas. Para Alexy, frente a un derecho fundamental, el legislador tiene un margen para la fijación de fines cuando el derecho fundamental contiene una reserva competencial de afectación, que posibilita la intervención legislativa; así, el legislador puede decidir por sí mismo si afecta un derecho y en razón de qué fines, propósitos o principios lo hace. *Cfr.* Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, *cit.*, pp. 32, 33, 39 y 48.

Sobre el parámetro de necesidad a la luz del primer enfoque, se recuerda que la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al aplicarlo, determinó que la medida impugnada no lo superaba, ya que se contaba con otras medidas alternas menos dañinas para el derecho al libre desarrollo de la personalidad, por lo que los artículos impugnados eran inconstitucionales al no superar este criterio de fiscalización.

Por lo que hace al criterio de proporcionalidad en sentido estricto del primer enfoque, se comenta que también lo utilizó el alto tribunal de nuestro país a fin de evaluar el desequilibrio entre la gran afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad frente al grado mínimo en que se logra con la medida impugnada la satisfacción del derecho a la salud y el principio de orden público, por lo que se determinó que no acreditaba tampoco este criterio; esto es, el sistema de prohibiciones administrativas sobre el consumo de marihuana era desproporcionado a la luz de los beneficios que se brindaban al derecho a la protección de salud y al orden público de cara a las afectaciones al derecho al libre desarrollo de la personalidad.

Como podemos observar, los cuatro parámetros fueron aplicados a fin de determinar que la medida impugnada era inconstitucional, al no lograr superar los criterios de necesidad y de proporcionalidad en sentido estricto, con lo que se concluye que al menos bajo el modelo de Alexy sí se encuentra justificada y es correcta la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Ahora bien, como se sabe, el alto tribunal no sólo se concretó en emitir y argumentar la declaración de inconstitucionalidad de la medida impugnada, sino que además presentó una respuesta alternativa al problema planteado, que también justificó con base en el método jurídico de Alexy, misma que hemos identificado como el segundo enfoque.

En este sentido, se recuerda que la decisión alterna de la Suprema Corte fue que se permitiera el uso controlado de marihuana, a saber: con limitaciones a los lugares de consumo, con la prohibición de conducir vehículos bajo los efectos de la misma y de generar publicidad del producto, así como establecer la edad de las personas que la pueden consumir. Todo ello, acompañado de políticas educativas y de salud respecto a los efectos nocivos de su consumo.

La medida fue evaluada bajo los criterios de finalidades constitucionales válidas, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto, a fin de respaldar la decisión sobre la permisón controlada del consumo de marihuana para fines recreativos. Veamos pues el análisis genérico efectuado por el alto tribunal.

Sobre el cumplimiento de las finalidades constitucionales válidas, se resalta que si bien la Suprema Corte no entró al estudio exhaustivo de los mismos, se aplican las mismas razones que para el primer enfoque, ya que la permisión controlada del consumo de marihuana busca, al igual que su prohibición absoluta, proteger la salud de las personas y el orden público.

Respecto de la aplicación del criterio de idoneidad en el segundo enfoque, como se recordará, el máximo tribunal asumió que la medida alternativa era idónea para proteger la salud y el orden público, porque las campañas de información eran más efectivas que las políticas prohibicionistas, y porque el prohibir el consumo de marihuana en lugares públicos y bajo el volante era también idóneo para controlar daños a la sociedad.

Por lo que hace al criterio de necesidad en el segundo enfoque, el mismo quedó verificado con la propia respuesta alternativa que presentó en su sentencia el alto tribunal, que es igualmente idónea para proteger el derecho a la salud y el orden público, pero menos inclusiva y dañina para el derecho humano al libre desarrollo de la personalidad, por lo que se pueda catalogar como necesaria para los fines que busca proteger.

Sobre el principio de proporcionalidad en sentido estricto, se observa que con la medida alternativa que presentó la Suprema Corte para regular el consumo recreativo de marihuana se consiguió un mejor equilibrio entre el derecho al libre desarrollo de la personalidad y el derecho a la protección de la salud y el principio de orden público. Ello, ya que ante la protección reducida al citado derecho a la salud y al principio de orden público que logra la medida se tiene una reducida limitación o afectación al derecho al libre desarrollo de la personalidad, pues con la medida alternativa se permite su consumo para fines lúdicos bajo ciertos parámetros, en lugar de prohibir su uso tajantemente, por lo que se observa una proporcionalidad entre esos derechos.

Con base en todo lo descrito sobre los criterios de evaluación de la argumentación utilizados, se puede llegar a la conclusión de que la decisión tomada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el amparo en revisión 237/2014 fue la más correcta y adecuada, ya que logró justificar la inconstitucionalidad de la medida impugnada y además presentar un esquema alternativo de regulación controlada del consumo de marihuana; todo ello, bajo el tamiz del método de Alexy, que si bien no es perfecto, sí le sirvió al alto tribunal para calificar y fiscalizar la decisión asumida en el caso que se comenta, lo cual ya es útil para el desarrollo de la teoría de la decisión judicial de nuestro país.

IV. ANÁLISIS DEL CASO “MUERTE DIGNA”
ANTE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE LA REPÚBLICA
DE COLOMBIA (SENTENCIA T-970/14)

1. *Descripción del caso*

Los antecedentes del caso judicial que generaron la sentencia T-970/14 los dividió la Corte Constitucional en los siguientes tres puntos: *a)* de los hechos y la demanda; *b)* intervención de la parte demandada, y *c)* del fallo de primera instancia.²¹³

A. De los hechos y la demanda

En julio de 2013, la señora Julia interpuso una acción de tutela en contra de Coomeva Entidad Promotora de Salud, S. A. (Coomeva EPS), en defensa de sus derechos fundamentales a la vida y a morir dignamente (artículo 11 de la Constitución de Colombia, que contempla sólo el derecho a la vida), los cuales consideró vulnerados por dicho prestador de servicios médicos, para lo cual sustentó su demanda en los siguientes hechos:²¹⁴

- a) La reclamante sostuvo que padece una enfermedad terminal que compromete gravemente sus funciones vitales; en este sentido, en 2008 la Fundación Colombiana de Cancerología dictaminó que padecía cáncer de colon.²¹⁵
- b) Señaló que en enero de 2010 su enfermedad hizo metástasis, por lo cual fue sometida a una intervención quirúrgica llamada hemicolectomía, al igual que a sesiones de quimioterapia.²¹⁶
- c) Con base en una tomografía realizada en febrero de 2012, la Clínica Vida determinó que la enfermedad había hecho progresión pulmonar y carcinomatosis abdominal. Por lo que su médico tratante indicó que la paciente debía recibir varios ciclos de quimioterapia.²¹⁷

²¹³ Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela instaurada por Julia en contra de Coomeva EPS, expediente T-4.067.849, sentencia T-970-2014, 15 de diciembre de 2014, pp. 5, 7 y 8, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/2014/t-970-14.htm>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2017.

²¹⁴ Corte Constitucional de la República de Colombia, *op. cit.*, pp. 5 y 6.

²¹⁵ *Ibidem*, p. 6

²¹⁶ *Idem*.

²¹⁷ *Ibidem*, p. 6

- d) En febrero de 2012, la reclamante manifestó su voluntad de no recibir más ciclos de quimioterapia, ya que el tratamiento le causaba muchos efectos secundarios que le impedían desarrollar sus actividades ordinarias sin ayuda de terceros.²¹⁸
- e) En varias oportunidades, la reclamante le solicitó a su médico que le practicara el procedimiento de eutanasia, pero el médico se negó aludiendo que la eutanasia es un homicidio que no puede consentir.²¹⁹
- f) En junio de 2013, un médico oncólogo indicó que el cáncer que padecía la paciente se encontraba en franca progresión y que había deteriorado su estado funcional y calidad de vida, por lo que ordenó aplicar cuidados paliativos.²²⁰
- g) Con base en dichos hechos y con fundamento en la sentencia C-239 de 1997 de la Corte Constitucional de Colombia,²²¹ la actora solicitó ante el juez de tutela amparar su derecho a la vida digna y ordenar a Coomeva EPS realizar las gestiones médicas necesarias para materializar su deseo de no continuar padeciendo los dolores que le produce su enfermedad que se encuentra en fase terminal, lo que al decir de la reclamante resulta incompatible con su concepto de vida digna. Así, solicitó al juez determinar en la sentencia la fecha y hora para morir dignamente a través de la eutanasia.²²²

B. Intervención de la parte demandada

Coomeva EPS señaló que no vulneró los derechos fundamentales de la actora, pues en su opinión no es posible practicar la eutanasia, ya que en el caso concreto no se cumplen todos los requisitos establecidos por la Corte Constitucional en su sentencia C-239 de 1997.²²³

²¹⁸ *Ibidem*, p. 6.

²¹⁹ *Idem*.

²²⁰ *Ibidem*, p. 6.

²²¹ En dicha sentencia se reconoció en Colombia el derecho fundamental a morir dignamente. Sobre esto, véase Corte Constitucional de la República de Colombia, Demanda de inconstitucionalidad contra el artículo 326 del decreto 100 de 1980-Código Penal promovida por José Eurípides Parra Parra, expediente: D-1490, Sentencia C-239/97, 20 de mayo de 1997, disponible en <http://www.corteconstitucional.gov.co/relatoria/1997/c-239-97.htm>, fecha de consulta: 23 de septiembre de 2017.

²²² *Ibidem*, pp. 6 y 7.

²²³ Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, p. 7. Existen cinco puntos establecidos por la Corte Constitucional colombiana en su sentencia C-239 de 1997, que sirven como parámetros para practicar el procedimiento de eutanasia: a) una verificación rigurosa del paciente, con el fin de corroborar la madurez de su juicio y la volun-

Entre las principales razones que expuso para sustentar su respuesta figuran: *a)* la falta de regulación de los procedimientos de eutanasia; *b)* no existe ningún tipo de regulación que habilite a una entidad de la salud a prestar el servicio de eutanasia; *c)* la negativa del médico tratante en practicar la eutanasia se sustenta en su derecho de objeción de conciencia; asimismo, indicó que no puede obligar a ninguno de los profesionales adscritos a su red de servicios a proceder en los términos solicitados, y *d)* no es de su competencia dictaminar si la actora padece una enfermedad terminal que le causa dolores insoportables, ya que su tarea se limita a la gestión de aspectos administrativos y a la prestación de servicios médicos.²²⁴

C. Del fallo de primera instancia

En julio de 2013, un juzgado en materia civil de Medellín, resolvió no tutelar los derechos fundamentales invocados por Julia. Ello, ya que para dicho juzgado la Sentencia C-239 de 1997 estableció las bases para el reconocimiento de la eutanasia; sin embargo, ordenó al Congreso regular la materia sin que hasta la fecha exista un marco normativo que indique a los médicos cómo deben actuar en los casos de eutanasia.²²⁵

2. Derechos humanos en colisión

El caso en estudio representa una interesante tensión entre un mismo derecho humano, pero desde su aspecto positivo y negativo se considera

tad inequívoca de morir; *b)* indicación clara de los médicos que deben intervenir en el procedimiento; *c)* la forma y circunstancias bajo las cuales se debe manifestar el consentimiento; *d)* las medidas que deben ser usadas por el médico para practicar la eutanasia, y *e)* crear procesos educativos en relación con valores como la vida para que esa decisión sea la última que se tome. *Cfr.* Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, p. 7.

²²⁴ *Ibidem*, pp. 7 y 8.

²²⁵ *Ibidem*, pp. 8 y 9. Con todo, cabe hacer notar que la Sentencia C-239 de 1997 confirmó la idea de que los tribunales constitucionales deben estar en sintonía con las necesidades y expectativas sociales; esto es, deben ser hijos de su tiempo; por ello, se encuentran llamados a adaptar las cartas constitucionales a las cambiantes condiciones de la sociedad en la cual se desenvuelven. De esta forma, la interpretación es un proceso de renovación de las Constituciones, que busca impedir que las mismas se asuman como instrumentos anquilosados. *Cfr.* Sierra Porto, Humberto Antonio, “Los nuevos derechos en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en Rey, Fernando (dir.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas-Editorial Complutense, 2011, p. 137.

que es una tensión del mismo derecho desde diversos enfoques (aunque no se señale así en la sentencia), porque la prestadora de servicios de salud y los médicos tratantes de la demandante se niegan a practicar la eutanasia tomando como base el derecho a la vida; por su parte, la propia peticionaria reclama que se proteja su derecho a una muerte digna; esto es, su derecho a la vida desde el ámbito negativo.

Por ello, se puede identificar que los derechos en colisión en este asunto son los siguientes:

- El derecho a la vida de la demandante, que se encuentra reconocido en el artículo 11 de la Constitución Política de Colombia, el cual señala que el derecho a la vida es inviolable, mismo que es defendido por Coomeva EPS y los médicos tratantes de Julia.
- Por otro lado, se tiene el derecho a una muerte digna que reclama la señora Julia, el cual se desprende del mismo artículo 11 de la Constitución Política de Colombia; además, encuentra su fundamento directo en la sentencia C-239/1997 emitida por la Corte Constitucional de Colombia, la cual reconoció que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de derecho fundamental; asimismo, fijó ciertos criterios para que el legislador regulara ese derecho y estableciera pautas y procedimientos para materializarlo.²²⁶
- Ahora bien, se podrían incluir otros derechos humanos en la colisión referida; esto es, el derecho a la libertad y a la intimidad personal de la demandante, reconocidos en los artículos 13 y 15 de la Constitución Política de Colombia, respectivamente; ello es así porque, como señalan algunos autores, desde la óptica de la ética normativa y de la deliberación moral, como práctica para superar conflictos y generar consensos, se debe asumir la libre aceptación de principios para sustentar actitudes. El principio que sirve como sustento para tal libre aceptación es la autonomía personal.²²⁷

Pues bien, como se puede observar, se trata de un asunto paradigmático, ya que incluye problemas serios dentro del contexto del derecho (moral, filosofía y psicología), por lo que la decisión que se llegue a tomar debe estar

²²⁶ *Ibidem*, p. 3.

²²⁷ Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Centro de Estudios de Actualización en Derecho, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, pp. 1 y 2.

precedida por un amplio esquema de justificación, ya que se trata de la vida de una persona; esto es, el bien más valioso que todos tenemos.

3. *Argumentación y sentencia*

Una de las primeras acciones implementadas por la Corte Constitucional de Colombia fue solicitar algunas pruebas técnicas e informes del ministro de Salud y Protección Social, la Superintendencia Nacional de Salud y el presidente de la Fundación Pro Derecho a Morir Dignamente; asimismo, se solicitaron informes académicos de la materia a las facultades de medicina de las universidades Nacional de Colombia, Rosario, Javeriana, de los Andes, de Antioquia y del Valle y al presidente de la Academia Nacional de Medicina de Colombia, todo ello, a fin de contar con mayores elementos probatorios para emitir la decisión.²²⁸

Ahora bien, para representar la argumentación desplegada por los juzgadores, se seguirá el modelo propuesto en la sentencia que se comenta, en la cual se establecieron los siguientes rubros de análisis:²²⁹

- Problema jurídico y temas jurídicos a tratar.
- Carencia actual de objeto por daño consumado. Reiteración de jurisprudencia.
- Precisión terminológica sobre los distintos procedimientos para garantizar el derecho a morir dignamente.
- Fundamento normativo del derecho a morir dignamente en Colombia. Sentencia C-239/1997.
- Derecho fundamental a morir dignamente. Alcance y contenido esencial.
- Derecho comparado. Regulación normativa del derecho a morir dignamente.
- Solución del caso concreto.

A. *Problema jurídico y temas jurídicos a tratar*

Sobre este punto, la Corte señaló que su tarea era determinar si Coomeva EPS desconoció los derechos a la vida digna, a la muerte digna y a la dignidad humana de la señora Julia, al no querer practicarle el proce-

²²⁸ Corte Constitucional de la República de Colombia, *Acción de tutela...*, cit., p. 9.

²²⁹ *Ibidem*, pp. 14, 15, 19, 23, 29 y 34.

dimiento de eutanasia, derivado de que la peticionaria no se hallaba en condiciones de manifestar su consentimiento libre e informado y porque no existía una norma jurídica que permitiera efectuar el procedimiento.²³⁰

Por otro lado, en esta parte del análisis se determinó que la Corte presentaría el marco teórico sobre los procedimientos médicos para provocar la muerte asistida de un paciente; asimismo, se reiteraría la sentencia C-239/1997 sobre el derecho a morir dignamente, resaltando las reglas sobre el modo en que debe expresarse el consentimiento informado y la inexistencia de legislación para materializar el procedimiento de eutanasia.²³¹

B. *Carencia actual de objeto por daño consumado. Reiteración de jurisprudencia*

La Corte de Colombia se pronunció sobre la carencia actual de objeto por daño consumado, ya que en el trámite de amparo la reclamante falleció, derivado de lo cual efectuó algunas precisiones metodológicas a fin de proteger el ámbito objetivo del derecho.²³²

Para comenzar, se señala que la Corte Constitucional estableció la teoría de la carencia actual de objeto como una alternativa para que los pronunciamientos de la misma no se tornen ineficaces; así, aclaró que dicho fenómeno puede presentarse a partir de la materialización de un hecho superado o de un daño consumado. El hecho superado significa la observancia de las pretensiones del reclamante a partir de una conducta desplegada por el agente transgresor; por su parte, el daño consumado opera cuando la amenaza o afectación del derecho fundamental han generado el perjuicio que se pretendía evitar con la acción de tutela.²³³

En este sentido, la Corte reiteró que si la consumación del daño ocurre durante el trámite del juicio, resulta indispensable que los jueces constitucionales se pronuncien sobre la vulneración ocurrida y el alcance de los derechos fundamentales afectados. Ello, a fin de adoptar las medidas necesarias para evitar que situaciones semejantes se produzcan en el futuro y para hacer realidad la dimensión objetiva de los derechos que se vulneraron.²³⁴

²³⁰ *Ibidem*, p. 14.

²³¹ *Ibidem*, p. 15.

²³² *Idem*.

²³³ *Ibidem*, p. 16.

²³⁴ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

En el caso concreto, para el tribunal constitucional colombiano se configuró la carencia actual de objeto por daño consumado, que se originó por la violación del derecho de la reclamante a decidir cómo y cuándo morir, y se concretó en su imposibilidad de terminar con el dolor que experimentaba por medio del procedimiento de eutanasia, lo que comportaría que la muerte de la actora se causara en condiciones diferentes a las impuestas por su propia enfermedad, lo que no ocurrió.²³⁵

Bajo este sendero, para la Corte era necesario pronunciarse sobre la afectación de los derechos fundamentales involucrados en el caso en análisis, a fin de evitar que violaciones similares se produzcan en el futuro cercano.²³⁶

C. *Precisión terminológica sobre los distintos procedimientos para garantizar el derecho a morir dignamente*

En esta parte de la sentencia que se comenta, lo Corte Constitucional se dio a la tarea de presentar algunos conceptos en torno al derecho a morir dignamente, para lo cual señaló que la procedencia etimológica del término “eutanasia” deriva de las palabras griegas “buena muerte”; asimismo, indicó que en dicho procedimiento deben concurrir los siguientes elementos: *a)* el sujeto pasivo que padece una enfermedad terminal; *b)* el sujeto activo, que debe ser un médico, el cual realiza la acción u omisión tendiente a terminar con los dolores del paciente, *c)* debe efectuarse por petición expresa, reiterada e informada del paciente. En este sentido, cuando se materializan en su totalidad dichos elementos, se está en presencia de la eutanasia, que además puede provocarse de diferentes maneras.²³⁷

La anterior idea sobre eutanasia es compatible con el concepto que se ha esbozado en México, en donde se ha entendido que la eutanasia es el acto o método que aplica un médico para producir la muerte, sin que sufra el paciente, y a iniciativa de éste, a fin de terminar con su sufrimiento.²³⁸

Ahora bien, retomando al análisis de la sentencia de la Corte colombiana, se precisa que la misma identificó que existen diversos tipos de eutanasia

²³⁵ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

²³⁶ *Ibidem*, p. 18.

²³⁷ *Ibidem*, pp. 19 y 20.

²³⁸ Álvarez del Río, Asunción y Kraus, Arnoldo, “X. Eutanasia y suicidio asistido”, en Pérez Tamayo, Ruy *et al.* (coords.) *La construcción de la bioética. Textos de bioética*, México, Fondo de Cultura Económica, vol. I, 2014, p.164.

(activa, pasiva, directa e indirecta), destacando que actualmente no existe consenso sobre cuál de ellas debe realizarse.²³⁹

Por otro lado, se destacó la existencia de conceptos y procedimientos diferentes a la eutanasia, como la distanasia, que supone la prolongación de la vida por cualquier medio, aunque se causen efectos perversos en la salud, en la dignidad en la propia vida del paciente con una enfermedad terminal, así como el suicidio asistido, en el que el sujeto activo y pasivo se confunden, pues la intervención del profesional médico no es directa; aquí el mismo enfermo es quien provoca su muerte. Finalmente, se hizo referencia a la ortotanasia o cuidados paliativos, que son un tratamiento médico que dignifica la vida de quienes irremediamente van a morir, pero que desean que llegue la muerte de forma natural. Este tratamiento es una alternativa intermedia a la eutanasia y la distanasia.²⁴⁰

Con base en lo apuntado sobre las diferentes figuras para garantizar el derecho a morir dignamente, la Corte Constitucional concluyó que si bien existe una diversidad de conceptos y procedimientos en torno al derecho a morir dignamente, que pueden generar confusiones en los jueces y en la opinión pública, la realidad es que la diversidad de prácticas médicas permite que cada paciente tenga la posibilidad de elegir entre alguno de ellos.²⁴¹

*D. Fundamento normativo del derecho a morir dignamente en Colombia.
Sentencia C-239/1997*

Para tomar una decisión en el caso que se analiza, la Corte Constitucional recurrió a criterios emitidos por ella misma en otra época; así, esbozó la sentencia C-239/1997, en la cual sostuvo que la eutanasia y otras prácticas médicas como las apuntadas con anterioridad, bajo determinados parámetros, no son delito; asimismo, reconoció que el derecho a morir dignamente tiene la categoría de derecho fundamental, y fijó ciertos criterios para que el legislador regulara ese derecho.²⁴²

Cabe hacer notar que en la citada sentencia C-239/1997 (que derivó de una demanda de inconstitucionalidad contra una norma jurídica que regulaba el homicidio por piedad), la dignidad humana fue el fundamento para

²³⁹ Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, pp. 20 y 21.

²⁴⁰ *Ibidem*, pp. 21 y 22.

²⁴¹ *Ibidem*, p. 23.

²⁴² *Ibidem*, p. 23.

despenalizar el homicidio por piedad cuando se materialicen determinadas condiciones, pues para la Corte la vida no podía reducirse a la simple subsistencia, sino que implicaba el vivir en condiciones de dignidad.²⁴³

En este sentido, la Corte reiteró que para excluir el carácter delictivo de la conducta contenida en el homicidio por piedad se deben presentar las siguientes circunstancias: *a)* debe existir el consentimiento libre e informado del sujeto pasivo; *b)* el sujeto activo debe ser un médico, ya que es el único que puede brindarle la información exacta al paciente, y *c)* el paciente debe padecer una enfermedad terminal que le cause sufrimiento. Todavía más: en la sentencia C-239/1997, la Corte exhortó al Congreso de la República para que reglamentara el homicidio por piedad a partir de los criterios establecidos en dicha decisión.²⁴⁴

En resumen, la importancia de la sentencia C-239/1997, que retomó la Corte Constitucional en el asunto que se estudia, radica en que con la misma se despenalizó la eutanasia y se reconoció la existencia de un derecho fundamental a morir dignamente en Colombia.²⁴⁵

E. Derecho fundamental a morir dignamente. Alcance y contenido esencial

Para determinar el alcance y contenido del derecho a morir dignamente, la Corte identificó que la dignidad humana es el patrón para asumir un derecho como fundamental; en el caso que nos ocupa, dicho órgano constitucional argumentó que no existe duda en considerar el derecho a morir dignamente como un derecho fundamental; ello, entre otras razones, porque un derecho fundamental busca garantizar la dignidad humana. Así, se observa una estrecha relación entre el derecho a la muerte digna con la dignidad humana, por lo que, en criterio de los jueces constitucionales, morir dignamente conlleva aspectos que garantizan que después de un ejercicio consciente e informado de toma de decisiones la persona puede elegir terminar con su vida llena de sufrimientos y dolores intensos que le provoca alguna enfermedad terminal.²⁴⁶

Más aún, para la Corte Constitucional, cada persona sabe qué es lo mejor para él o ella, y el Estado no debe asumir posiciones paternalistas que interfieran desproporcionadamente en lo que cada quien percibe como

²⁴³ *Ibidem*, pp. 23, 26 y 27.

²⁴⁴ *Ibidem*, p. 28.

²⁴⁵ *Ibidem*, p. 29

²⁴⁶ *Ibidem*, pp. 30, 32 y 33.

indigno. De esta forma, el objetivo del derecho a morir dignamente es impedir que la persona viva una vida dolorosa; esto es, incompatible con su idea de dignidad humana.²⁴⁷

Por todo ello, se concluyó que el derecho a morir dignamente es un derecho autónomo, aunque relacionado con la vida; igualmente, no es dable considerar a la muerte digna como un componente del derecho a la autonomía; tampoco es posible asumirlo como parte del derecho a la vida; simplemente, se trata de un derecho fundamental complejo y autónomo que tiene las características de las demás garantías constitucionales. Es un derecho complejo, porque depende de circunstancias muy especiales para constatarlo, y autónomo, ya que su afectación no es un parámetro de otros derechos.²⁴⁸

Por último, el tribunal constitucional colombiano estimó que la muerte digna se puede entender como un derecho subjetivo, ya que son identificables los sujetos activos, pasivos, así como los obligados y el contenido esencial de la obligación.²⁴⁹

F. Derecho comparado. Regulación normativa del derecho a morir dignamente

En el caso práctico que se comenta, se utilizó como criterio de razonabilidad de la decisión el mismo derecho comparado,²⁵⁰ lo cual se asume como adecuado, pues representa un criterio claro respecto a la corrección de las decisiones judiciales, como lo veremos en otro lugar de la investigación.

En particular, los jueces constitucionales analizaron tres países: Holanda, Estados Unidos y Bélgica, lo cual obedeció a que los mismos son pioneros en la práctica del derecho a morir dignamente; además, porque han producido un gran desarrollo normativo en la materia.²⁵¹

No será nuestro objetivo describir todo el esquema legal y judicial de cada uno de esos países (como sí se hace en la sentencia que se comenta), sino más bien destacaremos la situación general del derecho a morir dignamente establecida en cada orden jurídico nacional.

Empezaremos con Holanda, en donde desde 1973, por decisión judicial, se eximió de responsabilidad penal a los médicos que realizaran la

²⁴⁷ *Ibidem*, p. 33.

²⁴⁸ *Ibidem*, p. 33.

²⁴⁹ *Ibidem*, p. 34.

²⁵⁰ Así se señala expresamente en la sentencia, véase Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, p. 34.

²⁵¹ *Idem*.

eutanasia bajo ciertos parámetros. Posteriormente, en 1981, un tribunal amplió las posibilidades de eutanasia, decretando que el auxilio al suicidio tampoco sería castigado. En 1990, el gobierno de Holanda conformó una comisión presidida por un integrante de la Corte Suprema holandesa a fin de regular legalmente la eutanasia; así, en 1994 se expidió un decreto que reglamentó el procedimiento legal que debían seguir los médicos para inducir la muerte de una persona sin que exista una enfermedad terminal.²⁵²

Por otro lado, se identificó que en Holanda existe la Ley de la Terminación de la Vida o a Petición Propia y del Auxilio al Suicidio, que está vigente desde 2002. Dicha ley buscó despenalizar legalmente la eutanasia bajo ciertos requisitos y regular el procedimiento para que la voluntad del paciente sea lo más libre e informada posible.²⁵³

Por lo que respecta a Estados Unidos, la Corte colombiana identificó que en ese país pocos estados han despenalizado la eutanasia, y sólo algunos la han reglamentado. Por ejemplo, desde 1994 en el estado de Oregón se cuenta con la Ley de la Muerte con Dignidad, que permite que pacientes con una enfermedad terminal puedan solicitar por escrito que se les suministre una medicina para terminar con su vida dignamente; asimismo, la ley autoriza que los médicos prescriban a sus pacientes desahuciados y a quienes se estima que vivan menos seis meses medicamentos para que puedan suicidarse.²⁵⁴

En sentido similar, se cuenta con una decisión judicial surgida en el estado de Florida en el caso *Terri Schiavo*, en el cual los jueces permitieron en 2005 que la paciente fuera desconectada, y, así, ella murió dos semanas después por desnutrición y deshidratación. Dicho asunto posibilitó la eutanasia pasiva y fue un referente en los Estados Unidos.²⁵⁵

De igual manera, en el estado de Texas existe el Código de Salud y Seguridad, que contiene desde 1999 la Ley de Cuidado Fútil. Con esta norma jurídica se permite practicar la eutanasia pasiva; esto es, desconectar los equipos que mantienen artificialmente con vida a los pacientes.²⁵⁶

Por lo que hace a Bélgica, en la decisión que se analiza se señaló que la eutanasia fue despenalizada en 2002 mediante la expedición de una ley en la cual se define a la eutanasia y se señalan las condiciones para que pueda practicarse, como son que el paciente sea mayor de edad, que tenga la ca-

²⁵² *Ibidem*, pp. 34 y 35.

²⁵³ *Ibidem*, p. 36.

²⁵⁴ *Ibidem*, p. 38.

²⁵⁵ *Ibidem*, p. 39.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 40.

pacidad legal y de conciencia al momento de realizar su petición, así como que la petición sea voluntaria, meditada y reiterada.²⁵⁷

Por otra parte, la ley belga regula las directivas anticipadas, que implican manifestaciones de la voluntad, que expresan que en caso de presentarse alguna causal para poder practicarse la eutanasia se lleve a cabo la misma; así, dicha manifestación conlleva una petición previa a que se presente la enfermedad.²⁵⁸

Pues bien, con base en el análisis del derecho comparado, la Corte Constitucional llegó a las siguientes conclusiones:

1. El derecho comparado genera criterios de razonabilidad para regular el derecho a morir dignamente.²⁵⁹
2. En la mayoría de casos la dimensión subjetiva del derecho a morir dignamente se presentó mediante decisiones judiciales.²⁶⁰
3. Los jueces han aceptado que existe una relación muy estrecha entre el derecho a la vida, la dignidad humana y la autonomía personal, por lo que decidieron despenalizar la eutanasia como una forma de garantizar la vigencia de los derechos constitucionales; aunque la despenalización no fue absoluta, pues se fijaron ciertas condiciones para que la provocación de la muerte no sea sancionada como un delito.²⁶¹
4. El proceso de judicialización de la eutanasia propició que en la mayoría de los países se establecieran leyes sobre la materia, a fin de reglamentar el procedimiento de forma más clara y precisa; así, se logró mayor tranquilidad en los médicos y en los pacientes.²⁶²
5. La autonomía de los pacientes opera como el pilar fundamental de las leyes sobre eutanasia, que reconocen la primacía de la autonomía de la voluntad; ello implica que la decisión del paciente prevalece sobre la voluntad de cualquier otro individuo, incluyendo su familia o los médicos tratantes.²⁶³
6. Las leyes sobre el derecho a morir dignamente propician que los médicos identifiquen con exactitud cuándo están cometiendo un

²⁵⁷ *Idem.*

²⁵⁸ *Ibidem*, p. 40.

²⁵⁹ *Ibidem*, p. 41.

²⁶⁰ *Idem.*

²⁶¹ *Ibidem*, p. 41.

²⁶² *Ibidem*, pp. 41 y 42.

²⁶³ *Ibidem*, p. 42.

delito y cuándo concurriendo a la satisfacción de un derecho fundamental; asimismo, las normas jurídicas contribuyen a remover barreras para que los derechos de los pacientes se vean efectivamente materializados.²⁶⁴

G. *Solución del caso concreto*

Sobre la determinación final del caso analizado, en primer lugar, el tribunal constitucional colombiano consideró la teoría de la carencia actual de objeto por daño consumado, que exige que el juez constitucional emita un pronunciamiento de fondo, ya que cuando se presenta el daño, la vulneración del derecho fundamental se ha causado, por lo que se deben adoptar medidas para resarcir el daño o dar instrucciones para que en el futuro no se presenten situaciones similares.²⁶⁵

En el caso que se analiza, la señora Julia falleció en el trámite de la acción de tutela; pero esa circunstancia no es suficiente para que la Corte Constitucional deje de pronunciarse sobre el fondo del asunto, particularmente porque deben establecerse reglas relativas al procedimiento de eutanasia y evitar que ante la ausencia de leyes en la materia se desvanezcan las garantías fundamentales de los pacientes que deciden tomar la decisión de morir dignamente.²⁶⁶

Sobre el sentido de la decisión, la Corte consideró que sí existió una violación a los derechos de la reclamante por parte de Coomeva EPS y de los médicos tratantes. De conformidad con los hechos planteados, la accionante padecía una enfermedad terminal que le causaba intensos dolores, por lo que solicitó varias veces a su médico que le practicara la eutanasia, a fin de terminar con su sufrimiento. En tales circunstancias, el médico y Coomeva EPS se negaron a practicar la eutanasia, aludiendo que no existía una forma para verificar que la señora Julia sufría un dolor insoportable, así como que el legislador no ha habido emitido una norma que definiera con claridad los procedimientos y criterios para realizar la eutanasia.²⁶⁷

Bajo este sendero, la Corte no encontró justificación constitucionalmente válida a la negativa de Coomeva EPS para aplicar la eutanasia a la reclamante. A su juicio, de los hechos del caso se infería que se cumplía con todos los criterios para terminar con la vida del paciente, sin que se mate-

²⁶⁴ *Idem.*

²⁶⁵ *Ibidem*, p. 42.

²⁶⁶ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

²⁶⁷ *Ibidem*, p. 43.

realizara una responsabilidad penal. Más aún, la ausencia de legislación no constituía una razón suficiente para negarse a garantizar el derecho a morir dignamente de la peticionaria, pues el precedente constitucional C-239 de 1997 fijó claramente los criterios para poder hacer efectivo ese derecho.²⁶⁸

Así, advirtió la Corte que en casos como el que se resuelve, la inexistencia de una ley sobre el derecho a morir dignamente se convierte en un obstáculo para su realización, por lo que estimó necesario presentar algunas pautas normativas para facilitar su ejercicio, con objeto de garantizar el goce efectivo del derecho a morir dignamente; ello, sin perjuicio de que el Congreso de la República proceda a su regulación, tomando en cuenta las pautas señaladas por la Corte Constitucional en la decisión que se estudia.²⁶⁹

A todo esto, para los jueces constitucionales, si bien existían ciertos vacíos normativos sobre la eutanasia, fue evidente que se desconoció por parte de los médicos tratantes la decisión tomada por la paciente de poner fin a su vida, lo que representó el imponerle la obligación de vivir en condiciones que la enferma terminal consideró indignas, por lo que se materializó la violación de su derecho a morir dignamente.²⁷⁰

En otro orden de ideas, uno de los puntos más sobresalientes de la decisión que se estudia fue el fijar los criterios o presupuestos para hacer efectivo el derecho a morir dignamente mientras el Poder Legislativo emite la ley respectiva, los cuales se identifican en los siguientes incisos: *a)* el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores; *b)* el consentimiento libre, informado e inequívoco, y *c)* los criterios que deberán tenerse en cuenta en la práctica de procedimientos que tengan como propósito garantizar el derecho fundamental a la muerte digna.²⁷¹

Sobre el padecimiento de una enfermedad terminal que produzca intensos dolores, se señaló que este requisito debe verse desde la vertiente objetiva y la subjetiva. La primera implica que la enfermedad debe estar calificada por un especialista como terminal; la vertiente subjetiva se representa en el dolor que causa sufrimiento intenso al paciente, por lo que será la voluntad del enfermo la que establezca qué tan indigno es el sufrimiento causado; así, se cuenta con una prevalencia de la autonomía del paciente.²⁷²

Respecto al consentimiento libre, informado e inequívoco, se determinó que es libre cuando no existen presiones de terceros sobre su decisión;

²⁶⁸ *Idem.*

²⁶⁹ *Ibidem*, p. 43.

²⁷⁰ *Ibidem*, p. 44.

²⁷¹ *Ibidem*, pp. 44, 45 y 47.

²⁷² *Ibidem*, pp. 44 y 45.

es informado cuando los especialistas médicos brindan al paciente y a su familia toda la información objetiva y necesaria, a fin de que no se tomen decisiones de forma apresurada, y es inequívoco cuando la decisión del paciente de morir es consistente y sostenida, esto es, que no se trate de episodios anímicos.²⁷³

Con el fin de garantizar que el consentimiento del enfermo esté revestido de dichos caracteres, se estableció la creación de un comité científico interdisciplinario de acompañamiento al paciente y su familia, para lo cual se ordenó al Ministerio de Salud establecer una directriz a todos los prestadores del servicio de salud para que conformaran un grupo de expertos interdisciplinarios. Entre las funciones del citado comité se tiene el apoyo psicológico, médico y social al paciente y a su familia; asimismo, vigilar que todo el procedimiento se desarrolle respetando los criterios de la sentencia que se analiza y la imparcialidad de los que intervienen en el proceso de eutanasia.²⁷⁴

En el mismo sentido, para garantizar que el consentimiento del enfermo sea libre, informado e inequívoco, la Corte precisó la necesidad de establecer un procedimiento en el que se blinde la decisión del paciente; en particular, cuando se verifique que una persona padece una enfermedad terminal que le genera dolores intensos, la misma tendrá el derecho de expresar su deseo de morir. Ahora bien, esa voluntad será atendida por el médico, quien convocará al comité interdisciplinario para que comience su tarea de apoyo. De esta manera, una vez expresada la intención de morir del paciente, el profesional médico o el comité deberá, en un plazo que no podrá ser superior a diez días, cuestionar al paciente si su deseo de morir sigue vigente. En caso de que así sea, la eutanasia será programada en el menor tiempo posible, que no podrá ser superior a quince días después de confirmada la decisión del enfermo de morir dignamente.²⁷⁵

Adicionalmente, como dato a resaltar, la Corte determinó que la voluntad de morir del paciente podrá ser expresada por escrito o de manera verbal, asimismo, el consentimiento también puede ser sustituto en el caso de que la persona que sufre la enfermedad terminal se encuentre imposibilitada para manifestar su deseo de morir, a fin de no prolongar su sufrimiento; será la familia quien en sustitución del enfermo podrá dar su consentimiento para practicar la eutanasia.²⁷⁶

²⁷³ *Ibidem*, p. 45.

²⁷⁴ *Idem*.

²⁷⁵ *Ibidem*, p. 46.

²⁷⁶ *Ibidem*, p. 47.

Sobre los criterios que deberán tenerse en cuenta en la práctica de procedimientos que tengan como propósito garantizar el derecho a la muerte digna, el tribunal constitucional colombiano identificó los siguientes: *a)* prevalencia de la autonomía del paciente, lo que comporta que los profesionales médicos deben analizar los casos atendiendo siempre a la voluntad del enfermo; *b)* celeridad: el derecho a morir dignamente no puede prolongarse en el tiempo, el mismo debe ser ágil, rápido y sin formalidades excesivas; *c)* oportunidad: implica que la voluntad del paciente sea cumplida a tiempo, sin que se mantenga excesivamente su sufrimiento al punto de llegar a su muerte natural en condiciones indignas, y *d)* imparcialidad: los médicos tienen que ser objetivos en la aplicación de los procedimientos de eutanasia, así, no deben exponer sus posiciones personales morales que nieguen el derecho a morir dignamente; con todo, si el médico alude dichas convicciones, no se le puede obligar a realizar el procedimiento de eutanasia, pero el prestador de servicios médicos debe asignar a otro profesional que sí pueda materializarla.²⁷⁷

Con base en todos los hechos, argumentos y criterios señalados, la sentencia de la Corte Constitucional resolvió: *a)* declarar la carencia actual de objeto por daño consumado en la acción de tutela interpuesta por Julia en contra de Coomeva EPS; *b)* revocar la sentencia del Juzgado Décimo Civil Municipal de la ciudad de Medellín, que resolvió no tutelar los derechos fundamentales hechos valer por Julia, y en su lugar conceder la acción de tutela promovida por ella en contra de Coomeva EPS; *c)* ordenar al Ministerio de Salud que en el término de 30 días, contados a partir de la notificación de la sentencia, emita una directriz y realice todo lo necesario para que los prestadores del servicio de salud integren el comité interdisciplinario del que habla esta decisión, y *d)* exhortar al Poder Legislativo para que regule el derecho a morir dignamente, con base en los parámetros y criterios establecidos en la sentencia.²⁷⁸

Como se puede observar, la sentencia en análisis esboza una idea relevante para la tutela efectiva del derecho a morir dignamente; esto es, que a pesar de que se actualice la carencia de objeto por daño consumado en las acciones de tutela, los jueces constitucionales deben entrar al estudio de fondo de la problemática, con la finalidad de evitar que en casos futuros se vulneren nuevamente los derechos humanos, como es el derecho a morir dignamente.

²⁷⁷ *Ibidem*, pp. 47 y 48.

²⁷⁸ *Ibidem*, pp. 48 y 49.

Por otro lado, cabe hacer notar que con la decisión judicial emitida la Corte colombiana buscó perfeccionar y desarrollar los criterios y requisitos aplicables a la práctica de la eutanasia para casos futuros, lo cual se aprecia adecuado, pues representa un compromiso real en torno a la vigencia de todos los derechos humanos. Más aún, la Corte no se contentó con rediseñar el esquema para la materialización de la eutanasia, sino que además ordenó y exhortó a los demás poderes públicos (Ejecutivo y Legislativo) a contribuir con la garantía del derecho a morir dignamente en Colombia. En el apartado siguiente se identificarán los criterios de calificación utilizados por la Corte Constitucional colombiana, lo cual nos ayudará a tomar una postura propia sobre la corrección o no de la decisión tomada por dicho órgano constitucional.

4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

Del análisis de la sentencia T-970/14 se pueden desprender diversos criterios de corrección de la decisión tomada por la Corte Constitucional de Colombia, que si bien no se señalan expresamente en la misma, sí pueden inferirse de la argumentación expuesta por los jueces constitucionales, la cual, como se ha podido apreciar, no se identifica con ninguno de los criterios de calificación de la decisión defendidos por los diversos autores expuestos en la presente investigación.

Veamos pues los parámetros de calificación identificados en la decisión que se comenta, los cuales analizados en su conjunto operan como un mecanismo de corrección del sentido de la sentencia; en concreto, se ubicaron los siguientes:

- a) Criterio terminológico.
- b) Criterio jurisprudencial.
- c) Criterio de la dignidad humana.
- d) Criterio del derecho comparado.

Respecto al criterio terminológico, se precisa que la Corte lo utilizó para aclarar todos los conceptos que se relacionan con el derecho a morir dignamente, como son la eutanasia, la distanasia, el suicidio asistido y la ortotanasia o cuidados paliativos, a fin de tener una idea concreta del alcance del problema a resolver; esto es, la práctica de la eutanasia. Dicho criterio permitió brindar certeza a las partes involucradas y a la misma sociedad sobre el lugar y alcance de la eutanasia en el contexto del derecho a morir

dignamente, además de poner de relieve la necesidad de que existan diversas formas de materializar dicho derecho, lo que se traduce en un mayor campo de elección del paciente con alguna enfermedad terminal.

Un criterio como el señalado no ha sido esbozado en las teorías de la argumentación jurídica; sin embargo, se estima que el mismo es relevante para fiscalizar la sentencia, ya que contribuye a propiciar un entendimiento sobre el problema que se abordará en la decisión desde una óptica objetiva, pues para presentar un término concreto (por ejemplo, eutanasia) se recurre a varias áreas científicas que han abordado el tema. Bajo estas líneas, si bien nos encontramos frente a un criterio simple (terminológico), ello no conlleva su expulsión como parámetro de evaluación de la argumentación jurídica.

El criterio jurisprudencial implica la necesidad de recurrir a precedentes judiciales para tomar una decisión; lo anterior, siempre y cuando no existan razones para apartarse de los mismos. En el caso concreto, la Corte retomó su sentencia 239/1997, en la cual despenalizó la eutanasia, reconoció el derecho a morir dignamente y fijó diversos criterios para que el legislador regulara la materia.

Bajo este sendero, dicha determinación judicial operó como un parámetro de calificación de la argumentación desplegada en su diversa sentencia, ya que no se encontraron razones para abandonar la jurisprudencia previamente fijada, que de hecho fue mejorada y actualizada. Así, es entendible que la propia jurisprudencia fungió como un criterio útil para calificar y evaluar la nueva decisión judicial, circunstancia que debe ser considerada para materializar una red de decisiones congruentes en el complejo fenómeno jurídico, que como señala Ost, se configura como algo necesariamente inacabado, siempre en suspenso y propenso al cambio.²⁷⁹

Sobre el criterio de la dignidad humana, recordemos que la Corte asumió que la misma es el patrón para calificar a un derecho como fundamental, ya que ese derecho busca materializarla; de esta forma, es dable que la misma opere como un parámetro de corrección; así, se puede afirmar que una decisión será adecuada cuando busque garantizar la dignidad en todo momento y bajo cualquier circunstancia, como se hizo en el caso que se comenta.

Este criterio debe entenderse bajo la premisa de que la dignidad humana es una noción pluridimensional, lo que comporta que no tiene una manifestación unívoca, y que para asumir tal consideración se puede recurrir

²⁷⁹ Ost, François, “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez”, trad. de Isabel Lifante Vidal, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993, p. 183, disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/jupiter-hrcules-y-hermes--tres-modelos-de-juez-0/>, fecha de consulta: 12 de octubre de 2017.

a la hermenéutica diatópica de Santos, que señala que los lugares (*topoi*) de una cultura específica son incompletos.²⁸⁰

Por lo que toca al criterio del derecho comparado, se precisa que el mismo fue ampliamente detallado por la Corte Constitucional colombiana, en particular, la misma corte lo asumió como un criterio de razonabilidad de la toma de decisiones. Con base en dicho parámetro, los jueces constitucionales se dieron a la tarea de investigar y analizar las distintas prácticas legales y jurisprudenciales de algunos países en torno al derecho a morir dignamente, para lo cual recurrieron a tres países: Holanda, Estados Unidos y Bélgica, que no fueron escogidos de forma arbitraria, sino por el contrario, se presentaron las razones para su elección.

En particular, este parámetro de fiscalización de la argumentación indica que un esquema justificatorio será más correcto si el mismo considera la forma en que otros países han abordado la problemática que se intenta resolver, ya que se logran identificar soluciones comprobadas en otros órdenes jurídicos similares al que se intenta aplicar.

Ahora bien, este criterio de corrección es muy utilizado por los tribunales constitucionales de diversos países; en México, por ejemplo, algunas sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación contienen referencias al derecho comparado (como lo observamos al estudiar el amparo en revisión 237/2014, referente al uso recreativo de la marihuana); ahora bien, cabe hacer notar que a pesar de ser un parámetro útil para calificar la argumentación, se debe siempre justificar el porqué de la elección de los países a analizar, como se hizo en la sentencia de la Corte Constitucional colombiana que se comenta; ello, para darle objetividad y un mejor respaldo al criterio del derecho comparado.

Pues bien, tomando como referencia los cuatro criterios utilizados por la Corte constitucional en el caso estudiado, se puede afirmar que la decisión emitida es adecuada, ya que logró establecer elementos objetivos para la práctica del derecho a morir dignamente para casos futuros, además de fijar obligaciones específicas para los poderes Ejecutivo y Legislativo, a fin de que contribuyan a hacer realidad la garantía de dicho derecho; todo ello, sustentado con la acreditación de los parámetros terminológicos, jurisprudenciales, de dignidad humana y de derecho comparado descritos en este apartado de la investigación.

²⁸⁰ Santos, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, Bogotá, ILSA, núm. 28, julio de 2002, p. 70, disponible en <http://191.98.188.189/Fulltext/12436.pdf>, fecha de consulta: 12 de octubre de 2017.

De esta manera, se afirma que la decisión es correcta al menos bajo los anteriores parámetros de fiscalización, lo cual representa un pequeño avance para el desarrollo de la toma de decisiones judiciales en el ámbito americano.

V. ANÁLISIS DEL CASO “OBJECCIÓN DE CONCIENCIA” ANTE EL TRIBUNAL CONSTITUCIONAL DE ESPAÑA (SENTENCIA 145/2015)

1. Descripción del caso

Con el objetivo de facilitar la comprensión del caso “objección de conciencia”, se precisa que los antecedentes del mismo se van a presentar en dos partes; por un lado, se identificarán los hechos, recursos y juicios interpuestos por el quejoso y, por el otro, las alegaciones emitidas por las autoridades notificadas en el recurso de amparo. Analicemos pues los orígenes del caso en comento.

A. Hechos, recursos y juicios interpuestos por el quejoso

- a) Joaquín Herrera Dávila es cotitular de una farmacia en la ciudad de Sevilla, y fue multado por 3,300 euros, mediante resolución del 15 de octubre de 2008 del delegado provincial de salud en Sevilla de la Junta de Andalucía, en virtud de que la farmacia carecía de preservativos y del medicamento con el principio activo levonorgestrel (conocido como píldora del día después). Se resalta que en la inspección del 4 de febrero de 2008, efectuada por la Inspección Provincial de Servicios Sanitarios de la Junta de Andalucía, Herrera Dávila manifestó que no disponía de la existencia de tales productos y medicamentos por razones de objeción de conciencia, señalando que se encontraba inscrito como objetor de conciencia en el registro de farmacéuticos objetores ante el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla. Con todo, los hechos fueron calificados por la autoridad inspectora como infracción grave a las leyes y decretos que regulan las existencias mínimas de medicamentos y productos sanitarios en las farmacias.²⁸¹

²⁸¹ Tribunal Constitucional de España, Recurso de amparo 412 2012, promovido por Joaquín Herrera Dávila, sentencia 145/2015 del 25 del junio de 2015, *Boletín Oficial del Estado*, núm. 182, 31 de julio de 2015, sec. TC, pp. 66654- 66655, disponible en <https://www.>

- b) Contra la citada determinación, Joaquín Herrera Dávila interpuso un recurso ante la Dirección General de Planificación e Innovación Sanitaria de la Consejería de Salud de la Junta de Andalucía, en el que invocó su derecho a la objeción de conciencia como justificación para no contar con los preservativos ni medicamentos con el principio activo levonorgestrel.²⁸²
- c) El recurso fue desestimado por resolución de 16 del julio de 2010; en ella se considera que el farmacéutico no puede incumplir su obligación de contar en su farmacia con los referidos productos y medicamentos invocando la objeción de conciencia. Una de las razones para sustentar la decisión fue la sentencia del 23 de noviembre de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía, la que a su vez cita la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos del 2 de octubre de 2001 (*caso Pichon y Sajous vs. Francia*), en la cual se rechazó una demanda formulada por farmacéuticos franceses que se negaban a suministrar productos contraceptivos; argumentó en ese asunto el Tribunal Europeo que la objeción de conciencia no tiene cabida en la libertad religiosa.²⁸³
- d) En contra de la citada resolución, Herrera Dávila presentó un recurso contencioso administrativo, en el que señaló que su actuación se encontraba protegida por la objeción de conciencia, que forma parte del contenido del derecho fundamental a la libertad ideológica, ya que los medicamentos con el principio activo levonorgestrel tienen efectos abortivos; respecto a los preservativos, argumentó que su decisión de no tenerlos no causó perjuicio alguno, al estar garantizada la distribución de los mismos por otras farmacias, por lo que solicitaba que se anulara la sanción impuesta o, en su caso, que los hechos se calificaran como una infracción no grave.²⁸⁴
- e) El recurso administrativo del demandante fue desestimado por el Juzgado de lo Contencioso administrativo de Sevilla, mediante sentencia del 2 de noviembre de 2011, al estimar que la resolución atacada era conforme a derecho. En concreto, el juzgador consideró que el problema fue resuelto por la sentencia del 23 de noviembre

boe.es/boe/dias/2015/07/31/pdfs/BOE-A-2015-8639.pdf, fecha de consulta: 17 de octubre de 2017.

²⁸² *Ibidem*, p. 66655.

²⁸³ *Ibidem*, p. 66655.

²⁸⁴ *Idem*.

de 2009 de la Sala de lo Contencioso Administrativo del Tribunal Superior de Justicia de Andalucía (que refiere la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Pichon y Sajous vs. Francia*), de la que deriva la obligación de los farmacéuticos de distribuir los medicamentos, circunstancia que no se contrapone con el ejercicio de los derechos de libertad de conciencia, pensamiento, religión o convicción.²⁸⁵

- f) Joaquín Herrera Dávila promovió un incidente de nulidad contra la citada sentencia; en el mismo incidente argumentó la lesión del derecho a la objeción de conciencia como manifestación de la libertad ideológica y religiosa, así como la vulneración del derecho a la tutela judicial efectiva. El incidente de nulidad fue inadmitido a trámite el 22 de diciembre de 2011, por entender el juzgador que la sentencia atacada era congruente y adecuada.²⁸⁶
- g) Mediante escrito registrado el 25 de enero de 2012 en el Tribunal Constitucional de España, Herrera Dávila interpuso un recurso de amparo contra las resoluciones administrativas y judiciales referidas anteriormente. En el recurso señaló que las resoluciones impugnadas violaron su derecho a la objeción de conciencia, que forma parte de la libertad ideológica reconocida en el artículo 16.1 de la Constitución española, pues fue sancionado por actuar en la prestación de servicios farmacéuticos siguiendo sus convicciones éticas. Todavía más, refirió que profesa un gran respeto a la vida, por lo que ante la obligación de distribución de los productos objeto de la controversia se ubicó en una dilema: actuar fuera de la legalidad al ejercer su derecho a la objeción de conciencia, o bien actuar en contra de su conciencia, violando sus creencias, al distribuir en razón de su oficio tales productos, que consideraba inmorales. Por otro lado, alude que la sentencia impugnada afectó su derecho a la tutela judicial efectiva, por ser arbitraria e irrazonable, pues la remisión que hizo a la resolución del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el *caso Pichon y Sajous vs. Francia* implicó no dar respuesta a la cuestión, ya que aquella resolución se refería a productos anticonceptivos, mientras que en el caso en análisis se trataba de medicamentos con efectos abortivos.²⁸⁷

²⁸⁵ *Ibidem*, pp. 66655 y 66656.

²⁸⁶ *Ibidem*, p. 66656.

²⁸⁷ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66654 y 66656. Resulta interesante la posición del dilema que asume el quejoso en su demanda respecto a actuar fuera de la ley en el ejercicio de la objeción de conciencia o actuar en contra de sus creencias y valores al

h) Finalmente, a través de la providencia del 9 de septiembre de 2013, el Tribunal Constitucional acordó la admisión a trámite de la demanda de amparo y requerir al Juzgado de lo Contencioso Administrativo demandado, a fin de emplazar a todos los que hubieren sido parte en el juicio para que comparezcan al recurso de amparo.²⁸⁸

B. Alegaciones emitidas por las autoridades notificadas en el recurso de amparo

a) El abogado de la Junta de Andalucía presentó su escrito de alegaciones ante el Tribunal Constitucional el 25 de noviembre de 2013, en el cual solicitó la inadmisión del amparo y su desestimación. Lo anterior, por no justificar la especial trascendencia constitucional del caso, pues al decir del abogado, el Tribunal Constitucional ya se había pronunciado sobre la cuestión planteada por el quejoso. Por otro lado, refirió que el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer determina su derecho a las prestaciones farmacéuticas

distribuir los productos que considera inmorales. Nosotros diríamos que se trata de un verdadero dilema constitucional, ya que como lo asume Zucca, sea cual fuera el modo en que se observe el dilema, necesariamente se va a perder algo valioso. Para dicho autor, un dilema constitucional involucra dos elementos; por un lado, una elección entre dos bienes diferentes protegidos por los derechos fundamentales (por ejemplo, derecho de libertad ideológica versus principio de legalidad); por el otro, una pérdida fundamental de un bien protegido por un derecho fundamental, sin que sea relevante lo que implique tal decisión. Por ello, se asume como tesis básica que los conflictos de derechos fundamentales pueden implicar dilemas constitucionales. El problema es que en estos casos no se cuenta con parámetros para la argumentación; esto es, no se tiene una guía sobre qué se debe hacer, por lo que se ha asumido que estos casos no pueden ser resueltos de forma racional. *Cfr.* Zucca, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, trad. de David Martínez Zorrilla, en Zucca, Lorenzo *et al.*, *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 11. Ahora bien, para tener una radiografía más completa del tema de los dilemas constitucionales, debemos asumir la existencia previa de los dilemas (morales) que se conectan irremediamente con la idea de la tragedia de valores. El caso más representativo se tuvo con la famosa tragedia de Antígona ideada por el poeta griego Sófocles hace muchos siglos. Una representación actual de la Antígona de nuestro tiempo se tiene en Aicha, un personaje creado por Ost, para el cual aquí como en Atenas hace 25 siglos, la causa de Antígona termina por ganar (con el precio de su vida), aunque falta mucho para que ese desenlace trágico termine la discusión; así, debemos comprender que la libertad, la igualdad y la dignidad no son definitivas, sino que se deben reinventar en cada momento, pues lo más arcaico alcanza a lo más moderno, y lo más diferente es también una posibilidad de lo mismo; entonces hoy Antígona se llama Aicha. *Cfr.* Ost, François, *El velo de Antígona*, trad. de Pauline Capdevielle y Eva Marina Valencia Leñero, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017, p. XV.

²⁸⁸ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66657.

establecidas por el orden jurídico. Ese derecho conlleva el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo, así como a los medicamentos anticonceptivos aprobados en España. Por lo cual, si una mujer necesita el medicamento con el principio activo levonorgestrel prevalece su derecho a acceder al mismo sobre la objeción de conciencia del farmacéutico a distribuirlo.²⁸⁹

- b) El ministerio fiscal presentó ante el Tribunal Constitucional su escrito de alegaciones el 4 de diciembre de 2013, en el cual solicitó la inadmisión del amparo por extemporáneo y su desestimación. A juicio del ministerio fiscal, el reclamante prolongó innecesariamente el plazo de caducidad del recurso de amparo mediante la presentación del incidente de nulidad de actuaciones notoriamente improcedente, situación que determina lo extemporáneo del recurso del amparo; asimismo, indicó la fiscalía que la Constitución española sólo contempla el derecho de objeción de conciencia respecto a la prestación del servicio militar. Todavía más, a juicio de la fiscalía, la afectación del derecho de libertad ideológica del quejoso, que conlleva la normativa aplicable a las farmacias, debía ser estimada como legítima, pues buscaba proteger el derecho a la salud de las personas (que forma parte del derecho a la propia integridad física), que prevalece sobre el derecho del reclamante. En concreto, la protección de la salud y la libre autodeterminación de las personas, que busca proteger la obligación de tener en las farmacias el medicamento objeto de conflicto, es proporcional con el derecho del quejoso a conducirse de acuerdo con sus convicciones y creencias particulares. Así, la sanción decretada al demandante no supuso una afectación de su derecho de libertad ideológica.²⁹⁰

2. *Derechos humanos en colisión*

El caso “objeción de conciencia” que se analiza involucra una tensión de derechos humanos que podemos considerar como inusual, así como de relevancia académica, que debe ser asumida como de posible realización en países como México. Es de relevancia académica principalmente por tres razones; en primer lugar, ya que materializa la garantía de una dimensión novedosa del derecho humano a la protección de la salud, a saber: el derecho a la salud sexual y reproductiva de la mujer; en segundo lugar, porque

²⁸⁹ *Ibidem*, pp. 66657 y 66658.

²⁹⁰ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66658, 66659 y 66660.

pone de relieve la conexión que puede existir entre el derecho de objeción de conciencia y el derecho de libertad ideológica, y en tercer lugar, porque expone los diversos escenarios en los cuales se puede ejercer el derecho de objeción de conciencia, esto es, desde el ámbito de la práctica del aborto hasta el contexto de la distribución farmacéutica de medicamentos sobre salud reproductiva.²⁹¹

Ahora bien, con base en lo señalado, se comprende que los derechos humanos en colisión en el presente asunto son básicamente los siguientes:

- El derecho de objeción de conciencia que forma parte del derecho de libertad ideológica de Joaquín Herrera Dávila y de todas las personas (por interpretación del Tribunal Constitucional de España establecida en la sentencia que se comenta), que se encuentra reconocido en el artículo 16.1 de la Constitución española.
- Por otro lado, se tiene, aunque el Tribunal Constitucional español no lo mencione expresamente en la sentencia, el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, que es una dimensión del derecho a la protección de la salud y del derecho a la integridad física garantizados, respectivamente, en los artículos 43.1 y 15 de la Constitución española. Para mayor claridad, se precisa que los derechos sexuales de las mujeres, en el ámbito internacional, han sido asumidos en términos negativos; esto es, como el derecho a una sexualidad libre de coacciones, discriminación y violencia. Por otro lado, los derechos reproductivos incluyen el derecho de toda persona a determinar libremente el número y espaciamiento de los hijos, así como el derecho de disponer de servicios de planificación familiar.²⁹²

En efecto, en el asunto en estudio, el derecho de objeción de conciencia del quejoso se encuentra en tensión con el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, derechos que son asumidos como dimensiones

²⁹¹ Cabe indicar que en nuestro país los derechos reproductivos están reconocidos en el artículo 4o. de la Constitución de la República; por su parte, los derechos sexuales no están contemplados como tales en dicha norma fundamental, pero sí en los instrumentos internacionales adoptados por México; por ejemplo, la Convención sobre la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer de 1979, de la cual México es parte desde 1981. Cfr. Ávalos Capín, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en Ferrer Mac-Gregor Poisot, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución: comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. II, México, Konrad Adenauer Stiftung, Suprema Corte de Justicia de la Nación, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, pp. 2268-2271.

²⁹² Ávalos Capín, Jimena, *op. cit.*, p. 2268.

del derecho a la libertad ideológica y del derecho a la protección de la salud, respectivamente, por lo cual se observa que se trata de un asunto de gran calado, ya que debe decidirse por la vía constitucional cuál de tales derechos debe ceder frente al otro derecho, aunque sea de forma temporal y concreta.

Así, se observa que nos encontramos frente a un caso paradigmático, pues cualquier afectación a uno de los derechos comportará un escenario complejo para la parte afectada; por ejemplo, para las concepciones ideológicas arraigadas del farmacéutico, o para los derechos reproductivos y sexuales de las mujeres, que, por cierto, han luchado constantemente por sus derechos y por erradicar la violencia que aún viven en las sociedades actuales; por ello, si bien los derechos no caen del cielo, debemos reconocer que los de las mujeres han sido un producto de largas luchas históricas, por lo cual es necesario mantener el discurso y la firmeza en dicha batalla a fin de lograr la consolidación de los derechos femeninos,²⁹³ entre los que se encuentran los sexuales y reproductivos, que serán objeto de la argumentación en la sentencia que se comenta. Veamos pues la estructura argumentativa esbozada por el Tribunal Constitucional español.

3. *Argumentación y sentencia*

Para comenzar, se señala que los jueces constitucionales españoles dividieron en dos partes la presentación de su esquema argumentativo; por un lado, esbozaron respuestas a las objeciones formuladas por el abogado de la Junta de Andalucía y el Ministerio Fiscal respecto de la inadmisión y desestimación del recurso de amparo, por el otro, examinaron las vulneraciones expuestas por el reclamante.²⁹⁴

Bajo este sendero, el Tribunal Constitucional precisó que el recurso, tal como lo indicó el fiscal, es un recurso de amparo mixto; así, junto al reclamo principal (vulneración del derecho a la objeción de conciencia vin-

²⁹³ Nieto Castillo, Santiago, *Los derechos en los tiempos del género (de mujeres, feminismo y derecho)*, Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, 2017, p. 233. Sobre esto, se debe considerar que la igualdad efectiva de las mujeres exige superar las barreras que tienen para el libre ejercicio de su autonomía tanto en el ámbito privado como en el público. *Cfr.*: Cuenca Gómez, Patricia, “Los derechos humanos: la utopía de los excluidos”, en Ramiro Avilés, Miguel Ángel y Cuenca Gómez, Patricia (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Madrid, Dykinson e Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010, p. 32.

²⁹⁴ Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66661.

culado a la libertad ideológica) vertido contra la resolución administrativa sancionadora, el quejoso presentó un reclamo específico contra la sentencia que confirma tal resolución, por afectación de su derecho a la tutela judicial efectiva, reconocido en el artículo 24.1 de la Constitución española. Por ello, no puede asumirse que el incidente de nulidad de actuaciones sea manifiestamente improcedente, toda vez que el quejoso no se limitó a reiterar en el incidente la afectación de su derecho de libertad ideológica, sino que presentó una nueva queja contra la sentencia por vulneración de su derecho a la tutela efectiva, por lo que estaba obligado a promover el incidente de nulidad, a fin de cumplir con el requisito de agotamiento de los recursos judiciales previos.²⁹⁵

En este sentido, para los jueces constitucionales no existieron razones para considerar el incidente de nulidad como improcedente, con la consecuencia de asumir la extemporaneidad del propio recurso de amparo del quejoso. Ello, sólo ocurriría si el Tribunal Constitucional hubiera identificado que el recurrente ha actuado con el deseo de prolongar inadecuadamente la vía judicial previa, o cuando la improcedencia del incidente de nulidad fuera clara e inequívoca, circunstancias que no advirtieron los jueces constitucionales, por lo que rechazaron el argumento de inadmisión del fiscal.²⁹⁶

Por otro lado, sobre los motivos de inadmisión del amparo expuestos por el abogado de la Junta de Andalucía, referentes a que el demandante no justificó la especial trascendencia constitucional del caso en cuestión, en opinión de los jueces constitucionales tal argumento debe ser desechado, ya que en la demanda de amparo se incluyó un apartado sobre la relevancia constitucional del caso, en el cual el demandante señaló que se trata de una cuestión novedosa, pues no existe pronunciamiento del Tribunal Constitucional sobre si en el ejercicio de su profesión los farmacéuticos pueden invocar el derecho de objeción de conciencia a fin de negarse a distribuir medicamentos con posibles efectos abortivos.²⁹⁷

Ciertamente, el demandante de amparo cumplió la carga de justificar la especial trascendencia constitucional de su reclamación; todavía más, para los jueces constitucionales sí se materializó el requisito de la especial trascendencia constitucional, pues la cuestión a resolver en el recurso de amparo implica tomar una postura sobre la admisibilidad de la objeción de conciencia de los farmacéuticos respecto de la tenencia y distribución de medicamentos con posibles efectos abortivos, lo cual contribuye a aclarar

²⁹⁵ *Ibidem*, pp. 66661 y 66662.

²⁹⁶ *Ibidem*, p. 66662.

²⁹⁷ *Idem*, p. 66662.

diversas cuestiones en torno a la doctrina constitucional sobre la naturaleza del derecho de objeción de conciencia.²⁹⁸

Una vez presentadas las respuestas del Tribunal Constitucional a los argumentos hechos valer por la Junta de Andalucía y la fiscalía sobre la improcedencia del amparo, corresponde esbozar el esquema argumentativo respecto a las vulneraciones señaladas por el reclamante; esto es, sintetizar el estudio constitucional que los jueces realizaron sobre el fondo del asunto.²⁹⁹

Inicialmente, el Tribunal Constitucional recuerda que el quejoso ha invocado en apoyo de su amparo la doctrina establecida en su sentencia 53/1985, que le permitió al reclamante asumir que las resoluciones impugnadas han afectado su derecho a la objeción de conciencia, toda vez que fue sancionado siguiendo sus convicciones éticas sobre el derecho a la vida, las que se oponen a la distribución del medicamento con el principio activo levonorgestrel derivado de sus posibles efectos abortivos.³⁰⁰

Pues bien, para los jueces constitucionales lo que se debe ponderar en el caso en análisis es el derecho de objeción de conciencia (como manifestación del derecho a la libertad ideológica), con la obligación legal de tener un mínimo de medicamentos con el principio activo levonorgestrel, a fin de que pueda ser distribuido a quienes lo soliciten.³⁰¹ Nosotros diríamos que del deber legal de tener el citado medicamento para su posterior distribución se desprendería que el otro derecho en tensión es el de salud sexual y reproductiva de las mujeres, aunque no lo hayan señalado expresamente los jueces constitucionales en la sentencia en estudio.

A todo esto, indicaron los jueces constitucionales que en su diversa sentencia 53/1985 no calificaron como inconstitucional una norma jurídica sobre el aborto, porque no incluía el derecho de objeción de conciencia, ya que tal derecho existe y es oponible con independencia de que lo regule una ley en concreto; asimismo, señalaron en dicha determinación que la objeción de conciencia forma parte del derecho a la libertad ideológica y religiosa, además de que la Constitución es directamente aplicable, más aún si se trata de derechos fundamentales.³⁰²

En este orden de ideas, para el Tribunal Constitucional era indispensable establecer si la doctrina defendida en su sentencia 53/1985 era aplicable

²⁹⁸ *Ibidem*, pp. 66662 y 66663.

²⁹⁹ Para la redacción de este párrafo se utilizaron las ideas plasmadas por los jueces constitucionales españoles, véase Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, p. 66663.

³⁰⁰ *Idem*. p. 66663.

³⁰¹ *Idem*.

³⁰² *Idem*. p. 66663.

al caso que se analiza. Para resolver dicha cuestión, debían estudiar si los motivos invocados para no distribuir la medicina con el principio activo levonorgestrel comporta suficiente semejanza con los que justificaron el reconocimiento de la objeción de conciencia de los médicos para practicar el aborto; todo ello, a fin de asumir si la aceptación de dicha objeción resulta extensible a la oposición del farmacéutico de tener y distribuir el citado medicamento por sus convicciones sobre el derecho a la vida.³⁰³

Sobre esto, los jueces señalaron que no desconocían la falta de unanimidad científica en torno a los posibles efectos abortivos del medicamento en cuestión; sin embargo, la existencia en el debate de posiciones que asumen tal circunstancia los llevó a identificar la presencia de una duda razonable sobre la producción de tales efectos, por lo que sin desconocer las divergencias entre la participación de los médicos en el aborto y la distribución farmacéutica del medicamento citado, los jueces reconocieron que la base del conflicto en ambos supuestos cubre una misma finalidad, esto es, defender una concepción sobre el derecho a la vida. Por esta razón, el Tribunal Constitucional español determinó que los criterios definitorios de la objeción de conciencia analizada en la sentencia 53/1985 también se presentan en la objeción de conciencia de los farmacéuticos para no distribuir un medicamento con posibles efectos abortivos.³⁰⁴

Un vez identificadas las semejanzas entre los supuestos abordados en la sentencia que se comenta y la diversa 53/1985, los jueces constitucionales se dieron a la tarea de atender las tensiones que se presentaban entre los diversos bienes jurídicos tutelados, para lo cual identificaron la obligación a cargo de los farmacéuticos de contar con las medicinas que el sistema público sanitario les exige para su distribución a los consumidores, lo que garantiza, en el caso concreto, el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres, que conlleva a su vez el acceso a la prestación sanitaria de la interrupción voluntaria del embarazo, así como a los medicamentos anti-conceptivos autorizados en España.³⁰⁵

Por otra parte, destaca el Tribunal Constitucional que la imposición de la sanción al quejoso no se generó de su negativa de vender el medicamento a alguien que lo hubiera solicitado, sino del incumplimiento de su obligación de contar con el mínimo de existencias prescrito en las normas jurídicas. Aún más, para los jueces de las actuaciones no se acreditó algún riesgo de que la distribución del medicamento se viera afectada, pues la farmacia del deman-

³⁰³ *Idem.*

³⁰⁴ *Ibidem.* pp. 66663 y 66664.

³⁰⁵ *Ibidem.*, p. 66664.

dante se ubicaba en el centro de la ciudad de Sevilla, derivado de lo cual se induce la disponibilidad de otras farmacias cercanas; así, en opinión del Tribunal Constitucional, el derecho de las mujeres a acceder a los medicamentos anticonceptivos no fue comprometido por la actuación del quejoso.³⁰⁶

Asimismo, cabe indicar que los jueces constitucionales esbozaron en su argumentación, que el quejoso estaba inscrito como objetor de conciencia en el Colegio Oficial de Farmacéuticos de Sevilla (al cual pertenecía), que en sus estatutos reconoció el derecho de los farmacéuticos colegiados a la objeción de conciencia, estatutos que fueron aprobados el 30 de diciembre de 2005 por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía. Bajo este escenario, afirmaron los jueces que el reclamante actuó bajo la legítima confianza de ejercitar su derecho de objeción de conciencia, el cual fue reconocido y no objetado estatutariamente por la Consejería de Justicia y Administración Pública de la Junta de Andalucía.³⁰⁷

Por todo ello, el Tribunal Constitucional identificó que la sanción impuesta al quejoso (por no tener en existencia la medicina con posibles efectos abortivos) violó su derecho a la libertad ideológica, reconocido por el artículo 16.1 de la Constitución española.³⁰⁸

En otro sentido, sobre la sanción impuesta al quejoso por no disponer de preservativos en su farmacia, los jueces constitucionales argumentaron que tal renuencia a disponer de los preservativos no queda amparada por la dimensión constitucional de la objeción de conciencia que deriva de la libertad ideológica reconocida en la Constitución española. Así, el otorgamiento de amparo al demandante, por vulneración de su derecho a la objeción de conciencia, cubre exclusivamente la negación de disponer del medicamento con posibles efectos abortivos, por lo que la declaración de la nulidad de las resoluciones atacadas por el quejoso tiene como efecto que la Junta de Andalucía establezca la sanción que corresponda al demandante por negarse a disponer y distribuir preservativos en su farmacia.³⁰⁹

Con base en toda la argumentación descrita, el Tribunal Constitucional español resolvió lo siguiente: *a)* declarar que ha sido violado el derecho de objeción de conciencia, relacionado con el derecho a la libertad ideológica del quejoso; *b)* restablecer en su derecho al quejoso y, por lo tanto, anular las resoluciones de la Junta de Andalucía, así como la sentencia del juzgado de lo contencioso administrativo de Sevilla y la providencia del mismo juzgado que inadmite el incidente de nulidad promovido contra la misma

³⁰⁶ *Idem.* p. 66664.

³⁰⁷ *Ibidem*, pp. 66664 y 66665.

³⁰⁸ *Ibidem*, p. 66665.

³⁰⁹ *Idem.*

sentencia, y *c*) retrotraer las actuaciones al momento inmediato anterior a la resolución de la Junta de Andalucía, a fin de que emita una nueva sanción que castigue el incumplimiento del quejoso a la obligación de disponer de preservativos en su farmacia.³¹⁰

4. *Criterios de evaluación de la argumentación utilizados*

Como se pudo observar, en el caso “objeción de conciencia” no se despliega un esquema amplio de criterios de corrección de la decisión; sin embargo, sí se identifican dos parámetros que resultan sustanciales para el sentido de la decisión, los cuales se repasarán en este apartado de la investigación.³¹¹

Antes de ello, cabe recordar que el resultado de la ponderación entre el derecho de objeción de conciencia (que deriva del derecho de libertad ideológica) y el derecho a la salud sexual y reproductiva de las mujeres tuvo un resultado interesante, ya que si bien se determinó que el derecho a la objeción de conciencia fue vulnerado por la autoridad, decretándose su restablecimiento en la sentencia, ello no fue a costa de la afectación temporal de los derechos que jugaban en sentido contrario (salud sexual y reproductiva); así, los jueces constitucionales determinaron que los derechos sexuales y reproductivos no fueron afectados por la inexistencia del medicamento con efectos abortivos en la farmacia del quejoso, ya que existían otras agencias farmacéuticas que cubrían las necesidades de las personas que demandarán tales medicamentos, todo lo cual cobra relevancia en la teoría de la ponderación de derechos, que implica, en la mayoría de los casos, la preferencia de algún derecho en detrimento de otro, lo cual no se presentó en el asunto en análisis.³¹² Veamos pues el esquema de calificación asumido por los jue-

³¹⁰ *Ibidem*, p. 66666.

³¹¹ Se conoce que la sentencia en comento ha sido criticada por mostrar una argumentación débil, lo que se corresponde con los escasos criterios de evaluación utilizados; todavía más, para algunos autores la sentencia parte de dos premisas erróneas; por un lado, la objeción de conciencia no forma parte de la libertad ideológica; por el otro, la objeción de conciencia no se puede defender sin que exista una regulación legal previa. Véase Navarro-Michel, Mónica, “¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, 2015, núm. 35, p. 135, disponible en <http://revistes.uab.cat/index.php/RBD/article/view/14287/17549>, fecha de consulta: el 24 de octubre de 2017.

³¹² Cabe recordar que la idea de ponderación evoca una balanza en la que las distintas normas, diríamos nosotros derechos, son pesadas, y la decisión judicial dependerá del peso que tenga cada uno de los principios en las circunstancias del caso concreto a resolver; en

ces constitucionales españoles en el caso que se comenta; así, se tiene que los parámetros de calificación de la decisión esbozados en la sentencia de estudio fueron únicamente el jurisprudencial y el de la duda razonable.

Sobre el criterio jurisprudencial, como se sabe, el Tribunal Constitucional español sustentó el sentido de su decisión tomando en consideración su diversa sentencia 53/1985, en la cual se atacaba como inconstitucional una norma jurídica sobre el aborto que no establecía expresamente la figura de objeción de conciencia. En dicha decisión, como se ha señalado, se determinó que la objeción de conciencia forma parte del derecho a la libertad ideológica. Tal sentencia fue considerada para asumir que el derecho de objeción de conciencia de los médicos para la práctica del aborto esbozada en la misma sentencia también es aplicable a los farmacéuticos en el contexto de la obligación de tener y distribuir medicamentos con posibles efectos abortivos.

Por ello, se observa que los jueces constitucionales recurrieron a la jurisprudencia emitida para sustentar su decisión; en concreto, a la que señalaba que el derecho a la objeción de conciencia deriva del derecho a la libertad ideológica, que mediante una interpretación extensiva es aplicable no sólo a los médicos sino además a los dueños de farmacias, quienes en su ejercicio profesional pueden oponerse a la obligación de tener y distribuir medicamentos con posibles efectos abortivos, todo lo cual propicia una lógica en la red de decisiones del Tribunal Constitucional español, lo que, paralelamente, genera seguridad jurídica en la sociedad, ya que las decisiones constitucionales se conectan y relacionan de forma consistente; ello, hasta en tanto no existan razones para asumir otro criterio.

Respecto al criterio de la duda razonable, se señala que el mismo fue utilizado para analizar las posibles semejanzas y diferencias entre el derecho de objeción de conciencia de los médicos para practicar el aborto, con el posible derecho de objeción de conciencia de los farmacéuticos para tener y distribuir medicamentos con determinados efectos abortivos.

De esta manera, los jueces constitucionales españoles identificaron que en el ámbito científico no existe un acuerdo concreto sobre los posibles efectos abortivos de los medicamentos con el principio activo levonorgestrel (medicamento que se le exigía tener al quejoso en su farmacia); así, como se sabe, asumieron que en el debate científico se dan posiciones que plantean que dicho medicamento sí comporta efectos abortivos, por lo que se

otros términos, prevalecerá la solución generada por aquel derecho de mayor peso, ya que se habrá inclinado la balanza a su favor. *Cfr.* Martínez Zorrilla, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010, p. 153.

presenta una duda razonable en torno a tales efectos, que los jueces deben considerar para la toma de decisiones constitucionales.

Bajo este sendero, como se recordará, para el Tribunal Constitucional fue posible afirmar que la práctica del aborto y la negación de distribución del medicamento con el principio activo levonorgestrel en farmacias defienden una idea sobre la vida humana, por lo que ante la citada duda razonable debe considerarse que existe un derecho de objeción de conciencia aplicable a los farmacéuticos ante la obligación que les imponen las normas jurídicas de tener cantidades mínimas en existencia de medicinas con el principio activo levonorgestrel, pues no está comprobado científicamente que no generen efectos abortivos; en otras palabras, la duda razonable sobre cuáles son efectivamente los efectos de tal medicamento activa la necesidad de su ubicación en el seno del derecho a la objeción de conciencia a favor de las personas que por sus convicciones éticas defienden el derecho a la vida en todas sus formas y etapas de desarrollo.

Pues bien, tomando en consideración los criterios utilizados para la evaluación de la argumentación, se puede afirmar que la decisión emitida por el Tribunal Constitucional español fue la más correcta y adecuada, ya que para decretar la violación del derecho de objeción de conciencia que deriva del derecho a la libertad ideológica a favor del quejoso se utilizaron dos criterios para fiscalizar la decisión, que si bien son limitados, comportan una naturaleza fundamental para calificar la corrección de la decisión, ya que implícitamente abordan principios de consistencia constitucional y de prueba científica, esenciales para la toma de decisiones en casos paradigmáticos.

Para terminar, se asume que para evaluar la corrección de las decisiones se pueden aludir al menos a dos criterios o parámetros, siempre y cuando sean fundamentales y contundentes, aunque, en nuestra opinión, se deben buscar más criterios para respaldar el sentido de las decisiones constitucionales que se lleguen a emitir; ello, a fin de eliminar, paradójicamente, cualquier duda razonable que sobre la misma se pueda esbozar por la parte afectada temporalmente en sus derechos y la misma sociedad.

VI. NOTAS SOBRE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN ENCONTRADOS EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL DE MÉXICO, COLOMBIA Y ESPAÑA

Como idea general, se destaca que el estudio de los tres casos de justicia constitucional de México, Colombia y España ha sido productivo para los fines de nuestra investigación por dos cuestiones; en primer lugar, porque

nos ha permitido identificar algunas tendencias en torno a los parámetros de calificación de la corrección de las decisiones constitucionales; en segundo lugar, porque hemos podido evidenciar uno de los problemas planteados al inicio del presente trabajo; esto es, que no se está justificando la elección de las teorías de la argumentación utilizadas en las sentencias (por ejemplo, en el caso de la aplicación de la teoría de Robert Alexy). Volveremos sobre este punto en la parte propositiva de la investigación; por ahora basta con identificar dicha situación.

De esta forma, cabe englobar las tendencias encontradas sobre la corrección de las decisiones en los siguientes criterios:

- Finalidades constitucionales válidas.
- Idoneidad.
- Necesidad.
- Proporcionalidad en sentido estricto.
- Terminológico.
- Jurisprudencial.
- Dignidad humana.
- Derecho comparado.
- De la duda razonable.

Como se puede observar, los criterios esbozados por los jueces en los casos estudiados son limitados; sin embargo, derivado de su ubicación, se tiene ahora una evidencia clara sobre el tipo de parámetros que algunos tribunales constitucionales están aplicando para calificar su decisión.

Dichos criterios deben ser ampliados, perfeccionados y regionalizados; así, estimamos que no es suficiente con identificarlos, sino que debemos incrementarlos y mejorarlos para que puedan ser aplicados de forma ordenada en la justicia constitucional mexicana, que nos demanda un esquema de justificación más complejo.

De modo que hemos podido corroborar que sí existen algunos parámetros viables para evaluar la argumentación jurídica, que si bien no son perfectos, sí generan un borrador útil para mejorar el proceso de toma de decisiones, que involucran posibles afectaciones a los derechos humanos. La gran tarea que se tiene ahora es establecer un esquema más sofisticado en torno a la evaluación de la argumentación jurídica; ello contribuirá a lograr un avance en el desarrollo de una teoría de la decisión judicial de alcance nacional.

Para lograr tal cometido, se necesita continuar con el análisis de casos judiciales en el seno internacional; ello nos permitirá ampliar la muestra

práctica de nuestra investigación; adicionalmente, ayudará a que se pueda presentar una postura final sobre los criterios de evaluación de la argumentación en nuestro país. Dicha postura propositiva será asumida en la parte final del presente trabajo; esto es, una vez que se hayan ubicado algunos parámetros de la justicia internacional sobre la fiscalización de las decisiones. Pues bien, veamos a dónde nos conduce el estudio de casos prácticos en la justicia internacional a efectuarse en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO CUARTO

LA JUSTICIA INTERNACIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS: ESTUDIO DE CASOS PRÁCTICOS

I. PROLEGÓMENOS DE LA JUSTICIA INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS

La justicia internacional sobre los derechos humanos (que podemos identificar como el aparato institucional de alcance supranacional que busca corregir y castigar las deficiencias domésticas en la protección, promoción y garantía de los derechos humanos, a fin de materializar una vida digna en el seno global, en cumplimiento de los acuerdos internacionales sobre la materia) ha cobrado relevancia actual, principalmente, por dos motivos.

En primer lugar, derivado del papel que las sentencias internacionales sobre derechos humanos tienen para la verdadera configuración de los Estados constitucionales de derecho, pues un Estado que no respete ni reconozca, maximice y atienda dichas determinaciones internacionales, que buscan lograr una protección efectiva de las personas, difícilmente podría considerarse como constitucional de derecho.

En segundo lugar, porque la jurisprudencia emitida por los tribunales internacionales constituye, en esencia, una extensión de las disposiciones contenidas en los tratados internacionales sobre o que contengan derechos humanos; por ello, es indispensable que se estudie, comprenda y aplique la misma jurisprudencia en el seno nacional.³¹³ Aún más, para una mejor armonización de los criterios jurisprudenciales nacionales e internacionales, se requiere un diálogo entre los jueces de los diversos órdenes jurídicos, que sólo se puede iniciar si se asume un derecho constitucional y jurisprudencial

³¹³ En esta línea de pensamiento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha establecido que los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos constituyen 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 acuerdo internacional. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, p. 61.

de corte multinivel o, mejor, un nuevo derecho constitucional común de alcance global.³¹⁴

Sobre el valor de la jurisprudencia internacional, en México, por ejemplo, el máximo tribunal del país ha establecido que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos, con independencia de que México sea parte en el caso judicial que la generó; ello, siempre y cuando sea más favorable a la persona.³¹⁵

Ahora bien, cabe indicar que a pesar de las grandes dificultades que tiene la justicia internacional para su efectiva realización en el ámbito nacional, ya que para ello se requiere que previamente los Estados reconozcan la jurisdicción de las cortes internacionales, así como que suscriban y ratifiquen los acuerdos internacionales que reconozcan derechos humanos, se sabe que, en general, las normas y decisiones internacionales tienen un alto índice de cumplimiento, a pesar de las limitaciones del esquema de coacción en el seno internacional.³¹⁶

A todo esto, se resalta que la relevancia del análisis de la justicia internacional sobre derechos humanos se materializa en el contexto global bajo un sistema universal operado por la Organización de las Naciones Unidas (en el cual, si bien no existe un tribunal con competencia exclusiva en derechos humanos, sí se cuenta como una Corte Internacional de Justicia que puede protegerlos indirectamente, y un aparato institucional con atribuciones no jurisdiccionales en la materia), así como con tres sistemas regionales de protección de derechos humanos, que se desenvuelven en el continente europeo, americano y africano; tales sistemas cuentan con sus propias insti-

³¹⁴ Sobre esto, Sergio García Ramírez ha señalado que el diálogo jurisprudencial influye de forma decisiva en la elaboración de un *ius commune*. Tal diálogo, que antes era escaso, hoy en día abunda, para lo cual existen buenos ejemplos de ello en la experiencia entre la Corte Interamericana y los tribunales nacionales; en concreto, la sentencia del 18 de septiembre de 2003 de dicho tribunal internacional en el caso *Bulacio vs. Argentina*. Cfr. García Ramírez, Sergio, “La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en Bogdandy, Armin von *et al.* (coords.), *Ius commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017, p. 78.

³¹⁵ Suprema Corte de Justicia de la Nación, Contradicción de tesis 293/2011..., *cit.*, p. 61.

³¹⁶ Por ejemplo, se ha dicho que la mayoría de las normas jurídicas internacionales son cumplidas cotidianamente y permiten que el orden internacional se desarrolle sin contratiempos (*i. e.*: normas sobre finanzas, comercio, transporte, telecomunicaciones, principalmente), el problema se da con las violaciones a las normas que prohíben el uso de la fuerza. Cfr. Vallarta Marrón, José Luis, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2006, pp. 23 y 24.

tuciones y tribunales especializados, además de representarse con acuerdos internacionales que les dan vida. Todo lo anterior, sin olvidar que en el ámbito asiático se cuenta con una estructura naciente en torno a la protección de los derechos humanos.

En suma, se puede afirmar que los cuatro sistemas de protección de derechos humanos (universal, europeo, americano y africano) se desenvuelven en lo que para fines de nuestra investigación hemos identificado como justicia internacional sobre derechos humanos.

Con todo, cabe notar que en el contexto asiático existen ciertos instrumentos e instituciones para la protección de derechos humanos; pero esos instrumentos son de naturaleza incipiente, por lo que no califican para hablar de un sistema de protección de derechos humanos asiático propiamente dicho; a pesar de ello, en esta investigación se presentarán algunos de los elementos más relevantes sobre la protección de los derechos humanos en esa región del mundo.

Pues bien, en adelante describiremos, con cierto detalle, cada uno de los sistemas de protección de derechos que operan en el mundo (universal, europeo, americano y africano) y el sistema incipiente asiático.

1. *Sistema universal de protección de derechos humanos*

Si bien existen diversos puntos de vista en torno al origen de los derechos humanos, de modo que algunos autores identifican la fuente del cuerpo de derechos básicos en los inicios del siglo XIII en Europa, se debe considerar que los derechos humanos representan una interpretación moderna y una expansión del concepto tradicional de Estado de derecho.³¹⁷

De esta forma, se observa que los derechos humanos han cobrado relevancia en el ámbito internacional a partir de la fundación de las Naciones Unidas, que, conforme a la carta de San Francisco, tiene como uno de sus propósitos el desarrollo, estímulo y respeto de los derechos humanos y las libertades fundamentales de todos.³¹⁸

Para tal efecto, las Naciones Unidas cumplen esa encomienda mediante las siguientes instituciones y órganos: el Consejo de Derechos Humanos, el Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y con

³¹⁷ Smith, Rhona K. M, *Textbook on International Human Rights*, 4a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2010, p. 5.

³¹⁸ Artículo 1o., numeral 3, de la Carta de las Naciones Unidas, firmada el 26 de junio de 1945 en San Francisco, disponible en <http://www.un.org/es/charte-united-nations/index.html>, fecha de consulta: 26 de octubre de 2017.

los distintos comités de protección de derechos que se establecen en el marco de los instrumentos internacionales sobre derechos humanos.

Ello, con independencia de que la Corte Internacional de Justicia ha tenido un papel relevante en la protección de los derechos humanos como órgano judicial de las Naciones Unidas, a pesar de que la misma resuelve conflictos entre Estados; por ejemplo, se tiene el *caso Avena*, en el cual el gobierno mexicano demandó a los Estados Unidos en 2003 por violaciones a la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares, derivado de lo cual se buscaba la anulación de las condenas de pena de muerte de 52 mexicanos. El fallo de la Corte de 2004 determinó que al no informar a los mexicanos sus derechos y al no notificar a las autoridades consulares mexicanas los arrestos y condenas de los mismos, se habían incumplido las obligaciones establecidas en el artículo 36 de la Convención de Viena sobre Relaciones Consulares por parte de Estados Unidos, por lo que era procedente la revisión y reconsideración judicial de las sentencias de pena de muerte emitidas por los tribunales americanos.³¹⁹

Dicho caso demostró que la Corte Internacional de Justicia, al resolver un conflicto entre Estados, puede, paralelamente, intentar proteger derechos humanos, como fue la vida de varios mexicanos condenados a la pena de muerte; se dice intentar porque Estados Unidos ha incumplido la sentencia del *caso Avena*, ya que dos mexicanos fueron ejecutados en Texas en 2008 y 2011. Respecto al incumplimiento de la sentencia *Avena*, la Suprema Corte de Justicia estadounidense señaló que la misma deriva de un acuerdo internacional que no tiene la naturaleza de ser autoejecutable, por lo que no posee carácter obligatorio en el orden jurídico interno, al no haber emitido el Congreso una legislación de implementación de tales obligaciones internacionales en el ámbito nacional de dicho país.³²⁰

Sobre el Consejo de Derechos Humanos, se señala que es un órgano subsidiario de la Asamblea General de las Naciones Unidas que sustituyó al Comité de Derechos Humanos creado en 1946, el mismo fue establecido por resolución de dicha asamblea en 2006.³²¹

³¹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo. El caso Avena*, México, 2015, pp. 8-10.

³²⁰ *Ibidem*, pp. 65, 68 y 69.

³²¹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*, 2a. ed., México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015, p. 63. Sobre el extinto Comité de Derechos Humanos de 1946, cabe resaltar que el mismo fue diseñado como un órgano bastante limitado, pues sólo realizaba estudios y recomendaciones; en un principio, sólo conocía de ciertas violaciones graves y sistemáticas y no podía analizar las denuncias

El Consejo está conformado por 47 Estados miembros elegidos de forma directa e individual en votación secreta por la mayoría de los miembros de la Asamblea General de las Naciones Unidas; su integración está sustentada en una distribución geográfica equitativa. El Consejo busca promover el respeto universal de los derechos humanos, para lo cual puede emitir recomendaciones sobre transgresiones a esos derechos; por otro lado, analiza la situación de los derechos humanos en todos los Estados miembros de las Naciones Unidas, a los cuales les aplica exámenes periódicos universales una vez cada cuatro años. En dicho proceso, el Estado señala cuáles son las acciones que ha emprendido a favor de los derechos humanos y cómo ha materializado sus obligaciones sobre la materia. Asimismo, el Consejo contempla un mecanismo de denuncias particulares de los individuos y organizaciones por posibles violaciones a los derechos humanos.³²²

El Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos es el principal funcionario de las Naciones Unidas que ostenta la responsabilidad en materia de derechos humanos. La figura fue creada por la Asamblea General de dicha organización internacional en el seno de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos llevada a cabo en Viena en 1993.³²³

Las funciones principales del Alto Comisionado son las siguientes: *a*) promover y proteger el disfrute efectivo de los derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales; *b*) formular recomendaciones a los órganos competentes del sistema universal de derechos humanos sobre el mejoramiento de la protección de estos derechos, y *c*) prestar apoyo sustantivo a las reuniones del Consejo de Derechos Humanos y dar seguimiento a sus deliberaciones.³²⁴

Respecto de los distintos comités de protección de derechos humanos que se establecen en el marco de los instrumentos internacionales, cabe indicar que, a diferencia del Consejo de Derechos Humanos, los comités no fueron diseñados como entes intergubernamentales (compuestos por representantes de los gobiernos), sino más bien como órganos formados por expertos independientes, quienes deben ser personas con reconocida competencia en materia de derechos humanos, que no representan a los Estados de su nacionalidad. Tales expertos son nombrados entre los nacionales de

que presentaran los particulares, además de que su procedimiento era confidencial hasta su conclusión. *Cfr.* Becerra Ramírez, Manuel, *op. cit.*, pp. 59 y 60.

³²² Castañeda, Mireya, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

³²³ *Ibidem*, pp. 64 y 65.

³²⁴ Castañeda, Mireya, *op. cit.*, p. 65.

los Estados parte de cada tratado, con base en parámetros de distribución geográfica.³²⁵

Actualmente existen diez órganos o comités creados en virtud de diversos tratados, los cuales se presentan a continuación.³²⁶

<i>Órganos creados por tratados internacionales</i>		
<i>Órgano</i>	<i>Tratado</i>	<i>Integración</i>
Comité de Derechos Humanos	Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos	18 expertos independientes
Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales	18 expertos independientes
Comité para la Eliminación de la Discriminación Racial	Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial	18 expertos independientes
Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer	Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer	23 expertos independientes
Comité contra la Tortura	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su protocolo facultativo	10 expertos independientes
Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes	Convención contra la Tortura y Otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes y su protocolo facultativo	25 expertos independientes
Comité de los Derechos del Niño	Convención sobre los Derechos del Niño	18 expertos independientes

³²⁵ Anaya Muñoz, Alejandro, *Los derechos humanos en y desde las relaciones internacionales*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2014, p. 75.

³²⁶ Para el elaboración del presente cuadro que contiene los órganos creados por tratados internacionales, se utilizaron los cuadros e ideas de Mireya Castañeda y Alejandro Anaya. Véase Castañeda, Mireya, *Introducción al sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012, pp. 63 y 65, y Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 78.

<i>Órganos creados por tratados internacionales</i>		
Comité de Protección de los Derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	Convención Internacional sobre la Protección de los Derechos de Todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares	10 expertos independientes
Comité de los Derechos de las Personas con Discapacidad	Convención sobre los Derechos de las Personas con Discapacidad	18 expertos independientes
Comité de Desapariciones Forzadas	Convención Internacional para la Protección de Todas las Personas contra las Desapariciones Forzadas	10 expertos independientes

Los comités realizan diversas funciones con el objetivo de promover la implementación de los acuerdos intencionales que les dieron vida. Una de sus principales labores es monitorear el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los tratados respectivos.³²⁷

Entre las facultades esenciales que tienen los comités se identifican las siguientes: *a)* examen de informes periódicos, *b)* emisión de observaciones finales, *c)* atender las denuncias entre Estados, *d)* recibir comunicaciones de particulares, *e)* realizar investigaciones especiales, y *f)* emitir observaciones generales.³²⁸

Finalmente, se resalta que todos los comités de implementación de los tratados de derechos humanos no pueden obligar a los Estados a que cumplan sus recomendaciones; lo único que pueden hacer mediante su trabajo es monitorear y evaluar las situación de los derechos humanos y, en todo caso, plantear públicamente que determinado Estado no ha cumplido con sus obligaciones jurídicas en el contexto de algún tratado internacional.³²⁹

2. Sistema europeo de derechos humanos

El sistema europeo de derechos humanos surgió después de la Segunda Guerra Mundial en el Consejo de Europa, órgano creado en 1949, integra-

³²⁷ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 75.

³²⁸ Castañeda, Mireya, *Introducción al sistema de tratados...*, *cit.*, p. 65.

³²⁹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 77.

do por 47 países miembros, que tiene como objetivo salvaguardar y buscar la mayor efectividad de los derechos humanos.³³⁰

Se aclara que la Unión Europea y el Consejo de Europa son estructuras internacionales independientes y diferentes entre sí; el Consejo es una organización intergubernamental regional, parecida a la Organización de los Estados Americanos; por su parte, la Unión Europea es una estructura de gobernanza supranacional. Así, se observa que el régimen europeo de derechos humanos no es parte del esquema institucional de la Unión Europea, que tiene sus propios órganos de promoción de derechos humanos.³³¹

Ahora bien, como fundamento normativo del sistema europeo, se tiene el Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (adoptada el 4 de noviembre de 1950 por los miembros del Consejo de Europa), con el cual se dio el primer paso para la creación del sistema europeo de protección de derechos humanos. En tal instrumento internacional se estableció la puesta en marcha de un mecanismo complejo integrado en su inicio por dos instancias: una comisión no judicial y un tribunal, que tendrían como encomienda la tutela de los derechos humanos previstos en el citado Convenio, en el caso de que la misma encomienda no haya sido posible materializar en el ámbito nacional.³³²

A todo esto, en el contexto del derecho internacional, aun cuando en principio la ratificación del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales no era obligatoria, a partir de 1993, todo Estado que quisiera formar parte del Consejo de Europa debía ratificar el Convenio, además de aceptar la competencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Por lo cual, el sistema europeo de derechos humanos ha adquirido una vigencia regional absoluta, a diferencia de su homólogo interamericano.³³³

Pues bien, se resalta que el Convenio de 1950 se limitó a recoger los derechos con menores dificultades para su eficaz protección internacional, a saber: los derechos políticos y civiles. En concreto, el mecanismo de pro-

³³⁰ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 102 y 103.

³³¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 85.

³³² Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2008, p. 21.

³³³ *Idem.* De esta forma, actualmente la adhesión al Convenio Europeo de Derechos Humanos y el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Europea de Derechos Humanos son obligatorias para todos los Estados miembros del Consejo de Europa. *Cfr.* Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

tección aseguró su efectividad, al permitir que los Estados y las personas puedan denunciar las violaciones a los derechos reconocidos, acabando con el principio de protección diplomática.³³⁴

El Convenio Europeo está inspirado en la Declaración Universal de Derechos Humanos de 1948; entre los derechos que reconoció inicialmente se tienen los siguientes: vida, libertad, seguridad, irretroactividad de las leyes, libertad de pensamiento, conciencia, religión, expresión, reunión y asociación, entre otros más. Cabe anotar que el Convenio ha sido completado por diversos protocolos adicionales, que pueden divertirse en tres grupos: *a)* los que incorporan derechos; *b)* los que modifican el sistema de protección, y *c)* los que abordan la competencia e interpretación.³³⁵

De dichos protocolos, destaca el Protocolo 9 de 1990, con el cual se estableció por primera vez que las personas, las organizaciones no gubernamentales y un grupo de individuos podían presentar un caso ante la Corte Europea de Derechos Humanos, aunque con ciertas restricciones, pues debía concluir su intervención la extinta Comisión Europea de Derechos Humanos.³³⁶ Con mucho, hasta las reformas introducidas por el citado Protocolo 9, las personas, grupos u organismos de la sociedad civil no podían llevar el caso directamente ante la Corte.³³⁷

Por otro lado, con el Protocolo 11, que entró en vigor en 1998, se transformó la estructura del sistema europeo de derechos humanos mediante la eliminación de la Comisión Europea de Derechos Humanos;³³⁸ asimismo, se resalta que dicho Protocolo dejó sin efectos el diverso Protocolo 9, que sólo estuvo vigente de 1994 a 1998.

De esta forma, tras la entrada en vigor del Protocolo 11 en noviembre de 1998, el tribunal de Estrasburgo tiene una doble naturaleza; es único, al haberse eliminado a la Comisión Europea de Derechos Humanos, y además es permanente. De tal suerte, que la presentación de una demanda de

³³⁴ Hermida del Llano, Cristina, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Anthropos, 2005, p. 23.

³³⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 104 y 105.

³³⁶ Artículos 3o. y 5o. del Protocol 9 to the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms, disponible en <https://rm.coe.int/168007bd22>, página consultada: el 1 de noviembre de 2017.

³³⁷ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 86.

³³⁸ La Comisión Europea de Derechos Humanos suspendió sus funciones en noviembre de 1998. Hasta antes de esa fecha la Comisión examinaba la admisibilidad dentro del marco del Convenio Europeo de Derechos Humanos, de todo procedimiento de una persona o de un Estado interpuesto contra otro Estado miembro de la Convención. *Cfr.* Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 106.

alguna persona conlleva su estudio por parte de los jueces de la Corte Europea de Derechos Humanos.³³⁹

En concreto, con las reformas del Protocolo 11 se logró la desaparición de la Comisión Europea de Derechos Humanos, el fortalecimiento de la Corte Europea de Derechos Humanos y la eliminación de la facultad del Comité de Ministros del Consejo de Europa, para determinar si se habían afectado los derechos humanos en un asunto en particular.³⁴⁰

Con todo, los protocolos más recientes que modifican la Convención Europea de Derechos Humanos son el 15 y 16. El Protocolo 15, de 2013, introduce una referencia al principio de subsidiariedad y a la doctrina del margen de apreciación; asimismo, reduce de seis a cuatro meses el tiempo límite para someter una petición a la Corte, después de emitida la decisión final en el ámbito nacional. Dicho Protocolo entrará en vigor tan pronto como todos los Estados parte de la Convención lo hayan firmado y ratificado.³⁴¹

Sin entrar a detalle, se destaca que el margen de apreciación aludido puede entenderse como un parámetro de interpretación y aplicación de los derechos humanos que se atribuye a un Estado por un tribunal regional. Su existencia se sustenta en la ausencia de un consenso sobre un tema, entre los diferentes Estados parte de un tratado, lo que genera que los tribunales regionales se vean imposibilitados para la construcción de una regla de interpretación unificada.³⁴²

Por su parte, el Protocolo 16 de 2013 va a permitir que las más altas cortes y tribunales de un Estado parte de la Convención puedan solicitar a la Corte Europea de Derechos Humanos una opinión consultiva sobre cuestiones relacionadas con el principio de interpretación y aplicación de

³³⁹ Hermida del Llano, Cristina, *op. cit.*, p. 24.

³⁴⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 86. Debe recordarse que antes del Protocolo 11, cuando no era remitido a la Corte Europea un caso examinado por la Comisión Europea, el Comité de Ministros tenía el poder de determinar, con base en un informe de la Comisión Europea de Derechos Humanos, si en efecto se habían violado los derechos humanos de alguna persona y fijaba las acciones que el Estado responsable debía asumir. Véase Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 86.

³⁴¹ Protocols to the Convention, disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer, fecha de consulta: 2 de noviembre de 2017.

³⁴² Barbosa Delgado, Francisco R., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Derecho del Estado*, núm. 26, enero-junio de 2011, pp. 109 y 110, disponible en <http://www.scielo.org.co/pdf/rdes/n26/n26a05.pdf>, fecha de consulta: 2 de noviembre de 2017.

los derechos y libertades definidos en la Convención Europea de Derechos Humanos y sus protocolos.³⁴³

Además del Convenio Europeo de Derechos Humanos y sus protocolos, otro de los instrumentos base del sistema europeo es la Carta Social Europea de 1961, que complementó los derechos económicos y laborales.³⁴⁴ Ésta tiene tres protocolos de 1988, 1991 y 1995, así como una versión revisada en 1996, que entró en vigor en 1999.³⁴⁵

La Carta Social Europea revisada tuvo como propósito darle un impulso diferente a la Carta original y ampliar los derechos humanos; la misma reconoció los siguientes derechos sociales: trabajo, seguridad social, formación profesional; asimismo, el derecho a la protección contra la pobreza y la exclusión social, así como el derecho a la vivienda.³⁴⁶ Con mucho, se resalta que la Carta Social Europea no es materia de ejecución judicial.³⁴⁷

Por otro lado, sobre los órganos del sistema europeo, se tiene que a partir de 1998 sólo se cuenta con la Corte Europea de Derechos Humanos, que tiene su sede en Estrasburgo, Francia. Fue creada por el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. La composición de la Corte es de un número igual a los Estados parte del citado Convenio; esto es, 47 jueces (igual número que los Estados miembros del Consejo de Europa), quienes son elegidos por nueve años sin posibilidad de reelección.³⁴⁸

La elección de los jueces está a cargo de la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa, la que los elige por mayoría absoluta de votos, de una lista de tres candidatos presentada por cada Estado.³⁴⁹ Aunque los jueces son electos en relación con un Estado, ellos analizan los casos como individuos, por lo que no representan a su Estado; ellos son totalmente independientes, y no pueden intervenir en alguna actividad que sea incompatible con su responsabilidad de independencia e imparcialidad.³⁵⁰

³⁴³ Protocols to the Convention, disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=basictexts&c=#n13739061715477258442752_pointer, fecha de consulta: 2 de noviembre de 2017.

³⁴⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 104.

³⁴⁵ European Social Charter (revised), disponible en <https://www.coe.int/en/web/conventions/full-list/-/conventions/treaty/163>, fecha de consulta: 1 de noviembre de 2017.

³⁴⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 107 y 108.

³⁴⁷ Donnelly, Jack, *Derechos humanos internacionales*, trad. de Natalia Barraza Carbajal, México, Trillas, 2015, p. 123.

³⁴⁸ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 110 y 111.

³⁴⁹ Acosta Alvarado, Paola Andrea, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana...*, cit., p. 31.

³⁵⁰ Composición de la Corte Europea de Derechos Humanos, disponible en http://www.echr.coe.int/Pages/home.aspx?p=court/judges&c=#n1368718271710_pointer, fecha de consulta: 1 de noviembre de 2017.

Las atribuciones jurisdiccionales que tiene la Corte Europea de Derechos Humanos son consultivas, preventivas y contenciosas, además de realizar funciones normativas (aprueba su reglamento) y administrativas (designa a su secretario). La función consultiva se extiende a todos los asuntos referentes a la interpretación y aplicación del Convenio y sus protocolos; la función preventiva implica la posibilidad de la Corte de solicitar a un Estado la adopción de medidas provisionales, mientras analiza algún caso judicial; por otro lado, la función contenciosa se refiere al poder para conocer de las demandas presentadas por cualquier persona u organización no gubernamental o por cualquier Estado por violaciones de otro Estado parte del Convenio Europeo de Derechos Humanos.³⁵¹

A todo esto, la Corte Europea de Derechos Humanos ha emitido más de 10,000 sentencias; algunas de las decisiones más relevantes han permitido cambios significativos en la legislación nacional; sin embargo, la Corte se ha convertido en víctima de su propio éxito, ya que cuenta con una enorme acumulación de peticiones sin procesar y grandes demoras en la conclusión de los casos.³⁵²

Ahora bien, una de las cuestiones más innovadoras de la Corte ha sido la implementación del principio de interpretación evolutiva, que indica que las disposiciones del Convenio Europeo de Derechos Humanos no deben interpretarse de acuerdo con las interpretaciones formuladas en el momento de su creación (que es la regla en el derecho internacional), sino a la luz de las prácticas actuales. De esta forma, se aprecia que la Corte ha operado como un mecanismo para la evolución progresiva de los derechos humanos.³⁵³

Adicionalmente, se tiene al Comité de Ministros del Consejo de Europa (integrado por los ministros de relaciones exteriores de los Estados miembros del Consejo), que es el órgano encargado de monitorear el cumplimiento de las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos, así como de establecer medidas para detener o reparar el daño por parte de los Estados. Ahora bien, aunque el Comité no puede obligar al cumplimiento de las sentencias, la presión “entre pares” juega un papel relevante para que los Estados que violan las normas del sistema cumplan con las sentencias.³⁵⁴ Pese a ello, se sabe que dado el contexto de la extensa e intensa cooperación

³⁵¹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 111 y 112.

³⁵² Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 124.

³⁵³ *Idem.*

³⁵⁴ Sepúlveda, Magdalena *et al.* (eds.), *Human Rights Reference Handbook*, San José, University of Peace, 2004, pp. 127 y 135, cit. por Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 87.

regional en Europa, la mayoría de los Estados cumplen con las decisiones generadas en el ámbito del sistema europeo.³⁵⁵

3. *Sistema interamericano de derechos humanos*

Para comenzar, cabe presentar el origen y desarrollo de los instrumentos del sistema interamericano; así, se tiene que los Estados americanos se hallaban agrupados desde 1890 en la Unión Panamericana, y a la luz de dicha Unión se llevaron a cabo algunas acciones relacionadas con la protección de los derechos humanos; por ejemplo, el establecimiento del asilo político; aunque tales acciones no adquirieron un carácter sistemático ni tampoco se logró la creación de un órgano de protección de derechos humanos.³⁵⁶

Pese a ello, con la creación de la Organización de Estados Americanos (OEA) y la suscripción de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre en 1948 se generaron los primeros cimientos de lo que ahora conocemos como el sistema interamericano de protección de derechos humanos.³⁵⁷

En concreto, la OEA fue establecida en la Novena Conferencia Internacional de Estados Americanos, celebrada en Bogotá, Colombia, en 1948. La Carta de la OEA, suscrita el mismo año, entró en vigor en 1951; la misma define los propósitos de la organización, a saber: la preservación de la paz y la seguridad de la región, la defensa colectiva y la promoción de la democracia representativa; a diferencia de la Carta de la ONU, la Carta de la OEA no establece un rubro sobre la promoción de los derechos humanos, aunque sí señala que todo ser humano tiene derechos fundamentales. Todavía más, en la misma Novena Conferencia Internacional se adoptó, el 2 de mayo de 1948, la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre, por lo que la misma es anterior a la Declaración Universal de Derechos Humanos, proclamada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948.³⁵⁸

En los once años posteriores a la creación de la OEA no hubo un seguimiento para establecer mecanismos institucionales de protección de los derechos humanos en la región. Sólo se tuvieron algunas acciones, como

³⁵⁵ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 125.

³⁵⁶ González Morales, Felipe, *Sistema interamericano de derechos humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, p. 29.

³⁵⁷ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 73.

³⁵⁸ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 79.

la encomienda al Comité Jurídico Interamericano para la elaboración de un proyecto de estatuto a fin de generar las bases para una futura corte interamericana. Sin embargo, el Comité estimó prematuro el preparar tal estatuto, ya que no se contaba con un tratado sobre derechos humanos. Con todo, en los años cincuenta se aprobaron dos pactos sobre derechos de las mujeres, a saber: la Convención Interamericana sobre la Nacionalidad de la Mujer y la Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos de la Mujer; pero al carecer de una estructura de protección efectiva era evidente que en aquella época no existía un verdadero sistema interamericano de protección de los derechos humanos.³⁵⁹

En ese tiempo fue incorporada a la OEA la Comisión Interamericana de Mujeres, pero esta Comisión no era un órgano de protección de derechos humanos, sino más bien una entidad dedicada al análisis de dicha temática. Por ello, sería sólo con la creación de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1959, cuando se puso en marcha un verdadero sistema de protección de derechos humanos en la región americana.³⁶⁰

Así, durante la Quinta Reunión de Consulta de los Ministros de Asuntos Exteriores (que es un órgano principal de la OEA) en 1959, se creó, mediante resolución, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, entidad de naturaleza política encargada de la promoción de los derechos humanos, cuyas tareas de supervisión empezaron en 1960.³⁶¹

En la primera etapa de su existencia, las tareas de la Comisión se centraban en realizar estudios e informes generales (no de países), así como en hacer recomendaciones generales a los Estados miembros de la OEA. En 1965 se modificó por primera vez el Estatuto de la Comisión, a fin de establecer la facultad de examinar comunicaciones o peticiones individuales, aunque sólo en relación con algunos de los derechos humanos reconocidos en la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre (*i. e.*: a la vida, igualdad ante la ley, libertad de credo, libertad de expresión, acceso a la justicia, entre otros más).³⁶²

Como se puede observar, el sustento jurídico de la Comisión Interamericana era débil, ya que no se basaba en la Carta de la OEA ni en otro tratado internacional; por ello, en 1967 fue reformada la Carta mediante el protocolo de Buenos Aires, con objeto de incluir a la Comisión Interamericana como órgano de la OEA; asimismo, se le dio la facultad de supervi-

³⁵⁹ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 30.

³⁶⁰ *Ibidem*, p. 31.

³⁶¹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 74.

³⁶² Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 80.

sar el respeto de todos los derechos humanos contenidos en la Declaración Americana.³⁶³

Más adelante, regresaremos sobre la integración y funciones actuales de la Comisión; ahora cabe continuar con el desarrollo de los instrumentos del sistema interamericano; así, se tiene que las intenciones originales de la OEA de adoptar un acuerdo general sobre derechos humanos se materializaron en 1969 con la adopción de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica, que fue suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969, en la Conferencia Especializada sobre Derechos Humanos (que entró en vigor en 1978).³⁶⁴

En términos generales, el Pacto de San José se refiere de forma casi exclusiva a los derechos humanos civiles y políticos; de hecho, sus disposiciones son más protectoras que el mismo Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos aprobado en 1966 y, en algunos casos, que el Convenio Europeo de Derechos Humanos de 1950. Sin embargo, la referencia a los derechos económicos, sociales y culturales en la propia Convención Americana son mínimas, ya que sólo se contienen en los artículos 26 y 42, sin que se puedan iniciar casos concretos en defensa de tales derechos; así, únicamente se contempló el mecanismo de envío por parte de los Estados a la Comisión Interamericana de copias de los informes que en materia económica, social y cultural se presenten ante los órganos de la OEA.³⁶⁵

Por esta razón, es evidente que la Convención Americana apareció notoriamente desfasada respecto del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, adoptado por la Organización de las Naciones Unidas en 1966; aunque cabe resaltar que el instrumento general que sí reconocía los derechos económicos, sociales y culturales fue la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948,³⁶⁶ que en su capítulo primero proclamó los derechos humanos, y en el segundo capítulo, los deberes, para lo cual establece dos categorías de derechos humanos: los civiles y políticos, así como los económicos, sociales y culturales.³⁶⁷

³⁶³ *Idem.*

³⁶⁴ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 37.

³⁶⁵ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

³⁶⁶ *Ibidem*, p. 39.

³⁶⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 136. A todo esto, conviene identificar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su opinión consultiva 10/89, señaló que aunque la Declaración Americana no haya nacido como un tratado internacional, ello no implica que no tenga efectos jurídicos y que no pueda ser interpretada en el marco de la Carta de la OEA y del Pacto de San José, Véase Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 136.

En lo referente a los mecanismos de protección de los derechos humanos, el Pacto de San José fue sumamente relevante para el desarrollo del sistema interamericano por dos razones: en primer lugar, porque fortaleció a la Comisión Interamericana al dotarla de una función de sometimiento de casos a un órgano judicial; en segundo lugar, porque estableció una Corte Interamericana en donde hasta ese momento no existía ningún tribunal internacional de derechos humanos con jurisdicción en los países del continente americano, pues las Naciones Unidas no habían establecido un tribunal internacional dedicado a la protección exclusiva de esos derechos.³⁶⁸

Para seguir avanzado con el desarrollo de los instrumentos del sistema interamericano, se resalta que el problema de la ausencia del reconocimiento de derechos económicos, sociales y culturales en el Pacto de San José se resolvió con la adopción del primer Protocolo adicional en materia de derechos económicos, sociales y culturales, suscrito en San Salvador el 17 de noviembre de 1988, conocido como Protocolo de San Salvador, que entró en vigor el 16 de noviembre de 1999.³⁶⁹

El Protocolo de San Salvador, a diferencia del Pacto de San José, sí contiene un listado de los derechos económicos, sociales y culturales muy similar al contenido del Pacto Internacional de las Naciones Unidas que contempla tales derechos; así, por ejemplo, el Protocolo reconoce el derecho a vivir en un medio ambiente sano.³⁷⁰

En concreto, el Protocolo de San Salvador contempla el derecho al trabajo, los derechos sindicales, a la seguridad social, a la salud, al medio ambiente, a la alimentación, a la educación, a los beneficios de la cultura, los derechos de los niños y los ancianos y el derecho a la protección de los minusválidos.³⁷¹

Respecto de los medios de protección de los derechos consagrados, el Protocolo es muy limitado, ya que establece un mecanismo de informes

³⁶⁸ González Morales, Felipe, *op. cit.*, pp. 40 y 41. De hecho, en la actualidad se carece de una corte de derechos humanos con carácter general en el seno de las Naciones Unidas, pues la Corte Penal Internacional sólo se refiere a algunas violaciones graves de los derechos humanos (crímenes internacionales); por su parte, como se ha señalado, la Corte Internacional de Justicia, entre sus diversas competencias, puede conocer de situaciones que afecten a los derechos humanos, pero no tiene una competencia general en la materia; menos aún, los comités de los pactos internacionales creados en el contexto de las Naciones Unidas, pueden enviarle casos de violaciones a derechos humanos, como sí lo hace la Comisión Interamericana a la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Cf.* González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 41.

³⁶⁹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 139.

³⁷⁰ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 54.

³⁷¹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 140.

específicos periódicos sobre las medidas progresivas que hayan establecido los Estados para asegurar la vigencia de los derechos económicos, sociales y culturales reconocidos en el Protocolo. Con todo, cabe mencionar que conforme a otros instrumentos del sistema de la OEA, los Estados ya se encuentran obligados a presentar informes en materia económica y social.³⁷²

Ahora bien, los informes periódicos que consagra el Protocolo de San Salvador no son presentados directamente a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, sino al secretario general de la OEA, que los remite para su revisión al Consejo Interamericano Económico y Social y al Consejo Interamericano para Educación, la Ciencia y la Cultura, además de enviarle copia de los mismos a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos; de esta forma, el Protocolo señala que los consejeros de tales entidades podrán, en sus informes anuales, formular las observaciones que estimen convenientes a los Estados.³⁷³

Otro tema a destacar del citado Protocolo se relaciona con la posibilidad de recurrir a las peticiones individuales que contempla el Pacto de San José en caso de violación a los derechos, a formar sindicatos o a la educación; asimismo, se establece que la Comisión Interamericana puede formar observaciones y recomendaciones sobre la situación de los derechos económicos, sociales y culturales en todos los Estados parte del Protocolo.³⁷⁴

Así, se puede asumir que a la luz del Protocolo de San Salvador sólo es posible presentar denuncias ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos respecto de violaciones al derecho de sindicación y al derecho a la educación; aunque, en rigor, el derecho de sindicación ha sido entendido históricamente por la Corte Interamericana como parte del derecho de asociación, que fue reconocido en el Pacto de San José, por lo que el único avance real sobre la posibilidad de presentar denuncias individuales se dio respecto al derecho a la educación.³⁷⁵

Con base en todo lo señalado, se puede asumir que los principales instrumentos del sistema interamericano de protección de derechos son la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre de 1948, la Convención Americana sobre Derechos Humanos de 1969 y el Protocolo Adicional en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de 1988.

No obstante lo anterior, se aclara que existen muchos instrumentos internacionales que se consideran también parte del sistema, que para los fines de nuestra investigación no es necesario estudiar; entre ellos, se tiene la

³⁷² González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 54.

³⁷³ *Idem.*

³⁷⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 140.

³⁷⁵ González Morales, Felipe, *op. cit.*, p. 55.

Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura de 1985, el Protocolo a la Convención Americana sobre Derechos Humanos Relativo a la Abolición de la Pena de Muerte de 1990, la Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer (Convención de Belém do Pará) de 1994, la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas de 1994 y la Convención Interamericana para Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad de 1999.³⁷⁶

Sobre los órganos del sistema interamericano de derechos humanos, se tiene que el mismo, inspirado en el sistema europeo, está conformado por dos órganos, a saber: una Comisión Interamericana de Derechos Humanos y una Corte Interamericana de Derechos Humanos.³⁷⁷

A. Comisión Interamericana de Derechos Humanos

La Comisión es un órgano político del sistema interamericano que se integra por siete miembros elegidos por la Asamblea General de la OEA, mediante ternas presentadas por los Estados miembros para un periodo de cuatro años, con posibilidad de reelección por una sola vez. Su principal función es la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, así como servir de órgano de consulta de la OEA en dicha materia, para lo cual utiliza tres herramientas: *a)* informes: temáticos o por países; *b)* medidas de protección, y *c)* trámite de quejas individuales.³⁷⁸

En concreto, podemos identificar que los principales procedimientos de monitoreo, escrutinio y protección de los derechos humanos que utiliza la Comisión son la elaboración de informes especiales sobre el estatus de derechos humanos en ciertos países o sobre temas específicos en la región, así como la recepción de peticiones individuales.³⁷⁹

Para el caso de los informes especiales, la Comisión se basa en la información proveniente de distintas fuentes, como de las organizaciones de la sociedad civil o de los órganos de las Naciones Unidas; un esquema relevante en este sentido es el de las visitas *in loco*. Tales visitas son misiones a un Estado realizadas por la Comisión, en las que recaba información de primera mano y analiza directamente la situación de derechos humanos en

³⁷⁶ Para un análisis detallado de cada uno de dichos instrumentos interamericanos, véase Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, pp. 141-145.

³⁷⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 145.

³⁷⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 78.

³⁷⁹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 81.

el país visitado, al juntarse con los servidores públicos del Estado, las organizaciones de la sociedad civil y las víctimas de violaciones a los derechos humanos. Con mucho, cabe indicar que para que se pueda llevar a cabo una visita *in loco*, la Comisión debe contar con una invitación o anuncio previa del gobierno en cuestión.³⁸⁰

El resultado de este tipo de proceso de investigación y estudio es un informe de país, en el cual la Comisión señala sus principales preocupaciones y formula una serie de recomendaciones al Estado visitado. Se destaca que la selección de los países o las temáticas sobre las cuales se efectúa una investigación y se publica un informe especial dependen directamente de los comisionados.³⁸¹

En cuanto a los informes temáticos, la Comisión elabora y publica los mismos informes sobre asuntos específicos, como son las medidas que deben adoptarse para garantizar un mayor acceso a la justicia o la situación de derechos humanos de niños, niñas y adolescentes.³⁸² Los informes temáticos más recientes publicados por la Comisión son los siguientes: *a)* estándares para un internet libre, abierto e incluyente; *b)* las mujeres indígenas y sus derechos humanos en las Américas, y *c)* medidas dirigidas a reducir el uso de la presión preventiva en las Américas.³⁸³

Por lo que se refiere a la recepción de peticiones individuales por parte de la Comisión, se señala que cualquier persona, grupo de personas o entidad no gubernamental puede dirigir peticiones a la Comisión que contengan denuncias por violaciones al Pacto de San José o de otros instrumentos del sistema interamericano por un Estado miembro de la OEA y parte del Pacto de San José. En el mismo sentido, los Estados parte pueden enviar a la Comisión, comunicaciones sobre violaciones a la Convención Americana efectuadas por otro Estado parte. La Comisión también puede, por iniciativa propia, comenzar la tramitación de una petición que contenga los requisitos para tal fin.³⁸⁴ Asimismo, la Comisión está facultada para recibir peticiones que contengan una denuncia por violaciones a la Declaración

³⁸⁰ *Idem*. Sobre esto, se resalta que la Comisión puede en casos graves o urgentes, realizar una visita *in loco* con el previo consentimiento del Estado en cuyo territorio se alegue que se cometió la transgresión. *Cfr.* Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 148.

³⁸¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 81.

³⁸² Véase Mandato y funciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en: <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/funciones.asp>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁸³ Para un estudio detallado de dichos informes temáticos véase <http://www.oas.org/es/cidh/informes/tematicos.asp>.

³⁸⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 149.

Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, de Estados miembros de la OEA que no sean parte del Pacto de San José.³⁸⁵

Sobre el trámite general de las peticiones, la Comisión debe determinar, en primer lugar, si aquellas son admisibles; si el asunto es admitido, la Comisión estudia el fondo o los méritos del caso, después de considerar los argumentos y evidencias de las partes; si no se logra una solución amistosa, la Comisión elabora un informe provisional en el cual esboza sus conclusiones. Si determina que sí hubo afectaciones a los derechos humanos, en el respectivo informe presenta sus recomendaciones al Estado involucrado. En el supuesto de que el Estado no acepte o no implemente las recomendaciones, la Comisión lo hace público y lo incluye en su informe anual. Finalmente, si el Estado ha reconocido la competencia de la Corte Interamericana, puede remitirse el asunto a la misma.³⁸⁶

Respeto al esquema general de peticiones, cabe resaltar el problema y la tensión que actualmente vive la Comisión, pues al año recibe alrededor de dos mil peticiones, por lo que sus procedimientos no se encuentran preparados para atender tal número de causas. Esto ha propiciado un atraso procesal en el trámite de las mismas (de alrededor de cinco años), lo que comporta que las peticiones estarán esperando ese número de años para ser estudiadas por primera vez; ello, sin considerar el tiempo para el estudio de la petición una vez que se acepte su tramitación.³⁸⁷ Lo anterior es un grave problema para la eficacia del sistema interamericano, que debe ser atendido de inmediato, a fin de lograr la efectiva protección de los derechos humanos en la región, pues es inconcebible que una petición presentada, por ejemplo, en 2017, no pueda ser atendida hasta 2022.

Además de los informes especiales y las peticiones individuales, la Comisión puede solicitar a un Estado que adopte medidas cautelares, que pueden guardar o no conexión con una petición o caso en situaciones de gravedad y urgencia que presenten un riesgo de daño irreparable a las personas o al objeto de una petición o caso pendiente ante los órganos del sistema

³⁸⁵ Artículo 51 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/reglamento-comision-interamericana-derechos-humanos.pdf>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁸⁶ Sepúlveda, Magdalena *et al.* (eds.), *Human Rights Reference Handbook*, Costa Rica, University of Peace, 2004, p. 149 cit. por Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, pp. 81 y 82.

³⁸⁷ Paúl Díaz, Álvaro, “La revisión inicial de peticiones por la Comisión Interamericana y la subsidiariedad del sistema de derechos humanos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, núm. 43, 2º. semestre de 2014, p. 618, disponible en <http://www.scielo.cl/pdf/rdpuvc/n43/a17.pdf>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

interamericano.³⁸⁸ Asimismo, puede solicitar a la Corte Interamericana que emita medidas provisionales en situaciones de extrema gravedad y urgencia, a fin de evitar daños irreparables a las personas, para lo cual se deben considerar las siguientes hipótesis: *a)* que el Estado no haya implementado las medidas cautelares otorgadas por la Comisión, *b)* que las medidas cautelares no hayan sido eficaces y *c)* que exista una medida cautelar conectada a un caso ante la Corte.³⁸⁹

Sobre esto, cabe resaltar que el Pacto de San José señala que la propia Corte Interamericana, en los casos que esté conociendo, puede adoptar las medidas provisionales que considere oportunas; pero si se trata de un caso que aún no ha sido sometido a su conocimiento, puede actuar a solicitud de la Comisión Interamericana.³⁹⁰

Para finalizar el tema de la Comisión Interamericana, se precisa que la misma puede designar dentro de su equipo, o de manera externa, relatores especiales para que asuman asuntos concretos, así, se tiene a la Relatoría sobre los Derechos de los Migrantes, Relatoría sobre los Derechos de los Pueblos Indígenas, Relatoría sobre los Derechos de las Personas Privadas de la Libertad, Relatoría Especial para la Libertad de Expresión, entre muchas otras más.³⁹¹

B. Corte Interamericana de Derechos Humanos

La Corte es una institución jurídica autónoma de la OEA cuya función esencial es la aplicación e interpretación del Pacto de San José y demás instrumentos del sistema interamericano.³⁹² Fue creada mediante la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y llevó a cabo su primera sesión en 1979; se conforma por siete jueces, que operan a título personal; esto es, no representan a sus Estados, y son elegidos por los Estados parte

³⁸⁸ Artículo 25 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/reglamento-comision-interamericana-derechos-humanos.pdf>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁸⁹ Artículo 76 del Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, disponible en <http://www.oas.org/es/cidh/mandato/documentos-basicos/reglamento-comision-interamericana-derechos-humanos.pdf>, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁹⁰ Artículo 63 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, disponible en http://www.oas.org/dil/esp/tratados_B32_Convencion_Americana_sobre_Derechos_Humanos.htm, fecha de consulta: 5 de noviembre de 2017.

³⁹¹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 78 y 79.

³⁹² Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 152.

de la Convención en la Asamblea General de la OEA. La jurisdicción de la Corte es opcional para los Estados que han ratificado dicha Convención.³⁹³

En torno a la creación de la Corte, se señala que ésta goza de legitimidad democrática, ya que tal órgano judicial fue concebido por los Estados miembros de la OEA que elaboraron y aprobaron el Pacto de San José en 1969, por lo que tal consenso fue el elemento integrador del principio democrático, que se vivió al momento de suscribir la Convención Americana, la cual permitió el surgimiento de la Corte Interamericana.³⁹⁴

Las principales tareas o funciones de la Corte son de naturaleza consultiva, preventiva, contenciosa y de supervisión; además, cuenta con tareas normativas, ya que expide su propio reglamento, así como con funciones administrativas, pues designa a su personal y administra su presupuesto.³⁹⁵

Sobre la función consultiva, se observa que en el sistema interamericano se aparta ampliamente del típico mecanismo consultivo del derecho internacional, ya que todos los Estados miembros de la OEA, así como sus órganos, pueden elevar consultas a la Corte; por otro lado, las consultas pueden referirse a la interpretación o alcance de cualquier disposición del sistema interamericano y de toda disposición del derecho internacional de los derechos humanos, de las cuales los Estados sean partes de los tratados que las contengan; todavía más, los Estados están facultados para presentar consultas a la Corte sobre la compatibilidad de sus normas internas con las obligaciones del sistema interamericano.³⁹⁶

Ahora bien, sobre las opiniones consultivas, la Corte ha precisado que el objetivo de estas opiniones es ayudar a los Estados y a los órganos a cumplir y aplicar los acuerdos en materia de derechos humanos sin necesidad de recurrir al formalismo y al esquema de sanciones que comporta el proceso contencioso.³⁹⁷

El trámite para las opiniones consultivas inicia con la presentación de la solicitud de consulta ante la Secretaría Ejecutiva de la Corte. La consulta debe ser clara y concisa. Una vez recibida la misma, la Corte convoca a todos los Estados miembros de la OEA, así como a las organizaciones civiles, a formular su postura en torno a la consulta; si lo estima necesario, la Corte puede citar a audiencias públicas para analizar el tema. Una vez

³⁹³ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p.82.

³⁹⁴ Hernández Castaño, Diana Patricia, *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2014, pp. 55 y 56.

³⁹⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 154.

³⁹⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 93.

³⁹⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 155.

que concluye tales fases, el órgano judicial emite su opinión, que debe ser ampliamente justificada.³⁹⁸

Respecto a la función preventiva, la Corte puede decretar medidas provisionales en casos de extrema gravedad y urgencia a fin de evitar daños irreparables a las personas, en todos los asuntos contenciosos sometidos a su jurisdicción. Como se indicó, cuando se trate de casos no sometidos a su conocimiento, la Comisión Interamericana podrá solicitarle a la Corte la adopción de tales medidas provisionales.³⁹⁹

A diferencia de lo que acontece en el sistema europeo, en el sistema interamericano las medidas de protección son realmente herramientas tutelares, más que simples mecanismos procesales para proteger un proceso judicial.⁴⁰⁰

En otro orden de ideas, se señala que el aspecto más complejo de las medidas provisionales es su levantamiento, ya que la adopción de las medidas se torna relativamente ágil, su mantenimiento opera en tanto no se demuestre que se han eliminado los requisitos para su adopción: extrema gravedad, urgencia y evitar daños irreparables; pero para levantar la medida se necesitan cubrir otros elementos. En particular, si uno de los tres requisitos señalados deja de tener vigencia, corresponde a la Corte verificar la pertinencia de continuar con la medida provisional; ello dependerá del caso en concreto, pues hay asuntos en los que el levantamiento de la medida es sencillo; por ejemplo, cuando alguien es puesto en libertad por así señalarse en la propia medida provisional (*caso Cesti Hurtado* de 2000).⁴⁰¹

Sobre la función contenciosa, se tiene que el derecho de petición individual es la piedra angular del sistema interamericano, ya que el mismo se concibió bajo el esquema europeo; como se ha señalado, se compone de dos instancias: una cuasijudicial y de agotamiento obligatorio ante la Comisión Interamericana, y otra, de naturaleza judicial, ante la Corte Interamericana.⁴⁰²

Así, la función contenciosa de la Corte implica determinar si un Estado ha violado alguno de los derechos humanos consagrados en el Pacto de San José; ello, siempre y cuando el Estado haya reconocido la jurisdicción de la

³⁹⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 93 y 94.

³⁹⁹ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 157.

⁴⁰⁰ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 94.

⁴⁰¹ Corzo Sosa, Edgar, *Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014, pp. 47, 56 y 57.

⁴⁰² Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 79.

Corte. Por ejemplo, México reconoció la competencia contenciosa de ese órgano judicial en 1998.⁴⁰³

Sólo los Estados parte de la Convención Americana y de la Comisión Interamericana pueden enviar un caso a la Corte; esto es, las personas o grupos de personas no pueden acudir directamente a la misma.⁴⁰⁴ Sin embargo, los representantes de las presuntas víctimas pueden presentar de forma independiente solicitudes, argumentos y pruebas, así como participar en las diversas etapas del proceso; de hecho, las excepciones preliminares hechas valer por el Estado demandado pueden ser observadas por los representantes de las presuntas víctimas.⁴⁰⁵ Como dato relevante, se precisa que la Comisión habitualmente envía el caso a la Corte Interamericana cuando así lo requiere o solicita el peticionario.⁴⁰⁶

Por lo que hace al procedimiento, cuando se remite un caso a la Corte, el tribunal lleva a cabo un examen de admisibilidad; si la Corte asume un caso como admisible, procede a evaluar los méritos o la sustancia del asunto, de esta manera, emite una sentencia en la que determina si el Estado denunciado es responsable de vulnerar los derechos humanos; asimismo, establece diversas medidas para reparar el daño y evitar que vuelva a acontecer un caso similar en el futuro.⁴⁰⁷ La sentencia de la Corte es definitiva e inapelable, por lo que se asume como el principal órgano con mayor poder para hacer efectivo el Pacto de San José.⁴⁰⁸

Ahora bien, sobre las reparaciones que puede decretar la Corte en sus sentencias, se resalta que ella ha construido mediante jurisprudencia, desde hace más de veinte años, la idea de una reparación integral, que ha sido reconocida y adoptada por la Organización de las Naciones Unidas y por

⁴⁰³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 157 y 158.

⁴⁰⁴ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82.

⁴⁰⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 158.

⁴⁰⁶ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 126. Ello cobra importancia si se considera que la Comisión Interamericana recibe cada año más de mil peticiones individuales. *Cfr.* Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 126.

⁴⁰⁷ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82. Cabe hacer notar que en el procedimiento ante la Corte se admite la presentación de un *amicus curiae*; es decir, una persona o institución ajena al asunto y al proceso que expone a la Corte argumentos sobre los hechos del caso o formula consideraciones jurídicas sobre el proceso, mediante un documento o a través de alegatos en las audiencias. *Cfr.* Bolaños Linares, Rigel, *Tutela eficaz de los derechos humanos e inconvencionalidad de la jurisprudencia. Con un enfoque de derecho laboral burocrático*, México, Porrúa, 2015, p. 68.

⁴⁰⁸ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 159. En este sentido, se enfatiza que a diferencia de las recomendaciones efectuadas por la Comisión Interamericana, las sentencias de la Corte son vinculantes; esto es, de cumplimiento obligatorio de los Estados. *Cfr.* Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82.

la Corte Penal Internacional como un estándar en materia de construcción del derecho humano a ser reparado integralmente.⁴⁰⁹

Entre las medidas que utiliza la Corte para lograr una reparación integral de las víctimas, se tienen las siguientes: *a)* medidas de restitución: anulación de actos o procesos judiciales, restitución de derechos laborales, eliminación de antecedentes penales, devolución de tierras tradicionales y ancestrales; *b)* medidas de rehabilitación: asistencia médica, psicológica y psiquiátrica y rehabilitación en relación con el proyecto de vida; *c)* medidas de satisfacción y garantías de no repetición: publicación y difusión de la sentencia, realización de actos públicos de reconocimiento de responsabilidad, medidas educativas y de capacitación para víctimas, designación de días dedicados a la memoria de las víctimas, creación de monumentos, bustos o placas y establecimiento de cátedras, cursos o becas con el nombre de las víctimas; *d)* reforma y adecuación de normas: reforma constitucional para prohibir o restringir la censura previa, tipificación de delitos, normas sobre independencia judicial y reformas legislativas para garantizar la investigación efectiva de desapariciones forzadas, y *e)* reparaciones pecuniarias: daños indemnizables, daños materiales e inmateriales, costas y gastos.⁴¹⁰

En torno a la función de supervisión de la Corte, se identifica que ella ha establecido diversos mecanismos de supervisión del cumplimiento de sus sentencias. En particular, desde 1999, la Corte empezó a expedir órdenes de cumplimiento a los Estados que han incumplido las sentencias; asimismo, a partir de 2001, en todas las resoluciones, la Corte requiere a los Estados para que realicen un reporte de cumplimiento cada seis, doce o dieciocho meses de emitida la sentencia.⁴¹¹ Aún más, la Corte realiza informes de supervisión de sentencias, en los cuales efectúa una valoración sobre el grado de cumplimiento de la misma, para lo cual puede celebrar audiencias de cumplimiento, en las que pregunta al Estado las razones por las que no ha atendido la sentencia.⁴¹²

Con todo, la Corte no puede recurrir al uso de la fuerza pública para hacer cumplir sus sentencias, aunque sí puede acudir a la Asamblea General de

⁴⁰⁹ Vivas Barrera, Tania Giovanna, “Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. Análisis comparado”, en Chacón Triana, Nathalia *et al.*, *Eficacia del sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015, pp. 18 y 22.

⁴¹⁰ Vivas Barrera, Tania Giovanna, *op. cit.*, pp. 22-24.

⁴¹¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 82.

⁴¹² Open Society Justice Initiative, *From Judgment to Justice. Implementing International and Regional Human Rights Decisions*, Nueva York, Open Society Foundations, 2010, pp. 80 *cit.* por Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 83.

la OEA a fin de presentar un informe anual sobre su labor, en el cual debe indicar los casos en que un Estado no haya dado cumplimiento a las mismas.⁴¹³

4. *Sistema africano de derechos humanos*

El sistema africano de protección de derechos humanos surgió en el contexto de la Organización de la Unidad Africana, creada en 1963 y reemplazada posteriormente por la Unión Africana; esta última se estableció mediante su Carta constitutiva de julio de 2000, que entró en vigor en mayo de 2001 y comenzó a funcionar formalmente en julio de 2002 en Sudáfrica.⁴¹⁴

Ahora bien, considerando que el continente africano ha sido identificado históricamente como una región en la cual los derechos humanos de las personas son violados, se tuvo que en el seno de la Carta de la Organización de la Unidad Africana, adoptada por los Estados africanos en 1963, se estableció como uno de sus objetivos el promover la cooperación internacional de acuerdo con los principios establecidos en la Carta de las Naciones Unidas y en la Declaración Universal de los Derechos Humanos.⁴¹⁵

Con todo, la Carta de la Organización para la Unidad Africana no establecía obligaciones concretas en materia de derechos humanos, por lo que en la década de los setenta se comenzó a discutir la idea de adoptar un instrumento especial sobre la promoción y defensa de los derechos humanos en el continente africano. Fue años después cuando se logró materializar dicha intención, a través de la adopción, en junio de 1981, por los Estados miembros de la Organización para la Unidad Africana, de la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, identificada como Carta de Banjul.⁴¹⁶

La citada Carta Africana entró en vigor en octubre de 1986 y se instituyó como la piedra angular del sistema africano de protección de derechos humanos. En ella se contempló la creación de la Comisión Africana de Derechos Humanos, al igual que la ampliación del esquema de protección de derechos humanos.⁴¹⁷

La creación del sistema africano de derechos humanos tuvo como sustento la tendencia mundial hacia la regionalización de la defensa de los de-

⁴¹³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 160.

⁴¹⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 97.

⁴¹⁵ Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 327 y 328.

⁴¹⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 97.

⁴¹⁷ *Ibidem*, p. 98.

rechos, pues cabe recordar que al momento de la creación del sistema africano ya existían los sistemas regionales de protección en Europa y América.⁴¹⁸

Por lo que hace al proceso de sucesión de la Organización para la Unidad Africana en la Unión Africana, se precisa que una diferencia radical entre la Carta de la Organización para la Unidad Africana de 1963 y el Acta Constitutiva de la Unión Africana de 2000 se tuvo que esta última sí consagra obligaciones expresas sobre los derechos humanos, para lo cual se indica que los Estados parte deben promover y proteger los derechos humanos y de los pueblos, con base en la Carta Africana de Derechos Humanos y otros tratados internacionales en la materia. Todavía más, el Acta Constitutiva señala que la Unión Africana puede intervenir en los Estados parte en casos considerados graves, como crímenes de guerra, genocidio y crímenes de lesa humanidad. Por otro lado, en el contexto de dicha Acta Constitutiva, se han generado diversas instituciones, como el Consejo de Paz y Seguridad y el Consejo Económico, Social y Cultural.⁴¹⁹

A. Instrumentos del sistema africano de derechos humanos

Como se ha indicado, la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos de 1981 es el instrumento esencial del sistema africano de derechos humanos. Dicho acuerdo internacional tiene elementos que lo distinguen de los tratados sobre derechos humanos contenidos en otros sistemas regionales. En primer lugar, el tratado omite la tradicional división entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales, por lo que establece una protección jurídica de los mismos en igual medida y a cargo de los Estados parte; en segundo lugar, la Carta Africana es el primer acuerdo internacional de su tipo que contempla expresamente la protección de los derechos de los pueblos; en tercer lugar, se señala que las personas, además de derechos, tienen determinados deberes (pago de impuestos, respeto a los padres y el fortalecimiento de los valores africanos).⁴²⁰ Finalmente, la Carta autoriza a la Comisión Africana de Derechos Humanos a considerar los desarrollos efectuados por otras instituciones nacionales o internacionales en la materia al momento de realizar sus funciones.⁴²¹

⁴¹⁸ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 330.

⁴¹⁹ *Ibidem*, p. 331.

⁴²⁰ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 98 y 99. Con mucho, el incumplimiento de los deberes no implica la pérdida de los derechos consagrados en la Carta de Banjul. *Cf.* Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 334.

⁴²¹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 99.

Entre los derechos humanos civiles y políticos que consagra la Carta se tienen: el derecho a la vida, a la seguridad, a la libertad, a la prohibición de la tortura, a la no discriminación, a un juicio justo, a la libertad de conciencia y de expresión, derecho de reunión, a la propiedad y a la participación política. Por su parte, se reconocen como derechos económicos y sociales los siguientes: derecho al trabajo, a la salud y a la educación. En otro sentido, la Carta Africana consagra derechos de los pueblos, entre los que se encuentran el disponer libremente de sus riquezas y recursos naturales y el derecho al desarrollo económico, social y cultural.⁴²²

Pese al citado reconocimiento de derechos humanos, se destaca que en las disposiciones de la Carta Africana se aceptan cláusulas de reintegración, que menoscaban la protección de los derechos;⁴²³ por ejemplo, el artículo 10 de la Carta establece que toda persona tiene derecho a la libre asociación siempre y cuando cumpla con la ley. Sobre esto, la Comisión Africana de Derechos Humanos, en la comunicación *Constitutional Rights Project vs. Nigeria*, señaló que la única razón para limitar los derechos humanos está consagrada en el artículo 27.2 de la Carta Africana (esto es, por afectaciones a los derechos de terceros, la seguridad colectiva, la moralidad y el interés común); por otro lado, indicó que la justificación a la limitación de los derechos debe ser proporcional con la necesidad y ventajas que se busquen; asimismo, que lo más relevante es que la limitación no erosione el derecho; de tal manera que lo convierta en una ilusión.⁴²⁴

Además de la Carta de Banjul, en el sistema africano de derechos humanos se cuenta con otros tratados internacionales que complementan aquella. Por ejemplo, la Carta Africana sobre el Bienestar y los Derechos de los Niños, adoptada en 1990, con entrada en vigor en 1999, así como el Protocolo sobre la Corte Africana de Derechos Humanos adoptado en 1998, con entrada en vigor en 2004 y el Protocolo sobre los Derechos de la Mujer en África de 2003, entrada en vigor en 2005.⁴²⁵

B. Comisión Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos

La Comisión Africana es un órgano técnico con autonomía creado por la Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, que tiene en-

⁴²² Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 123-125.

⁴²³ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 127.

⁴²⁴ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 125-127.

⁴²⁵ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 99.

comendada la función de promover y proteger los derechos humanos en el continente africano.⁴²⁶

La Comisión se integra por once expertos independientes elegidos por la Asamblea de la Unión Africana (órgano supremo de la Unión) entre las propuestas enviadas por los Estados parte de la Carta Africana de Derechos Humanos.⁴²⁷ Estas personas deberán contar con la mayor reputación en la región y actuar a título personal una vez elegidos.⁴²⁸

Las reuniones de la Comisión son dos veces al año, principalmente en marzo o abril y en octubre o noviembre. Las sesiones duran aproximadamente quince días, salvo cuando la carga de trabajo de la Comisión aumenta.⁴²⁹ Cabe resaltar que la primera sesión de la Comisión Africana tuvo lugar el 2 de noviembre de 1987 en Etiopía.⁴³⁰

Ahora bien, sobre la funciones de la Comisión Africana, ella realiza acciones muy similares a los órganos de los tratados de la Organización de las Naciones Unidas y a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, aunque con mayores limitaciones.⁴³¹

En concreto, las principales funciones de la Comisión Africana son: *a*) examinar los informes periódicos de los Estados sobre la implementación de las disposiciones sobre derechos humanos;⁴³² *b*) llevar a cabo visitas a los Estados africanos para observar la situación de los derechos humanos en la región; *c*) interpretar la Carta Africana de Derechos Humanos a petición de un Estado parte o de una institución de la Unión Africana; *d*) la recepción e investigación de comunicaciones individuales y estatales sobre violaciones a los derechos humanos,⁴³³ y *e*) requerir a los Estados (por iniciativa propia o a petición de parte) que adopten medidas provisionales de protección o incluso adoptarlas ella misma, en caso de que exista un riesgo a la vida o integridad de las víctimas.⁴³⁴

Respecto de las anteriores funciones, cabe detenernos en el estudio de las comunicaciones, para lo cual se indica que cualquier persona física o moral o un Estado parte pueden elevar una queja ante la Comisión Africana. En el caso de las comunicaciones estatales, si no se logra una solución

⁴²⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 127.

⁴²⁷ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

⁴²⁸ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 335.

⁴²⁹ *Ibidem*, p. 336.

⁴³⁰ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 128.

⁴³¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 88.

⁴³² *Idem*.

⁴³³ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 128.

⁴³⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 110.

amistosa entre los Estados involucrados, la Comisión prepara un informe y recomendaciones, los cuales son enviados a los Estados involucrados y a la Asamblea de Jefes de Estado y de Gobierno (en la práctica este procedimiento no se ha utilizado con frecuencia).⁴³⁵ Por ello, se ha señalado que la Comisión Africana depende mucho de los órganos políticos de la Unión Africana, a diferencia de otros regímenes de protección de derechos.⁴³⁶

Por lo que hace a las comunicaciones presentadas por cualquier persona física o moral, con las que se brinda una oportunidad de participación a las organizaciones no gubernamentales en la protección de derechos humanos, si la Comisión Africana señala que la queja es admisible, procede a notificar al reclamante y al Estado demandado, a fin de que remitan sus comentarios sobre los hechos en cuestión. Un vez analizada toda la información presentada por las partes, la Comisión determina si fue incumplida la Carta Africana de Derechos Humanos. La decisión final de la Comisión establecerá recomendaciones al Estado demandado; asimismo, esbozará las medidas que debe adoptar el mismo Estado para atender la violación de los derechos humanos.⁴³⁷

En otro orden de ideas, se precisa que en ambos tipos de comunicaciones (individuales y estatales), si la Comisión Africana identifica que en las mismas se presenta una grave situación de violación derechos humanos, debe informarlo a la Asamblea de la Unión Africana y al Consejo de Paz y Seguridad, que pueden solicitar a la Comisión Africana un estudio detallado del caso.⁴³⁸

Finalmente, se resalta que la Comisión puede someter casos de violaciones de derechos humanos a la Corte Africana de Derechos Humanos cuando se presente alguna de las siguientes circunstancias: *a)* el Estado demandado en una comunicación ante la Comisión no cumpla con las recomendaciones formuladas por la misma; *b)* el Estado no adopte las medidas de protección solicitadas por la Comisión; *c)* la Comisión detecte un caso de violaciones serias y masivas que requieran la participación de la Corte, y *d)* la Comisión, en cualquier etapa del trámite de las comunicaciones, considere necesario enviar el asunto a la Corte Africana.⁴³⁹ Por todo ello, la principal herramienta de monitoreo de los derechos humanos de la Comisión es la

⁴³⁵ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., pp. 128 y 129.

⁴³⁶ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

⁴³⁷ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, cit., p. 129.

⁴³⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 109 y 110.

⁴³⁹ *Ibidem*, pp. 110 y 111.

consideración de las quejas individuales o estatales y su posible sometimiento a la Corte Africana.⁴⁴⁰

C. Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos

La intención de establecer una Corte Africana de Derechos Humanos surgió en 1961 en el seno de una reunión de juristas en Lagos, Nigeria, lo cual no se pudo concretar con la adopción de la Carta Africana de Derechos Humanos, pues en ella sólo se estableció a la Comisión Africana como institución para la promoción y protección de los derechos humanos.⁴⁴¹

Bajo este contexto, las organizaciones no gubernamentales y las instituciones académicas comenzaron una batalla a fin de lograr la creación de una corte de derechos humanos para la región africana, y al cabo de cierto tiempo se consiguió la redacción de un borrador del Protocolo que posteriormente daría vida a la Corte Africana de Derechos Humanos.⁴⁴²

Así, el tribunal africano fue establecido en el Protocolo de la Carta Africana para la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, adoptado en 1998 por los Estados miembros de la Organización de la Unidad Africana, que entró en vigor en 2004. De esta forma, la Corte fue inaugurada en 2006 por la Asamblea de la Unión Africana.⁴⁴³

Actualmente la Corte Africana opera con base en dicho Protocolo; sin embargo, se precisa que en 2008 fue adoptado el Protocolo sobre el estatuto de la Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos, que aún no entra en vigor (pues no se han logrado las quince ratificaciones requeridas para tal fin). Según este nuevo protocolo, la actual Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos se va a fusionar con la Corte Africana de Justicia (que nunca llegó a operar porque su protocolo de creación no entró en vigor), dando como resultado un diverso órgano judicial denominado Corte Africana de Justicia y Derechos Humanos.⁴⁴⁴

⁴⁴⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 90.

⁴⁴¹ Kane, Ibrahima y Motala, Ahmed C., "The Creation of a New African Court of Justice and Human Rights", *The African Charter on Human and People's Rights. The System in Practice 1986-2006*, 2a. ed., Cambridge, Cambridge University Press, 2008, pp. 406-440, *cit.* por Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 337.

⁴⁴² Kane, Ibrahima y Motala, Ahmed C., *op. cit.*, pp. 406-440, *cit.* por Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 337 y 338.

⁴⁴³ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 338.

⁴⁴⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 101.

La Corte Africana está compuesta de once jueces, para lo cual cada Estado parte puede nominar a tres candidatos. La Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Unión Africana designa a los jueces mediante votación secreta, la duración del encargo de los jueces es de seis años, y pueden ser reelegidos por una sola ocasión.⁴⁴⁵

Las atribuciones jurisdiccionales que tiene la Corte Africana se pueden dividir en tres grupos: *a)* función consultiva, *b)* función preventiva y *c)* función contenciosa. Ello, con independencia de las tareas normativas (aprueba sus reglas internas) y administrativas (designar a sus oficiales).⁴⁴⁶

Sobre la función consultiva, la Corte puede emitir opiniones consultivas cuando lo solicita un Estado miembro de la Unión Africana, los órganos de la Unión Africana o cualquier organización africana reconocida por la Unión Africana. Las opiniones versan sobre cualquier tema general relacionado con la Carta Africana u otro instrumento en materia de derechos humanos. Las opiniones consultivas no pueden estar conectadas con asuntos que estén siendo estudiados por la Comisión Africana.⁴⁴⁷

Respecto a la función preventiva, la Corte Africana, en los asuntos de extrema gravedad y urgencia o cuando sea indispensable evitar un daño irreparable a las personas, puede adoptar medidas provisionales⁴⁴⁸ previamente a que se dicte la sentencia; todo ello en interés de las partes o de la misma justicia.⁴⁴⁹

Por lo que respecta a la función contenciosa, la Corte Africana puede recibir y estudiar los casos concretos sobre violación de derechos humanos relacionados con los Estados que han ratificado el Protocolo a la Carta Africana sobre la creación de la Corte; en concreto, los sujetos legitimados para someter casos a la Cortes son: *a)* la Comisión Africana; *b)* los Estados parte del Protocolo; *c)* las organizaciones intergubernamentales africanas, y *d)* cualquier persona y las organizaciones no gubernamentales (ONG), siempre y cuando el Estado involucrado declare que acepta dicho procedimiento (se tiene noticia de que hasta 2012 sólo cinco países habían efectuado su aceptación).⁴⁵⁰

En torno a las particularidades del procedimiento contencioso ante la Corte Africana, se precisa que una vez presentada la demanda, la Corte de-

⁴⁴⁵ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 340.

⁴⁴⁶ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 131.

⁴⁴⁷ Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 342 y 343.

⁴⁴⁸ Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 131.

⁴⁴⁹ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 347.

⁴⁵⁰ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

termina si tiene o no jurisdicción sobre el asunto, así como la admisibilidad del mismo (*i. e.*: revelar la identidad del solicitante, aunque puede permanecer en el anonimato y ser presentada la queja después de agotar los recursos internos). Cabe notar que el procedimiento ante la Corte Africana se lleva de forma escrita y oral.⁴⁵¹

La etapa escrita consiste en las comunicaciones de las partes o de la Comisión Africana, las defensas, observaciones y réplicas, así como todos los documentos de prueba.⁴⁵² Por su parte, la fase oral concretamente implica una audiencia ante la que comparecen las partes y sus peritos, expertos y testigos. Las audiencias de los casos son por regla general públicas; sin embargo, se pueden efectuar en privado cuando la Corte así lo determine o cuando alguna de las partes lo solicite, lo que puede acontecer en protección de la moral general, la seguridad o el orden público.⁴⁵³

Por otro lado, en el procedimiento contencioso la Corte Africana puede permitir los *amicus curiae* y, de ser el caso, requerirlos para mejor proveer.⁴⁵⁴ En concreto, en el contexto de la participación ciudadana en la jurisdicción, es importante la figura del *amicus curiae*, ya que amplía los escenarios de participación en el proceso judicial; desde el seno procesal, la figura se instrumenta mediante un escrito que contiene aportes de diversa naturaleza sobre temas específicos de una causa particular, y que pueden ser apropiados para la sentencia que se emita; además, resalta que la persona que presente el *amicus curiae* debe ser imparcial y no tener algún interés determinado en el sentido de la decisión.⁴⁵⁵

Ahora bien, una vez que se han recolectado la pruebas y celebrado las audiencias sobre el fondo del asunto, la Corte tiene noventa días para emitir su sentencia del caso, en la cual se debe pronunciar sobre la veracidad de los hechos manifestados, así como determinar la responsabilidad del Estado y las reparaciones de daño que resulten pertinentes.⁴⁵⁶

El sentido de la sentencia se determina por la mayoría de los jueces que componen la Corte Africana; en contra de la sentencia no procede ningún tipo de recurso de apelación; desde luego, las sentencias son de naturaleza

⁴⁵¹ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 346.

⁴⁵² Castañeda, Mireya, *El derecho internacional...*, *cit.*, p. 132.

⁴⁵³ Gómez, Mara, *op. cit.*, pp. 346 y 347.

⁴⁵⁴ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 112.

⁴⁵⁵ Sancari, Sebastián, “Tensiones, conflictos y desafíos en la labor jurisdiccional de la Corte Suprema”, en Bercholz, Jorge O. y Sancari, Sebastián (comps.), *Justicia y política. Insumos útiles para determinar el rol de cortes supremas y tribunales constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado*, Buenos Aires, Aldina Editorial Digital, 2016, p. 93.

⁴⁵⁶ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 112 y 113.

vinculante para los Estados, que deben cumplirlas en los plazos y términos consagrados en la propia decisión.⁴⁵⁷

A todo esto, si bien no existen medios de apelación contra las sentencias de la Corte Africana, cabe precisar que dicho órgano judicial mantiene su facultad de interpretar sus decisiones cuando lo soliciten las partes en el plazo de doce meses después de la notificación de la decisión. Asimismo, existe la posibilidad de que la partes soliciten a la Corte la revisión de la sentencia en el supuesto de que aparezca una nueva prueba que lo requiera, petición que debe presentarse en el plazo de seis meses contado a partir de la aparición de la prueba. Con todo, el trámite de solicitud de interpretación o de revisión no suspenden el cumplimiento de la decisión.⁴⁵⁸

Sobre la supervisión y monitoreo del cumplimiento de las sentencias de la Corte Africana, se cuenta con dos mecanismos que contribuyen a ello; por un lado, en el informe anual que presenta la Corte a la Asamblea de la Unión Africana se puede integrar una lista detallada de los Estados que estima la Corte que no han cumplido cabalmente con sus sentencias;⁴⁵⁹ por el otro, la supervisión del cumplimiento de las sentencias recae en el Comité Ejecutivo de la Unión Africana en representación de la Asamblea General de dicha organización.⁴⁶⁰

Finalmente, como dato a resaltar de la Corte Africana, se señala que ésta recibió su primer caso contencioso en 2008 y emitió su primera sentencia en 2009, y desde esa fecha ha recibido alrededor de veinte casos, por lo que tiene aún mucho camino por recorrer en comparación con sus homólogas europea e interamericana.⁴⁶¹

5. *La protección de derechos humanos en el contexto asiático*

Para comenzar, se resalta que en Oriente Medio y el Magreb existe la Liga Árabe, que fue establecida en 1945 mediante la firma de su pacto fundacional en la ciudad de El Cairo.⁴⁶² La Liga creó en 1968 el Comité Árabe de Derechos Humanos, cuya tarea esencial es la promoción de esos

⁴⁵⁷ Gómez, Mara, *op. cit.*, p. 348.

⁴⁵⁸ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁵⁹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁶⁰ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 113.

⁴⁶¹ Anaya Muñoz, Alejandro, *op. cit.*, p. 89.

⁴⁶² Véase Pacto de la Liga Árabe: disponible en: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/1/352/14.pdf>, fecha de consulta: 10 de noviembre de 2017.

derechos, que realiza mediante la redacción de informes en torno a la situación de los derechos humanos en la región asiática.⁴⁶³ Asimismo, existe una Carta de Derechos Humanos adoptada el 23 de mayo de 2004 en el seno de la Liga Árabe, misma que entró en vigor el 15 de marzo de 2008 (luego de la ratificación de siete países). El antecedente de ese instrumento se tuvo en la Carta Árabe de Derechos Humanos de 1994, que fue firmada por Iraq, pero nunca se ratificó.⁴⁶⁴

Ahora bien, en la Carta Árabe de Derechos Humanos de 2004 se estableció la creación de un *Comité Árabe de Derechos Humanos*, que se conforma de siete miembros elegidos mediante voto secreto por los Estados parte de la Carta.⁴⁶⁵ Se trata de una transformación del ya existente Comité Árabe de Derechos Humanos de 1968, pues el nuevo Comité reasume sus funciones con una composición diferente.⁴⁶⁶

Adicionalmente, en 2013 se decidió, por parte de los Estados miembros de la Liga, la creación de una Corte Árabe de Derechos Humanos; sin embargo, todavía no se conoce cuáles serán las atribuciones de dicho órgano judicial ni cuándo comenzará a operar.⁴⁶⁷

Por otro lado, en el sudeste asiático, el proceso de creación de un sistema regional de protección de derechos humanos tuvo lugar en el contexto de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático. Esta organización regional de Estados fue establecida en 1967 por Tailandia, Indonesia, Malasia, Singapur y Filipinas mediante la firma de la Declaración de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.⁴⁶⁸

A todo esto, en 2007 se inició un proceso de renovación de dicha organización regional, lo que dio como resultado la suscripción de la Carta de la Asociación de Naciones del sudeste asiático, que entró en vigor en 2008. En ese documento se retoma la idea de protección de los derechos huma-

⁴⁶³ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p.119.

⁴⁶⁴ Véase Alles Delphine, Clara Egger, “Los sistemas de protección de derechos humanos de los países del sur: una mirada a las interacciones entre multilateralismo global y regional”, trad. de Ana Inés Fernández Ayala, *Foro Internacional*, México, El Colegio de México, 2016, vol. LVI, núm. 1, enero-marzo de 2016, p. 47, disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/599/59945551003.pdf>, fecha de consulta: 10 de noviembre de 2017.

⁴⁶⁵ Artículo 45 de la Carta Árabe de Derechos Humanos, disponible en: http://www.right-to-education.org/sites/right-to-education.org/files/resource-attachments/Revised_Arab_Charter_Human_Rights_2004_Em.pdf, fecha de consulta: 10 de noviembre de 2017.

⁴⁶⁶ Para la redacción de esta párrafo se han remontado las ideas esbozadas en Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p.121.

⁴⁶⁷ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p.121.

⁴⁶⁸ *Ibidem*, p. 115.

nos en la región del Sudeste Asiático. Para tal efecto, se ordenó en la misma Carta la creación de un órgano de derechos humanos, que debía operar según lo acordado por el Comité de Ministros de la Asociación. Con base en la Carta, en 2009 el Comité de Ministros puso en operación a la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático.⁴⁶⁹

La Comisión Intergubernamental tiene un compromiso con la promoción y protección de los derechos humanos, aunque como organismo intergubernamental tiene muchas limitaciones en términos de su trabajo independiente.⁴⁷⁰

Las principales funciones de la Comisión Intergubernamental de Derechos Humanos son: *a)* elaborar un informe general anual sobre la situación de los derechos humanos en la región; *b)* prestar asistencia técnica y coadyuvar en la ejecución e implementación efectiva de las normas sobre derechos humanos, y *c)* servir como plataforma de diálogo entre los diferentes actores involucrados con la promoción y defensa de los derechos humanos.⁴⁷¹

Finalmente, existe una Declaración de los Derechos Humanos de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, adoptada en 2012 en Camboya; en ella se reconocen derechos civiles, políticos, económicos, sociales y culturales, así como el derecho humano al desarrollo y la paz.⁴⁷²

De acuerdo con la señalado en torno a la situación de los derechos humanos en el continente asiático, podemos corroborar que si bien existen ciertos instrumentos y órganos con competencia en derechos humanos, los mismos están aún en un proceso de desarrollo, por lo que no es adecuado afirmar que existe un verdadero sistema regional de protección de derechos humanos en Asia como el que opera en Europa o América; con mucho, se piensa que en un futuro cercano la región asiática podrá comenzar a operar un esquema más sofisticado a fin de proteger los derechos humanos de todos sus habitantes.

⁴⁶⁹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, pp. 115 y 116. El fundamento jurídico para la creación del referido órgano de derechos humanos se tiene en el artículo 14 de la Carta de la Asociación de Naciones del Sudeste Asiático, disponible en <http://agreement.asean.org/media/download/20160509062115.pdf>, fecha de consulta: 12 de noviembre de 2017.

⁴⁷⁰ Donnelly, Jack, *op. cit.*, p. 129.

⁴⁷¹ Pastor Ridruejo, José Antonio y Acosta Alvarado, Paola Andrea, *op. cit.*, p. 117.

⁴⁷² Asean Human Rights Declaration, disponible en <http://www.mfa.go.th/asean/contents/files/other-20121217-165728-100439.pdf>, fecha de consulta: 12 de noviembre de 2017.

6. *A modo de reflexión final*

Como reflexión final sobre el estudio de los cuatro sistemas de protección de derechos humanos (universal, europeo, americano y africano), se señala que el mismo resultó fructífero, ya que pudimos identificar los diversos grados de avance de la justicia internacional sobre los derechos humanos, así como comparar cada sistema y ubicar sus áreas de oportunidad, todo lo cual, nos permitió obtener una radiografía completa de la situación actual en torno a la protección internacional de los derechos humanos.

Todavía más, del análisis de los sistemas universal, europeo y africano de derechos humanos podemos desprender diversas pautas a considerar para mejorar el sistema interamericano de derechos humanos, que pueden operar como un borrador inicial para discusiones futuras a desarrollar en el ámbito práctico y teórico, a fin de perfeccionar el esquema de protección regional.

En concreto, se identifican las siguientes pautas, que cabría seguir estudiando con objeto de lograr una efectiva protección de los derechos humanos en la región interamericana:

- a) Del sistema universal, se desprende la posibilidad de que los tratados internacionales de la región interamericana cuenten con comités de expertos independientes que supervisen el cumplimiento permanente de los mismos tratados.
- b) Del sistema europeo, se obtiene la idea de que sí es posible materializar un elevado grado de cumplimiento de las sentencias internacionales, por lo que los países de la región interamericana deberían adoptar una filosofía de cumplimiento de las resoluciones emitidas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- c) Del sistema africano, se desprende la circunstancia de que las personas, grupos de personas y las organizaciones no gubernamentales deberían acudir directamente a la Corte Interamericana de Derechos Humanos a defender los derechos humanos; ello, siempre y cuando así lo reconozca el Estado en cuestión o cuando se trate de violaciones serias y masivas a los derechos.

II. JUSTIFICACIÓN DE LA ELECCIÓN DE LOS CASOS PRÁCTICOS

Antes del análisis de cada uno de los casos internacionales, se debe justificar la elección de los mismos a fin de eliminar la arbitrariedad en su presentación y, consecuentemente, respaldar la objetividad de la presente investigación.

Pese a ello, se resalta de nueva cuenta que siempre se manifiesta cierto nivel de subjetividad en las investigaciones científicas; por ejemplo, desde la misma elección del tema de estudio, lo cual no significa que estemos exentos de respaldar con razones de diversa índole la elección de los casos que constituirán nuestra muestra de los criterios de corrección en la argumentación desplegada en la justicia internacional.

En otro orden de ideas, se retoma el postulado esbozado al momento de justificar los casos analizados en la justicia constitucional, a saber: que nuestra intención no será generar una teoría científica de corrección de la argumentación jurídica sobre la justicia internacional a partir del análisis de diversos enunciados particulares (casos prácticos), sino más bien extraer, mediante deducciones específicas, ciertas conclusiones y reflexiones de los casos internacionales estudiados, que puedan ser evaluadas bajo el test de falsación y contrastación de Popper; todo ello, con la intención de verificar científicamente nuestra investigación. Dicho ejercicio lo realizaremos en el siguiente capítulo.

En este sentido, se precisa que se analizarán tres casos prácticos internacionales, surgidos tanto en el seno de la Corte Europea de Derechos Humanos como en la Corte Interamericana de Derechos Humanos y en la Corte Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (uno por cada Corte). Las razones y criterios utilizados que sustentaron la elección de dichos casos fueron los siguientes:

1. Se trata de asuntos internacionales recientes. Para los fines de esta investigación, la noción de “recientes” implica casos que hayan sido resueltos dentro de los cinco años anteriores a 2018; así, se tiene que los tres casos a analizar fueron resueltos en 2013, 2016 y 2017, con lo cual se obtendrán criterios contemporáneos en torno a la evaluación de la argumentación jurídica.
2. Se trata de casos que resolvieron las cortes de derechos humanos que conforman la instancia jurisdiccional del sistema europeo, interamericano y africano de protección de derechos humanos, respectivamente, que actualmente se encuentran en operación a nivel internacional; lo anterior, ya que se sabe que en 2013 se creó en el contexto de la Liga Árabe la Corte Árabe de Derechos Humanos; sin embargo, todavía no ha entrado en funciones como sus homólogos.
3. Son casos que analizan temas de debate actual para nuestras sociedades, que necesitan ser atendidos y desarrollados aún por otras cortes constitucionales y por los propios operadores jurídicos, como lo son el derecho a recibir y obtener información mediante internet

para las personas en situación de reclusión, el acceso a una pensión de sobrevivencia (que incluye el derecho a la salud) para las parejas homosexuales y el derecho al sufragio pasivo mediante candidaturas independientes.

4. Se trata de casos que abordan un enfoque diferente y novedoso en torno a las tensiones que se presentan cotidianamente en las cortes constitucionales; así, en los asuntos a estudiar se exponen colisiones entre derechos humanos y principios constitucionales en sentido estricto (pues los derechos humanos en sentido amplio también pueden entenderse como principios del Estado constitucional); de esta forma, en los tres casos internacionales se identificarán tensiones poco usuales, como, la surgida entre el derecho a recibir y obtener información vía internet con el principio de prevención del delito y seguridad pública, o la colisión entre el derecho de acceso a una pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo con el principio de legalidad.
5. Son asuntos internacionales que presentan criterios de evaluación de la argumentación compatibles y, en algunos casos, idénticos, con lo cual se pone de manifiesto la preferencia que tuvieron los jueces con ciertas teorías de la argumentación jurídica, como la de Alexy; así, en concreto, se observará que el subprincipio de necesidad expuesto por dicho autor está presente en las sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos.
6. Se trata de casos que recurren y aplican el método comparativo para respaldar la argumentación esgrimida; esto es, no sólo se conforman con recurrir a razones de tipo nacional, sino que asumen una postura abierta a otros escenarios posibles, tanto jurisdiccionales como no jurisdiccionales, lo cual se aprecia adecuado para la mejor toma de decisiones en el contexto de los derechos humanos.
7. Son casos que pueden ser analizados en el ámbito académico, ya que desarrollan una argumentación ordenada y de fácil comprensión sin recurrir a formalismos excesivos e inútiles; todo lo cual contribuye a que las sentencias puedan ser utilizadas como modelos para la enseñanza de la argumentación jurídica mediante el método de estudio de casos prácticos. De ahí que, por ejemplo, algunas de las sentencias a estudiar (la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos) han sido presentadas en investigaciones académicas recientes.

8. Se trata de casos prácticos que recurren a una argumentación de corte extensiva; esto es, a un esquema de justificación complejo que esboza razones de diversa índole y naturaleza, que buscan respaldar de mejor forma el sentido de la decisión adoptada por los jueces internacionales.

Con base en dichas razones, los casos prácticos internacionales a estudiar fueron elegidos de forma objetiva a través de criterios y parámetros específicos, por lo que la muestra de casos ha sido detenidamente justificada, tal como lo exigen las reglas metodológicas y científicas respecto a la presentación de muestras empíricas concretas.

Con mucho, se precisa que la muestra de casos internacionales es muy limitada (sólo se analizan tres asuntos), derivado de lo cual se reitera que nuestro objetivo no será crear una teoría de alcance general sobre los criterios de evaluación de la argumentación, sino más bien dar algunas bases y elementos concretos que contribuyan al desarrollo de la argumentación jurídica, lo cual será menos pretencioso, pero más realista, pues del estudio de tres casos prácticos internacionales no se puede derivar una teoría general de la argumentación. Con todo, la idea central es propiciar la comprensión, desarrollo y mejora de la toma de decisiones judiciales en el seno nacional, lo que reviste utilidad para el contexto de la práctica argumentativa contemporánea.

III. ANÁLISIS DEL CASO *JANKOVSKIS VS. LITHUANIA* “ACCESO A INTERNET EN PRISIÓN” ANTE LA CORTE EUROPEA DE DERECHOS HUMANOS (APLICACIÓN 21575/08)

1. Descripción del caso

Para comenzar, en este caso, Henrikas Jankovskis presentó una reclamación en contra de la República de Lituania ante la Corte Europea de Derechos Humanos el 7 de enero de 2008, en la cual alegó que se le había violado su derecho a recibir información reconocido en el artículo 10 del Convenio para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (en adelante Convenio Europeo de Derechos Humanos), derivado de la negativa a acceder a internet en prisión.⁴⁷³

⁴⁷³ Corte Europea de Derechos Humanos, *Case of Jankovskis v. Lithuania*, (Application no. 21575/08), sentencia del 17 de enero de 2017, p. 1, disponible en: <http://hudoc.echr.coe.int/eng?i=001-170354>, fecha de consulta: 4 de diciembre de 2017, (traducción propia).

Las circunstancias y antecedentes del asunto en cuestión se pueden resumir en los siguientes puntos:

- a) Henrikas Jankovskis se encuentra cumpliendo una sentencia en la correccional de Pravieniškės. El 30 de mayo de 2006 escribió una carta al Ministerio de Educación y Ciencia de Lituania, en la que preguntaba sobre información referente a la posibilidad de inscribirse en la universidad. Para ello, mencionó que era graduado de la Facultad de Medicina de la Universidad de Vilnius y que deseaba continuar sus estudios a distancia para adquirir un segundo grado académico en derecho con especialización en derechos humanos. Asimismo, refirió que era prisionero, por lo cual no podría atender físicamente las clases.⁴⁷⁴
- b) En una carta del 12 de junio de 2006 enviada al peticionario en la correccional de Pravieniškės, el Ministerio de Educación y Ciencia señaló que la información sobre los programas de estudios podría encontrarse en el página web: *www.aikos.smm.lt*. Asimismo, refirió que dicha página pertenecía al mismo Ministerio de Educación y Ciencia y que era administrada por una entidad pública denominada Centro para la Información y Tecnologías de la Educación.⁴⁷⁵
- c) El 28 de junio de 2006, el solicitante le envió una carta a las autoridades correccionales de Pravieniškės, relacionada con la respuesta emitida por el Ministerio de Educación, por medio de la cual les preguntó sobre el otorgamiento de una concesión para que accediera a una página web que contenía información sobre estudios del Ministerio de Educación, así como a sus cuentas de correo.⁴⁷⁶
- d) El 1 de julio de 2006, el gobernador de la correccional de Pravieniškės contestó la petición señalando que la respuesta del Ministerio de Educación no era comprensible, pues no consideraba la situación particular del solicitante, que se encontraba en prisión. Asimismo, notificó al peticionario que el requerimiento sobre tener acceso a internet no podía ser concedido porque al momento ninguna legislación permitía a los prisioneros el uso de internet o tener una cuenta de correo electrónico, por lo que las autoridades de la prisión eran incapaces de atender el requerimiento del prisionero.⁴⁷⁷

⁴⁷⁴ *Ibidem*, pp. 1 y 2.

⁴⁷⁵ *Ibidem*, p. 2.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁷⁷ *Ibidem*, p. 3.

- e) El reclamante presentó una queja ante el Departamento de Prisiones, argumentando que ninguna legislación prohíbe obtener información de una institución del Estado a través de medios electrónicos, para lo cual refirió la respuesta del Ministerio de Educación y requirió el acceso a internet. El 26 de julio de 2006, el Departamento de Prisiones respondió que los instrumentos legales que regulan la ejecución de las sentencias no permiten a los prisioneros el acceso y uso de internet, por lo que sugirió que el prisionero volviera a preguntarle al Ministerio de Educación sobre la obtención de la información que necesitaba.⁴⁷⁸
- f) El 1 de agosto de 2006, el prisionero inició procesos ante la corte, señalando las respuestas que había obtenido del Ministerio de Educación y las decisiones de las autoridades de la correccional de Pravieniškės de no darle acceso a internet.⁴⁷⁹
- g) En la respuesta emitida a la corte por parte de la correccional de Pravieniškės, se señaló que el uso de teléfonos celulares estaba prohibido en las prisiones, a fin de que los prisioneros no puedan continuar con sus actividades criminales cuando estén cumpliendo sus sentencias. De acuerdo con las autoridades de la correccional, un número de estafadores habían defraudado a la gente con grandes cantidades de dinero con la ayuda de los teléfonos celulares, por lo que si los prisioneros tuvieran el derecho de usar internet podrían continuar con sus actos criminales y coordinar las actividades de las organizaciones criminales.⁴⁸⁰
- h) El Departamento de Prisiones también requirió a la corte desestimar la demanda del prisionero, argumentando que aunque el artículo 96 del Código de Ejecución de Sentencias permite a los sentenciados usar computadoras, ello no implica que tengan derecho al uso de internet. Así, en su opinión no existe derecho conforme a la ley lituana para que un prisionero sea proveído de acceso a internet.⁴⁸¹
- i) El 2 de febrero de 2007, la Corte Regional Administrativa de Kaunas desestimó la queja del prisionero, para lo cual al analizar la regulación aplicable a los prisioneros señaló que los reclusos pueden comunicarse con las instituciones estatales por correo postal, y que

⁴⁷⁸ *Idem.*

⁴⁷⁹ *Ibidem*, p. 3.

⁴⁸⁰ *Idem.*

⁴⁸¹ *Ibidem*, p. 4.

sus cartas deben enviarse por conducto de las autoridades de la prisión. Asimismo, aludió que el acceso a internet de los prisioneros no es compatible con las normas jurídicas que les resultan aplicables. Por otro lado, precisó que de las prohibiciones existentes sobre teléfonos y radios de comunicación en prisión es obvio que aquéllas incluyen el internet, pues tienen como objetivo prevenir la comisión de crímenes en prisión.⁴⁸²

- j) El peticionario apeló la decisión e interpretación de la corte de primera instancia, para lo cual argumentó que la corte había ignorado el hecho de que el núcleo de su reclamación fue la restricción de su derecho a la educación y a obtener información, de cara al artículo 25 de la Constitución y a los artículos 10 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁴⁸³
- k) Las autoridades de la correccional de Pravieniškės contestaron la apelación, y señalaron señalando que existía una secundaria en la prisión donde los estudiantes tenían acceso a todo la literatura necesaria para sus estudios, por lo que la ausencia de acceso a internet en la prisión no tenía un impacto en la calidad de los estudios.⁴⁸⁴
- l) El 11 de diciembre de 2007, la Suprema Corte Administrativa desestimó la queja del solicitante, para lo cual aludió que el internet provee una variedad de oportunidades para usar el correo electrónico, obtener información, descargar archivos y vender o comprar cosas. Así, el mismo puede ser usado más allá de propósitos educativos; sin embargo, el derecho de usar internet no es absoluto, por lo que puede ser restringido para ciertos grupos sociales. De esta forma, para la corte no existen provisiones legales en Lituania que permitan a los prisioneros el uso de internet; además, el derecho de los mismos de tener computadoras no debe ser interpretado ampliamente a fin de incluir el derecho de acceso a internet. La Suprema Corte Administrativa ha notado que si los prisioneros tuvieran acceso a internet, las autoridades de la prisión podrían ver obstaculizada su lucha contra el crimen, al estar imposibilitadas para monitorear completamente las actividades de los prisioneros.⁴⁸⁵

⁴⁸² *Idem.*

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 4.

⁴⁸⁴ *Idem.*

⁴⁸⁵ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

2. *Derechos humanos en colisión*

En el caso en estudio se observa una interesante tensión entre diversos bienes jurídicos que comportan una protección convencional; en concreto, se trata de una tensión entre un derecho humano y un principio convencional,⁴⁸⁶ que no necesariamente implica un derecho humano, aunque sí se conecta con ciertos derechos humanos.

De esta forma, los derechos humanos y principios convencionales en tensión se mencionan a continuación.

El derecho a recibir y obtener información del prisionero, que deriva del derecho de libertad de expresión, reconocido en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos. Este derecho debe entenderse en un sentido amplio; es decir, incluiría el propio derecho de acceso a internet para obtener la información, como lo veremos al analizar la sentencia de la Corte Europea de Derechos Humanos sobre el tema en cuestión.

Asimismo, se tendría el derecho a la igualdad del prisionero, que se representa con la idea de prohibición de discriminación por cualquier situación como podría ser el estar privado de la libertad por la comisión de algún delito, principio de igualdad consagrado en el artículo 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Esos derechos humanos estarían en tensión con el principio convencional de prevención del delito y de seguridad pública, reconocidos en el mismo artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, como posibilidad de restricción a la libertad de expresión y sus dimensiones (derecho a recibir información a través de internet), así como con el principio convencional de la defensa del orden y la prevención de las infracciones penales, consagrados en el artículo 8o. de la Convención Europea de Derechos Humanos.

Lo anterior, ya que en estricto sentido el derecho de acceso a internet a favor de los reclusos podría, en ciertos casos, representar una herramienta útil para la comisión de delitos informáticos o de otra índole, afectando así la seguridad pública. Aunque, se aclara, no en todos los casos se debe asu-

⁴⁸⁶ Hemos decidido llamar principio convencional a ciertos parámetros de interés general que se reconocen en la Convención Europea de Derechos Humanos, que si bien no representan algún derecho humano en concreto, sí surgen para lograr la mejor protección de los derechos humanos o, por paradójico que parezca, para restringirlos; entre los principios convencionales se identifican, los siguientes: seguridad nacional, integridad territorial, seguridad pública, defensa del orden, imparcialidad del Poder Judicial, entre muchos otros más. Véase artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, disponible en: http://www.echr.coe.int/Documents/Convention_SPA.pdf, fecha de consulta: 4 de diciembre de 2017.

mir una posición fatalista en torno al acceso a internet en las cárceles, como veremos más adelante al estudiar la argumentación desplegada por la Corte Europea de Derechos Humanos.

Pues bien, como se aprecia, el caso en estudio representa la idea de asuntos paradigmáticos que involucran una tensión compleja entre derechos humanos, o entre derechos y otros principios convencionales. Analicemos entonces la argumentación asumida por la Corte Europea para sustentar su decisión.

3. *Argumentación y sentencia*

Para empezar, se precisa que la Corte Europea inicia su análisis identificando el derecho doméstico relevante aplicable al caso; por ejemplo, la Constitución de Lituania y el Código de Ejecución de Sentencias; asimismo, alude a los instrumentos internacionales relevantes al caso; en concreto, hace alusión a documentos jurídicos internacionales concernientes al rol del internet en conexión con el derecho a recibir información, como la sentencia del caso *Kalda vs. Estonia* de 2016.⁴⁸⁷

Después de presentar el aparato jurídico nacional e internacional aplicable, los jueces de la Corte Europea describieron las consideraciones asumidas por cada una de las partes.

Por lo que hace al quejoso, él estimó que las restricciones a los presos para usar internet no están previstas en la ley de forma expresa, pues el Código de Ejecución de Sentencias sólo prohíbe explícitamente a los prisioneros tener teléfonos y otros medios de comunicación como radios, pero no se señalan en concreto limitaciones al acceso a internet, sino sólo se inferen tales restricciones por parte del gobierno.⁴⁸⁸

En otro sentido, el quejoso destacó que en su caso la restricción al uso de internet en la prisión no tuvo una conexión con el objetivo de prevenir crímenes, pues él solicitó acceso a internet sólo para la página web indicada por el Ministerio de Educación, a fin de obtener información sobre programas de estudio a distancia en Lituania. Asimismo, considera que la prohibición no es proporcional, pues el Ministerio le ha dicho que toda la información sobre los programas de educación están disponibles en una página web del gobierno; así, alude que un número de Estados permiten, de forma limitada, el acceso a

⁴⁸⁷ Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 6-9.

⁴⁸⁸ *Ibidem*, p. 10.

internet para fines educativos, lo que demuestra que la restricción absoluta que existe en Lituania es desproporcionada.⁴⁸⁹

Por lo que respecta al gobierno, el mismo manifestó que la reclamación del quejoso es inadmisibile, ya que no sufrió una significativa afectación, porque él ha atendido ciertos cursos en la correccional de Pravieniškės; por otro lado, respalda la decisión de la corte, en torno a que las obligaciones positivas del Estado, conforme al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, no pueden interpretarse como un requerimiento para proveer una forma particular de acceso a la información por parte de los prisioneros.⁴⁹⁰

En el mismo sentido, el gobierno entiende que la prohibición del acceso a internet en prisión busca prevenir crímenes; así cree que dar acceso al mismo puede ser usado como un medio de comunicación similar a otros objetos prohibidos; por ejemplo, teléfonos móviles, que algunas veces los prisioneros usan ilegalmente a fin de cometer nuevos delitos, concretamente fraude telefónico, o para influir a que otros participen en actividades delictivas.⁴⁹¹

Asimismo, la autoridad señala que la interferencia a los derechos del prisionero es necesaria y proporcional; como lo notó la Suprema Corte Administrativa, el abanico de oportunidades ofrecidas por internet puede constituir una amenaza para los derechos de otras personas. Sobre esto, se requiere un gran esfuerzo de las autoridades de la prisión para prevenir cualquier potencial acto ilegal. Así, se estableció que internet es una manera de recibir información, por lo que los prisioneros pueden ejercer dicho derecho de forma efectiva por otros medios, como la correspondencia postal a través de las autoridades de la prisión. En el presente caso, la información referente a la admisión a escuelas es difundida en la prensa y en publicaciones especiales, las cuales pueden ser comunicadas por los familiares del quejoso.⁴⁹²

Una vez identificadas las consideraciones hechas valer por las partes, los jueces de la Corte Europea se dieron a la tarea de analizar la admisibilidad del asunto, para lo cual estimaron, entre muchas otras cosas, que la queja se refería al derecho a recibir información reconocido en el artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos; en concreto, determinaron que la reclamación del quejoso era admisible.⁴⁹³

⁴⁸⁹ *Ibidem*, pp. 10 y 11.

⁴⁹⁰ *Ibidem*, p. 11

⁴⁹¹ *Ibidem*, pp. 11 y 12.

⁴⁹² *Ibidem*, p. 12.

⁴⁹³ *Ibidem*, pp. 12 y 13.

Después de superar la etapa de admisibilidad de la reclamación, la Corte Europea entró al estudio del fondo del asunto, lo que implicó analizar los méritos de la queja, para lo cual dividió su razonamiento en dos etapas; por un lado, para identificar la existencia de una interferencia; por el otro, para saber si la interferencia era justificada.⁴⁹⁴

Sobre la existencia de una interferencia, la Corte precisó que el público tiene un derecho a recibir información sobre intereses generales; todavía más, destacó que la misma ha sostenido que dicho derecho prohíbe al gobierno prevenir a una persona de la recepción de información que otros desean o están en posibilidad de impartir.⁴⁹⁵

Aún más, para la Corte, en el caso en análisis, la cuestión a considerar no era la negativa de las autoridades para atender la solicitud de información, sino más bien el punto a dilucidar se relacionaba con la forma en que se solicitó el acceso a la información; esto es, vía internet y derivado de un pedimento de un prisionero. En este sentido, la Corte reiteró que a la luz de su accesibilidad y capacidad para almacenar y comunicar una vasta cantidad de información, el internet juega un importante rol en la expansión del acceso público a las noticias y facilita la diseminación de la información en general.⁴⁹⁶

Pese a ello, la Corte advirtió que una prisión inevitablemente comporta diversas restricciones para las comunicaciones de los prisioneros en comparación con el mundo exterior, en donde se incluyen las habilidades para recibir información. Así, el artículo 10 de la Convención Europea no puede ser interpretado en el sentido de que imponga una obligación general de acceso a internet, o de acceso a específicos sitios de internet para los prisioneros.⁴⁹⁷

Sin embargo, en las circunstancias del caso, desde que el acceso a la información relacionada con la educación está garantizado bajo el derecho de Lituania, la Corte acepta que la restricción de acceso al sitio de internet que el Ministerio de Educación señala en contestación a la solicitud del quejoso sobre programas educativos constituye una interferencia con el derecho a recibir información.⁴⁹⁸

Por otra parte, respecto de la justificación de la interferencia, la Corte dividió su argumentación en tres partes, a saber: a) si la interferencia estaba

⁴⁹⁴ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 13.

⁴⁹⁶ *Ibidem*, pp. 13 y 14.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 14.

⁴⁹⁸ *Idem*.

prescrita en una ley; *b*) si la interferencia persiguió un objetivo legítimo, y *c*) si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática.

Sobre si la interferencia estaba prescrita en una ley, la Corte reconoció que en 2006, cuando el quejoso solicitó acceso a internet en la cárcel, no existía un impedimento expreso para el uso de internet en las prisiones. La prohibición sobre *otras formas de comunicación electrónica*, dentro de las cuales pueden ser comprendidas también las formas de acceso a internet, fueron incluidas en marzo de 2010 en el anexo 1 del Código de Ejecución de Sentencias. Sea como fuera, la Corte identificó que en 2006 diversas normas y leyes domésticas establecían una prohibición concreta para prisioneros respecto de teléfonos móviles y radios de comunicación, por lo que no era irracional sostener que todas esas prohibiciones podrían ser eludidas si los reclusos tenían acceso a internet.⁴⁹⁹

Por lo anterior, la Corte no consideró que el quejoso fuera dejado sin una indicación respecto a que existía una prohibición para el uso de internet en prisión, derivado de lo cual concluyó que la prohibición a los presos sobre el uso de internet en la cárcel estaba prescrita por una ley dentro del contexto del artículo 10.2 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁵⁰⁰

Ahora bien, por lo que hace a si la interferencia persiguió un objetivo legítimo, la Corte aceptó el argumento de la autoridad sobre que la interferencia en cuestión buscó cumplir con el objetivo de proteger los derechos de otras personas y prevenir el desorden y la comisión de delitos. Todavía más, la Corte reconoció que las cortes nacionales debían identificar la situación pre-valeciente en el Estado, en la que un número de estafadores telefónicos de las prisiones habían defraudado a personas con grandes cantidades de dinero.⁵⁰¹

En otro orden de ideas, sobre si la interferencia era necesaria en una sociedad democrática, los jueces internacionales advirtieron, en primer lugar, que el sitio de internet al que el quejoso quería tener acceso contenía información acerca de aprendizaje y programas estudios en Lituania; por ejemplo, sobre los requisitos de ingreso a una escuela, así como información sobre ofertas de trabajo para desempleados. Así, para la Corte no era irracional sostener que dicha información era directamente relevante para los intereses educativos del quejoso, lo que a su vez era importante para su rehabilitación y subsecuente reintegración a la sociedad.⁵⁰²

⁴⁹⁹ *Ibidem*, pp. 14 y 15.

⁵⁰⁰ *Ibidem*, p. 15.

⁵⁰¹ *Idem*.

⁵⁰² *Ibidem*, p. 15.

Adicionalmente, la Corte estimó que las decisiones de las autoridades de Lituania se centraron en las prohibiciones legales para el acceso a internet de los prisioneros en lugar de examinar el argumento del quejoso respecto a la necesidad de poder acceder a una página web específica para su educación.⁵⁰³

En sentido similar, los jueces internacionales observaron que las autoridades de la prisión y las cortes locales de Lituania no fueron tan lejos incluso para discutir que el extendido acceso a internet puede implicar costos adicionales para el Estado; así, no consideraron el hecho de que el quejoso requirió acceso a una página web creada y administrada por el Ministerio de Educación, que es una institución del Estado.⁵⁰⁴

A todo esto, los jueces de la Corte europea fueron conscientes de que en varias recomendaciones del Consejo de Europa y en otros instrumentos internacionales el servicio público de internet tiene un valor e importancia para el disfrute de un rango de derechos humanos reconocidos; en concreto, el acceso a internet ha sido ampliamente entendido como un derecho, por lo cual se ha llamado a un desarrollo efectivo de las políticas a fin de lograr un acceso universal a internet y superar la brecha digital.⁵⁰⁵

De esta manera, la Corte consideró que tal desarrollo refleja el importante rol que juega internet en la vida diaria de las personas, en particular, desde que cierta información está disponible exclusivamente en internet. De hecho, en el caso que se estudia, la página web a la que deseaba ingresar el quejoso provee comprensiva información sobre diversas opciones de estudio en Lituania; así, las autoridades de dicho país no consideraron una posibilidad de dar una concesión limitada o controlada de acceso a internet al quejoso, a fin de que pudiera ingresar a un sitio particular administrado por una institución estatal, lo cual no representaba ningún riesgo de seguridad.⁵⁰⁶

Por todo lo anterior, para los jueces internacionales no existieron suficientes razones expuestas para justificar la interferencia al derecho de recibir información del quejoso; aún más, la objeción del gobierno de que el quejoso no sufrió significativas desventajas con la restricción debe ser desestimada; de esta forma, la Corte concluyó su argumentación señalando que la interferencia con el derecho del quejoso de recibir información, en las específicas circunstancias del caso, no puede ser considerada como necesari-

⁵⁰³ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁰⁴ *Idem*.

⁵⁰⁵ *Ibidem*, p. 16.

⁵⁰⁶ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

ria en una sociedad democrática, por lo que determinó que sí hubo una violación al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos.⁵⁰⁷

Con base en dichas razones, por unanimidad, los jueces de la Corte de Estrasburgo decidieron lo siguiente: *a)* rechazar los méritos de las objeciones del gobierno respecto a que el quejoso no sufrió una significativa desventaja en sus derechos; *b)* declarar la demanda sobre el derecho a recibir información como admisible; *c)* sostener que hubo una violación al artículo 10 de la Convención Europea de Derechos Humanos, y *d)* sostener que la identificación de la violación constituye por sí misma una justa y suficiente satisfacción por el daño no pecuniario aludido por el quejoso.⁵⁰⁸

4. *Criterios de evaluación de la argumentación utilizados*

Como se pudo observar a lo largo de la argumentación desplegada en el caso “acceso a internet en prisión”, sí existieron algunos criterios de evaluación de la misma, por lo que se puede asumir que el estudio de dicho asunto judicial contribuye al desarrollo de nuestra investigación, esencialmente, por dos motivos; por un lado, porque confirma el estatus actual en México y otros países latinoamericanos en torno a la preferencia de la teoría de la argumentación de Alexy para justificar las decisiones (recuérdese el esquema argumentativo utilizado por nuestro máximo tribunal en el caso “uso lúdico de la marihuana”); por el otro, porque resalta nuevos criterios para la toma de decisiones en casos considerados paradigmáticos.

Ahora bien, sin desconocer la falta de justificación en la elección de los criterios de evaluación en el caso en comentario (lo cual ya representa un problema en la decisión), a modo de resumen se decantan los siguientes parámetros de evaluación utilizados en el mismo:

- De los fines legítimos.
- De necesidad.
- Económico.

Como se aprecia, los criterios de evaluación de la argumentación son limitados en comparación con otros casos, como los analizados a lo largo de la presente investigación; sin embargo, cabe indicar que los mismos fueron contundentes para respaldar el sentido de la decisión. Repasemos pues las

⁵⁰⁷ *Ibidem*, p. 17.

⁵⁰⁸ *Ibidem*, pp. 18 y 19.

implicaciones de cada uno de los parámetros que sirvieron de sustento de la sentencia emitida por el Tribunal de Estrasburgo.

Sobre el criterio de los fines legítimos, se observa que el mismo deviene de las ideas plasmadas por Robert Alexy en su teoría de la argumentación jurídica; en el caso concreto, los jueces internacionales estudiaron el alcance de la interferencia al derecho de los presos de recibir información a través de internet, para lo cual concluyeron que la afectación del derecho de acceso a internet, consecuentemente, de recibir información, sí perseguía un fin legítimo, que debía ser protegido por la autoridad; esto es, la prevención del delito y del desorden social. Derivado de lo cual estaba justificada la afectación a dicho derecho humano, al menos bajo este parámetro de la argumentación.

Por lo que respecta al criterio de necesidad, se observa que también se sustentó en el pensamiento de Alexy, aunque tuvo ciertas variaciones en su aplicación, pues los jueces internacionales no efectuaron un análisis más profundo en torno a la búsqueda de otras medidas menos dañinas del derecho a recibir información (como lo exige esta grada de test de Alexy). En particular, con el mismo la Corte Europea se preguntó si la vulneración a ese derecho era necesaria en una sociedad democrática, por lo cual identificó que el quejoso deseaba acceder a una página web con contenido educativo, lo que era relevante para su rehabilitación social. Aún más, como se recordará, para los jueces internacionales el acceso a internet es un derecho humano, por lo que se debe buscar que todas las personas tengan acceso al mismo, a fin de eliminar la brecha digital existente.

Con base en dichas consideraciones, para el tribunal de Estrasburgo las autoridades responsables fallaron en considerar como medida alterna (menos gravosa) la posibilidad de dar acceso a internet de forma controlada al quejoso, lo cual conllevaría que sólo pudiera ingresar a una página web que contenía información educativa y opciones de estudios operada por una institución pública, lo que en esencia no implicaba un riesgo para el orden público o la seguridad de las personas. Por ello, se concluyó que no se cumplió con el criterio de necesidad de esta manera, para la Corte Europea la afectación al derecho de recibir información del reclamante no pudo ser estimada como necesaria en una sociedad democrática del ámbito actual.

Bajo este sendero, se aprecia que el criterio de necesidad fue determinante para el sentido de la decisión, ya que al no poderse acreditar se determinó que las autoridades locales no habían respaldado adecuadamente sus decisiones sobre afectar el derecho de recibir información vía internet por parte del quejoso.

Finalmente, en torno al criterio económico, se tiene que la Corte Europea lo utilizó para resaltar que las autoridades locales de Lituania no reali-

zaron un examen exhaustivo de la causa de la queja, ya que no discutieron el hecho de que el mantenimiento de la información educativa en la página web a la que el quejoso desea acceder representaba un costo para el Estado, pues la misma página era mantenida y operada por un ente público, por lo cual, se interpreta, aunque no lo indicara así expresamente el tribunal, que al negarle el acceso a la página de internet al recluso, se estarían desaprovechando los recursos invertidos por el Estado para la difusión de información educativa en Lituania vía internet.

Con base en los tres criterios de evaluación de la argumentación operados por la Corte Europea en su conjunto, se puede asumir que el sentido de la sentencia de la Corte fue correcto y adecuado, ya que pudo justificar que la afectación al derecho de recibir información (vía internet) no era necesaria en una sociedad democrática; así, al no haber logrado acreditar todas las gradas del test aplicado, se asume que efectivamente era injustificada la afectación a ese derecho, por lo que se debía restituir al quejoso en sus derechos.

En síntesis, a pesar de que en la aplicación del test de proporcionalidad de Alexy la decisión sí logró acreditar que la interferencia perseguía un fin legítimo, se tuvo que no superó el criterio de necesidad ni el de economía (que no surgió en la teoría de la argumentación de Alexy), por lo que la sentencia debía ordenar dejar sin efectos las determinaciones de las autoridades locales, que habían establecido como correcto el postulado de afectar el derecho de recibir información a través de internet por parte de los reclusos.

IV. ANÁLISIS DEL *CASO DUQUE VS. COLOMBIA*

“ACCESO A PENSIÓN DE SOBREVIVENCIA PARA PAREJAS DEL MISMO SEXO” DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS

1. *Descripción del caso*

Para tener una radiografía completa del caso en estudio, en el presente apartado se expondrán todas las cuestiones fácticas y de derecho que generó el asunto en análisis. Se aclara que para la presentación de tales cuestiones se seguirá, en cierta medida, el esquema propuesto por la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CoIDH);⁵⁰⁹ así, se tienen las siguientes consideraciones de hecho y de derecho:

⁵⁰⁹ Sobre esto, se precisa que la CoIDH presentó los hechos del asunto bajo los siguientes rubros: a) situación de Ángel Alberto Duque y su solicitud a Colfondos respecto a la pensión de sobrevivencia de su pareja; b) marco legal del sistema de seguridad social en Colombia; c)

- 1) Ángel Alberto Duque (quejoso) y el señor J. O. J. G fueron pareja hasta el 15 de septiembre de 2001, cuando este último falleció como consecuencia del síndrome de inmunodeficiencia adquirida que padecía. Cabe hacer notar que Duque es portador de la infección por VIH, por lo que se encontraba recibiendo un tratamiento antirretroviral al momento de la muerte de su pareja, mismo que no debía suspenderse, pues podría implicar un riesgo para su vida.⁵¹⁰
- 2) El señor J. O. J. G estaba afiliado a la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías (Colfondos, S. A.); a consecuencia de su muerte, Duque solicitó, el 19 de marzo de 2002 a dicha compañía, que le precisara los requisitos para tramitar la pensión de sobrevivencia de su pareja.⁵¹¹
- 3) El 3 de abril de 2002, Colfondos atendió la solicitud del señor Duque señalándole que no tenía el carácter de beneficiario, de conformidad con la Ley 100 de 1993, pues la misma se entiende, derivado de una norma reglamentaria, en el contexto de la unión entre un hombre y una mujer y no entre personas del mismo sexo, por lo que el solicitante no podría acceder a la pensión de sobrevivencia.⁵¹²
- 4) Derivado de la respuesta negativa de Colfondos, el 26 de abril de 2002 el señor Duque presentó una acción de tutela solicitando acceso a la pensión a su favor, para lo cual señaló que había sido pareja del señor J. O. J. G, que no tenía ingresos propios, que vivía con VIH, que estaba bajo un tratamiento antirretroviral que no debía suspenderse, y que al tener acceso a la pensión de sobreviviente, contaría con los medicamentos y la atención médica que su condición requería.⁵¹³
- 5) El 5 de junio de 2002, el Juzgado Décimo Civil de Bogotá negó la tutela promovida al argumentar que el quejoso no reunía los requisitos de ley para recibir la pensión de supervivencia, así como que ninguna jurisprudencia ha reconocido tal derecho a las parejas de

acciones de tutela presentadas para solicitar el reconocimiento de la pensión de sobrevivencia, y d) jurisprudencia posterior de la Corte Constitucional de Colombia. Véase Corte Interamericana de Derechos Humanos, *caso Duque vs Colombia*, excepciones preliminares, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 26 de febrero de 2016, Serie C, núm. 310, p. 20, disponible en: http://www.corteidh.or.cr/docs/casos/articulos/seriec_310_esp.pdf, fecha de consulta: 10 de diciembre de 2017.

⁵¹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 21.

⁵¹¹ *Idem.*

⁵¹² *Ibidem*, pp. 21 y 22.

⁵¹³ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

homosexuales, por lo que no era procedente inaplicar la ley que regulaba la pensión de supervivencia ni conceder el amparo solicitado.⁵¹⁴

- 6) La sentencia que negó la tutela fue impugnada por el quejoso; sin embargo, el Juzgado Doce Civil de Bogotá confirmó la negativa mediante resolución del 19 de julio de 2002. Para sustentar su determinación, el juzgado señaló que no se vislumbró una violación de los derechos constitucionales del quejoso, ya que se buscó obtener un amparo para la protección de derechos patrimoniales y prestaciones sociales, que no son objeto del mismo, pues tales derechos tienen su fuente inmediata en la ley.⁵¹⁵
- 7) El 26 de agosto de 2002, el caso de tutela fue radicado en la Corte Constitucional de Colombia, pero no fue elegido para su estudio y revisión.⁵¹⁶
- 8) El 8 de febrero de 2005 se presentó a la Comisión Interamericana de Derechos Humanos una petición por la Comisión Colombiana de Juristas y Germán Humberto Rincón Perfetti en representación del señor Duque.⁵¹⁷
- 9) Cabe indicar que durante el trámite internacional de la citada petición, en el ámbito nacional, a partir de 2007, la Corte Constitucional colombiana comenzó a reconocer a las parejas del mismo sexo ciertos derechos, como el de pensión, seguro social y propiedad; aún más, en 2008, la Corte determinó en la sentencia C-336, que las parejas del mismo sexo tienen derecho a la pensión de sobrevivientes. Por otro lado, a partir de 2010 la Corte Constitucional de Colombia precisó en varias sentencias que en el supuesto de que un miembro de una pareja del mismo sexo hubiese muerto antes de la sentencia C-336 de 2008, no implicaría que a su pareja se le deba negar la pensión de supervivencia.⁵¹⁸
- 10) De regreso al proceso internacional, el 2 de noviembre de 2011, la Comisión Interamericana de Derechos Humanos aprobó el informe de admisibilidad del caso, en el cual declaró la admisión de la petición por la probable afectación de los derechos reconocidos en los artículos 5, 8.1, 24 y 25 del Pacto de San José (derecho a la in-

⁵¹⁴ *Ibidem*, p. 24.

⁵¹⁵ *Ibidem*, pp. 24 y 25.

⁵¹⁶ *Ibidem*, p. 25.

⁵¹⁷ *Ibidem*, p. 4.

⁵¹⁸ *Ibidem*, p. 25.

tegridad personal, de garantía y protección judicial e igualdad ante la ley).⁵¹⁹

- 11) El 2 de abril de 2014, la Comisión Interamericana emitió su informe de fondo del caso; en él estableció ciertas conclusiones y recomendaciones para el Estado colombiano. En concreto, concluyó que el Estado era responsable por la violación de los derechos de Ángel Alberto Duque a la integridad personal, garantías judiciales, protección judicial, de igualdad y no discriminación. Por otro lado, la Comisión recomendó al Estado colombiano lo siguiente: *a)* reparar al señor Duque por las violaciones a sus derechos humanos, lo que implicaría el otorgamiento de la pensión de sobrevivencia, una justa compensación y el acceso ininterrumpido a los servicios de salud; *b)* garantizar la no repetición de los hechos, y *c)* adoptar medidas para garantizar que las parejas del mismo sexo no sean discriminadas en el ámbito de los servicios de seguridad social.⁵²⁰
- 12) El 21 de octubre de 2014, la Comisión Interamericana remitió el caso a la CoIDH, a fin de obtener justicia para el señor Duque, para lo cual refirió que el Estado colombiano en sus informes respectivos, no presentó una propuesta particular de reparación integral a favor de la víctima; asimismo, que no reconoció la existencia de un ilícito internacional.⁵²¹
- 13) El envío del caso por parte de la Comisión Interamericana fue notificado al Estado y a los representantes de la posible víctima el 11 de noviembre de 2014 por la CoIDH. El 12 de enero de 2015, los representantes del señor Duque presentaron vía correo electrónico su escrito de solicitudes, argumentos y pruebas ante la CoIDH.⁵²²
- 14) El 1 de abril de 2015, el Estado demandado presentó vía correo electrónico ante la CoIDH su escrito de contestación y de excepciones preliminares.⁵²³
- 15) El 1 de junio de 2014, los representantes del señor Duque y la Comisión Interamericana enviaron sus observaciones a las excepciones preliminares interpuestas por el Estado demandado, para lo cual pidieron a la CoIDH que fueran rechazadas.⁵²⁴

⁵¹⁹ *Ibidem*, p. 4.

⁵²⁰ *Ibidem*, pp. 4 y 5.

⁵²¹ *Ibidem*, p. 5.

⁵²² *Ibidem*, p. 6.

⁵²³ *Idem*.

⁵²⁴ *Ibidem*, p. 6.

- 16) El 25 de agosto de 2015 fue celebrada una audiencia pública; en ella se recibieron las declaraciones del señor Duque y de los peritos de las partes, así como las observaciones y alegatos finales orales de las partes.⁵²⁵
- 17) El 25 de septiembre de 2015, los representantes de la presenta víctima y el Estado demandado enviaron sus respectivos alegatos finales escritos; asimismo, la Comisión Interamericana presentó sus observaciones finales escritas del caso.⁵²⁶
- 18) La CoIDH comenzó en análisis y deliberación de la sentencia que se comenta el 25 de febrero de 2016.⁵²⁷

Una vez detallado el origen del caso y las etapas jurídicas que atravesó éste para llegar a la CoIDH, en adelante se precisarán los derechos humanos en tensión que se manifestaron en el asunto en estudio.

2. *Derechos humanos en colisión*

Del estudio del caso en cuestión se desprende una colisión interesante entre derechos humanos y principios del Estado constitucional de derecho, que si bien no fue planteada expresamente por los jueces interamericanos, sí resulta visible de las consideraciones y hechos del asunto; en concreto, se observa una tensión entre los siguientes derechos humanos y principios:

Por un lado, se tiene el derecho humano a la igualdad y no discriminación del señor Duque, reconocido en los artículos 1.1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, ya que él no pudo acceder a la pensión de sobreviviente, derivado de su orientación sexual, que lo llevó a tener como pareja una persona del mismo sexo, la cual no era posible obtener, bajo las leyes vigentes de la época en que solicitó la pensión.

Asimismo, a pesar de que la CoIDH no los reconoció, como veremos más adelante, se tienen los derechos humanos a la vida y a la integridad personal consagrados en los artículos 4.1 y 5.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos; ello, derivado de que la negación de acceso a la pensión de sobreviviente implicó la interrupción de la asistencia médica y del otorgamiento de los medicamentos al señor Duque, que en su calidad de paciente con VIH necesitaba y no podía interrumpir por ninguna circuns-

⁵²⁵ *Idem.*

⁵²⁶ *Ibidem*, p. 7.

⁵²⁷ *Idem.*

tancia, pues de lo contrario su vida e integridad física estaría en grave riesgo como es entendido en el ámbito médico.

Ahora bien, esos derechos humanos estarían en colisión con el principio de legalidad, que puede entenderse como la obligación que tienen todas las autoridades en un Estado constitucional de derecho de cumplir y aplicar las leyes siempre y cuando sean compatibles con los derechos humanos. En el caso que se comenta, se tuvo que una ley no regulaba la posibilidad de que parejas del mismo sexo pudieran acceder a una pensión de sobrevivencia, y sólo se permitía para las parejas conformadas por personas de diferente sexo, por lo que las autoridades colombianas, en cumplimiento del principio de legalidad, determinaron negarle el acceso a la pensión al señor Duque; esto es, privilegiaron el principio de legalidad sobre los derechos humanos a la vida, a la integridad personal y a la igualdad.

Cabe notar que el principio de legalidad, bajo una interpretación extensiva, se encuentra reconocido en el artículo 9o. de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que regula la irretroactividad de la ley en materia penal; lo anterior es así ya que las autoridades y jueces locales de Colombia tuvieron como sustento de su actuación la idea de la aplicación de las leyes; esto es, la materialización del principio de legalidad del Estado constitucional colombiano, que, en nuestra opinión, no fue asumida correctamente, ya que si bien dicho principio sigue siendo vigente en un Estado democrático, el mismo debe operar si las leyes son compatibles con los derechos humanos; de no ser así, es posible inaplicar las mismas leyes, sin que ello implique una vulneración del Estado constitucional; por el contrario, comporta su perfeccionamiento y realce.

En suma, la colisión que se presentó en este caso fue distinta a las tensiones que hemos analizado a lo largo de la presente investigación, ya que implicó un enfrentamiento entre un derecho humano y un principio del Estado constitucional de derecho, por lo que se reafirma la posibilidad de colisiones entre distintos intereses jurídicos valiosos de relevancia para su protección convencional y constitucional.

3. *Argumentación y sentencia*

Para comenzar, se señala que la CoIDH se centró en analizar las excepciones preliminares hechas valer por el Estado demandado, que en esencia indicó que el quejoso no había agotado todos los recursos existentes en el derecho doméstico respecto al reconocimiento de la pensión de supervivencia,

como es el recurso administrativo ante la Compañía Colombiana Administradora de Fondos de Pensiones y Cesantías y el respectivo recurso judicial.⁵²⁸

Para la CoIDH, la acción de tutela presentada por el señor Duque (que buscaba obtener la pensión de sobrevivencia y el acceso a servicios médicos) era un recurso adecuado y efectivo para atender las necesidades del reclamante, ello con independencia de la existencia de otros recursos ordinarios específicos, que también podían ser interpuestos para lograr el mismo fin. De esta manera, la Corte determinó que el señor Duque sí había agotado los recursos de la jurisdicción interna, en términos de lo señalado por el artículo 46 del Pacto de San José, por lo que, con base, principalmente, en dicha razón, desestimó las excepciones preliminares hechas valer por el Estado demandado.⁵²⁹

Todavía más, por lo que respecta a la falta de agotamiento de los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal, el Estado demandado señaló que la acción de tutela constituye una figura judicial efectiva para proteger los derechos a la vida, a la salud y a la integridad personal, derivado de lo cual, el señor Duque tenía que agotar el recurso frente a la falta de continuidad o interrupción del tratamiento médico antirretroviral, que no se encontraba ligada a la reclamación de acceso a la pensión de sobreviviente.⁵³⁰

En respuesta a los señalamientos, la CoIDH identificó que la acción de tutela promovida por el señor Duque refería la violación de su derecho a la salud, lo cual estaba en conexión con el acceso a un esquema de protección específico del derecho a la salud, al que sólo se podía acceder si se contaba con la pensión de superviviente. A la luz de ello, para la Corte los recursos internos frente a los derechos a la vida e integridad personal fueron agotados mediante la presentación de la acción de tutela por parte del quejoso, en la cual solicitó el acceso a la citada pensión, por lo que la CoIDH desestimó también esta excepción preliminar presentada por el Estado demandado.⁵³¹

Sobre el análisis expuesto por la CoIDH en lo que toca al fondo del asunto, para efectos prácticos, éste se dividió en tres rubros: *a)* el derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación; *b)* los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial, y *c)* el derecho a la integridad personal y el derecho a la vida.⁵³²

⁵²⁸ *Ibidem*, p. 8.

⁵²⁹ *Ibidem*, pp. 12 y 15.

⁵³⁰ *ibidem*, p. 16.

⁵³¹ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

⁵³² *Ibidem*, p. 26.

A. *El derecho a la igualdad ante la ley y a la no discriminación*

La argumentación de este punto fue dividida, a su vez, en los siguientes puntos: *a)* derecho a la igualdad y a la no discriminación; *b)* el derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso; *c)* la aludida cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente asunto, y *d)* conclusión.⁵³³

Sobre el derecho a la igualdad y a la no discriminación, la Corte fijó los parámetros de comprensión y alcance del mismo, para lo cual aludió a las interpretaciones que sobre la discriminación ha dado el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas; asimismo, refirió el estatus actual del principio de igualdad y no discriminación como norma del *ius cogens*, así como la obligación de los Estados de adoptar medidas positivas para revertir o modificar circunstancias discriminatorias existentes en sus sociedades. Finalmente, la CoIDH observó que existe un vínculo estrecho entre las obligaciones de respeto y garantía de los derechos humanos y el principio de igualdad y no discriminación.⁵³⁴

En torno al derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, la Corte identificó que las normas jurídicas de Colombia, que reglamentaban las uniones maritales de hecho y el régimen patrimonial y de seguridad social, contenían una diferencia de trato entre las parejas heterosexuales y las parejas del mismo sexo (que no podían formar tal unión).⁵³⁵

Por otro lado, la Corte argumentó que la orientación sexual de las personas es una categoría protegida por el Pacto de San José, por lo que está prohibida bajo la misma cualquier regla, acto o práctica discriminatoria sustentada en la orientación sexual de las personas.⁵³⁶

Aún más, para los jueces interamericanos toda diferencia de trato debe tener una justificación objetiva y razonable, a fin de que no sea discriminatoria; en este sentido, la Corte indicó que la posible restricción de un derecho humano requiere de una fundamentación rigurosa, a saber: que las razones emitidas para establecer la diferencia sean serias y que se sustenten en una argumentación exhaustiva.⁵³⁷ De esta forma, para la Corte, el Estado demandado no presentó una explicación sobre la necesidad de la diferencia

⁵³³ *Ibidem*, p. 27.

⁵³⁴ *Ibidem*, pp. 28 y 29.

⁵³⁵ *Ibidem*, p. 31.

⁵³⁶ *Idem*.

⁵³⁷ *Ibidem*, p. 32.

de trato para las parejas del mismo sexo en relación con las parejas integradas por personas de diferente sexo.⁵³⁸

Para respaldar su argumentación jurídica, la CoIDH aludió a diversos instrumentos y consideraciones internacionales que abordan el tema; en concreto, refirió sobre el derecho a la pensión de las parejas del mismo sexo, que el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales de la Organización de las Naciones Unidas ha asumido que el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales prohíbe toda discriminación (de hecho o de derecho) por motivos, entre otros, de posición económica, estado de salud y orientación sexual, que busquen afectar el ejercicio del derecho a la seguridad social.⁵³⁹

En el mismo sentido, destacó la CoIDH que en la Observación General 20, el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales ha precisado que los Estados parte del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales tienen que cerciorarse de que las preferencias sexuales de las personas no sean un obstáculo para hacer realidad los derechos consagrados en dicho Pacto.⁵⁴⁰

Por otro lado, los jueces interamericanos resaltaron la existencia de los Principios de Yogyakarta sobre el derecho internacional de los derechos humanos en torno a la orientación sexual, que establecen en su principio 13, que todas las personas tienen derecho a la seguridad social y a diversas medidas de protección social, sin discriminación por cuestiones de orientación sexual.⁵⁴¹

De la misma forma, precisó la CoIDH que el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos) ha determinado que la diferenciación en el acceso al derecho de pensión entre las parejas del mismo sexo y las parejas integradas por personas de diferente sexo no puede ser razonable ni objetivo, pues no se cuenta con factores que justifiquen la existencia de tal distinción.⁵⁴²

Con todo, los jueces interamericanos no se conformaron con aludir a criterios y posturas internacionales, sino que también analizaron y observaron la situación del tema en el ámbito nacional de los siguientes países de la región interamericana: México, Uruguay, Argentina, Brasil, Chile y Estados Unidos, lo cual se aprecia adecuado, pues uno de los retos que enfrenta la

⁵³⁸ *Idem.*

⁵³⁹ *Idem*, p. 32.

⁵⁴⁰ *Idem.*

⁵⁴¹ *Idem.*, p. 32.

⁵⁴² *Ibidem*, p. 33.

CoIDH es mirar hacia el ámbito de protección de los derechos humanos en sede nacional, y no sólo internacional.

Por lo que hace a México, la CoIDH observó que en la Ciudad de México está regulada desde 2006 la sociedad de convivencia entre personas del mismo sexo y el matrimonio entre ellas desde 2009. Todavía más, en 2015 la Suprema Corte de Justicia de la Nación estableció que las leyes de los estados que consideren que la finalidad del matrimonio es la procreación o que lo entiendan únicamente como el que se celebra entre un hombre y una mujer son inconstitucionales. Además, señaló que no se debe excluir injustificadamente el acceso al matrimonio a las parejas homosexuales que están situadas en condiciones similares a las parejas integradas por personas de distinto sexo.⁵⁴³

Para el caso de Uruguay, señaló la Corte que desde 2007 se cuenta con la Ley sobre la Unión Concubinaría, que se aplica a las parejas del mismo sexo, en la cual se reconoce a los beneficiarios de la pensión de sobrevivencia, cualquiera que sea su sexo u orientación sexual. Asimismo, se identificó que en ese país se reconoció el matrimonio de las parejas del mismo sexo desde 2013.⁵⁴⁴

Respecto a Argentina, en la ciudad de Buenos Aires, desde 2002, se reconoce la unión civil de las parejas del mismo sexo; en el ámbito nacional, ésta es posible desde 2010; asimismo, en 2008 la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció el derecho a la pensión a los convivientes del mismo sexo; en esta misma línea, la Corte Suprema autorizó en 2011 el derecho al pago retroactivo de la pensión por fallecimiento a las parejas del mismo sexo.⁵⁴⁵

En el caso de Brasil, la CoIDH identificó el avance en la materia por parte de dicho país; así, señaló que, en diciembre de 2010, un decreto ejecutivo autorizó el derecho a las parejas del mismo sexo a recibir pensión por la muerte de su pareja. Aún más, en mayo de 2011, el Supremo Tribunal Federal reconoció a las parejas de mismo sexo y les garantizó los mismos derechos que a las integradas por personas de diferente sexo. Finalmente, en mayo de 2013 el Consejo Nacional de Justicia determinó, con base en el principio de no discriminación, que no es dable negar el matrimonio o las uniones de hecho a las parejas homosexuales.⁵⁴⁶

⁵⁴³ *Idem.*

⁵⁴⁴ *Idem.*, p. 33.

⁵⁴⁵ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁴⁶ *Idem.*

En sentido similar, aunque varios años después, en Chile, desde octubre de 2015, las parejas del mismo sexo tienen los mismos derechos pensionarios que las parejas heterosexuales.⁵⁴⁷

Sobre la situación en los Estados Unidos, la Corte Suprema de Justicia de ese país ha señalado que la protección del derecho a contraer matrimonio aplica con igual fuerza para las parejas homosexuales. De esta forma, la Corte Suprema ha expresado que si bien los estados de la Federación son libres para determinar los beneficios que confieren a todas las parejas, en la historia americana se han reconocido diversos derechos en el matrimonio, entre los que se encuentran el acceso al hospital, los derechos y beneficios de los sobrevivientes y el derecho al seguro de salud.⁵⁴⁸

Por lo que hace a Colombia, la CoIDH esbozó que la Corte Constitucional colombiana, en su sentencia C-336 de 2008 en materia de pensiones de sobrevivencia a parejas homosexuales, precisó que el Estado debe establecer las condiciones para el ejercicio del derecho al libre desarrollo de la personalidad, para lo cual deben existir esquemas jurídicos similares para todas las personas sin importar su orientación sexual. En este sentido, en torno a las pensiones de sobrevivientes, los jueces constitucionales colombianos concluyeron que no existe una justificación racional para mantener un trato discriminatorio que impida a las personas homosexuales acceder a la pensión de sobrevivientes como lo hacen las parejas heterosexuales.⁵⁴⁹

Pues bien, con base en todas las consideraciones y argumentaciones expuestas por la CoIDH en torno al derecho a la igualdad ante la ley en el presente caso, la misma CoIDH determinó que la falta de consenso en algunos países de la región sobre el respeto de los derechos de las minorías sexuales no puede ser utilizado como un argumento para negar o restringir sus derechos humanos o, peor aún, para continuar con la discriminación histórica que esas minorías han padecido.⁵⁵⁰

En concreto, la Corte concluyó que el Estado demandado no presentó una justificación objetiva y razonable para la existencia de una restricción a fin de que las parejas homosexuales puedan tener acceso a una pensión de sobrevivencia, por lo que los jueces interamericanos encontraron que la distinciones señaladas en las normas impugnadas por el señor Duque en torno a la orientación sexual para obtener dicha pensión son, desde luego, discriminatorias y vulneran el contenido del artículo 24 del Pacto de San José.⁵⁵¹

⁵⁴⁷ *Ibidem*, p. 34.

⁵⁴⁸ *Ibidem*, pp. 34 y 35.

⁵⁴⁹ *Ibidem*, p. 35.

⁵⁵⁰ *Ibidem*, p. 36.

⁵⁵¹ *Idem*.

Por consiguiente, la Corte determinó que la normatividad interna vigente en 2002, que no permitió el pago de pensiones a parejas homosexuales, materializó una diferencia de trato que violó el derecho convencional a la igualdad y no discriminación, por lo cual, en criterio de la CoIDH, el Estado demandado cometió un hecho ilícito internacional, que afectó los derechos humanos del quejoso.⁵⁵²

En otro sentido, sobre la cesación y reparación del hecho ilícito internacional en el presente asunto, la CoIDH constató que la sentencia C-336 de 2008 reconoció que las parejas homosexuales tienen derecho a la pensión de sobrevivencia en los mismos términos que una pareja heterosexual, así como que la unión entre parejas homosexuales podía ser acreditada a través de un notario público; por otro lado, identificó la CoIDH que la sentencia T-051 de 2010 estableció que los cambios implementados por la sentencia C-336 de 2008 resultaban también aplicables a los casos en que el fallecimiento del causante se haya dado previamente a su emisión; en el mismo sentido, determinó que la unión entre personas del mismo sexo podía ser acreditada por diversos medios probatorios.⁵⁵³

Bajo este sendero, la Corte resaltó el importante avance jurisprudencial realizado por la Corte Constitucional de Colombia desde 2008; sin embargo, identificó también que el Código Sustantivo del Trabajo establece que las acciones en torno a los derechos regulados en el mismo prescriben en tres años, que se computan desde que la obligación sea exigible; además, recordó que el mismo Estado consideró que la decisión sobre el otorgamiento de la pensión no corresponde únicamente al fondo de pensiones, sino también a una aseguradora, que no se sabe si cubrirá en su totalidad la pensión del señor Duque, que dejó de percibir desde 2002.⁵⁵⁴

Por ello, para la Corte no existió certeza sobre cómo procederían los involucrados en el pago de la pensión, por lo que, con independencia de que desde 2010, el señor Duque podía presentar una nueva solicitud de pensión de sobrevivencia ante la autoridad responsable en condiciones de igualdad, no es posible conocer si el recurso sería efectivo para restituir al quejoso.⁵⁵⁵

Por lo anterior, la Corte consideró que a pesar de que el quejoso podría presentar una solicitud de pensión, sin que sea sujeto de discriminación, derivado de la posible reparación del hecho ilícito internacional por la emisión de la jurisprudencia en 2008 y 2010, la realidad es que en el supuesto de

⁵⁵² *Idem.*

⁵⁵³ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁵⁵⁴ *Ibidem*, p. 38.

⁵⁵⁵ *Ibidem*, pp. 38 y 39.

otorgarse la pensión no existe certeza sobre cómo será ésta; de esta forma, la CoIDH concluyó que el hecho ilícito internacional (del cual fue víctima el quejoso) no fue subsanado totalmente, ya que los pagos retroactivos que podría obtener no serían compatibles con los que habría percibido en 2002 si no se le hubiera discriminado.⁵⁵⁶

Por último, sobre la conclusión, se destaca que para la CoIDH, el Estado demandado es responsable por la vulneración del derecho a la igualdad y no discriminación reconocido en el artículo 24 del Pacto de San José, en conexión con el artículo 1.1 de dicha Convención, en menoscabo del señor Duque; ello, ya que no se le dio acceso en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia establecida en las normas jurídicas de Colombia.⁵⁵⁷

B. Los derechos a las garantías judiciales y a la protección judicial

Sobre la violación a los derechos de garantías judiciales y protección judicial alegadas por los representantes del señor Duque y la Comisión Interamericana, la Corte comenzó su análisis indicando que de conformidad con el artículo 25 del Pacto de San José, el Estado tiene la obligación de establecer recursos judiciales efectivos a las personas que consideren ser víctimas de violaciones de sus derechos humanos. Asimismo, precisó que para que el Estado cumpla con lo dispuesto en dicho precepto convencional no es suficiente la existencia de los recursos, sino que se requiere que éstos tengan efectividad.⁵⁵⁸ Para lo cual, la Corte esbozó que para que un recurso sea efectivo se necesita que sea realmente idóneo para establecer si se ha materializado o no una afectación a los derechos humanos, y, de ser el caso, remediar dicha vulneración.⁵⁵⁹

Ahora bien, respecto a la efectividad de la acción de tutela y la apelación promovidas por el señor Duque, la CoIDH consideró que como consecuencia de la alegada urgencia, derivado del estado de salud del afectado (es una persona que vive con VIH), la acción de tutela era un recurso idóneo para defender sus derechos. Pese a ello, la Corte advirtió que las resoluciones de las autoridades responsables, además de rechazar la petición de acceso a la pensión, refirieron que los recursos que podía interponer el señor Duque

⁵⁵⁶ *Ibidem*, p. 39.

⁵⁵⁷ *Idem*.

⁵⁵⁸ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

⁵⁵⁹ *Ibidem*, p. 41.

para solicitar la misma eran de naturaleza contenciosa-administrativa y de apelación contra la negativa a su petición.⁵⁶⁰

Bajo este escenario, los jueces interamericanos estimaron que no contaban con elementos para decretar la inexistencia de la voluntad del Estado demandado en otorgar protección jurídica al quejoso, ya que las resoluciones internas en diversas instancias se emitieron con base en las normas vigentes de la época; además, en ellas se identificaron las vías jurídicas adecuadas para que el señor Duque pudiera solicitar la pensión respectiva.⁵⁶¹

En suma, la Corte resolvió que no contaba con datos que le permitieran sentenciar que en Colombia no existía un recurso idóneo o efectivo para solicitar y acceder al pago de la pensión requerida; ello, porque no era dable efectuar un análisis en abstracto sobre la idoneidad o efectividad de los recursos que se podían ejercer, ya que los mismos no fueron interpuestos por el quejoso. Por tanto, determinó que el Estado colombiano no violó el derecho a la protección judicial, reconocido en el artículo 25.1 del Pacto de San José.⁵⁶²

Por otro lado, por lo que hace a la alegada violación del derecho a las garantías judiciales del señor Duque, según los representantes del quejoso, como consecuencia de los prejuicios y estigmatización de las parejas homosexuales esbozadas en las decisiones de las autoridades responsables, los jueces interamericanos reiteraron que la idea de imparcialidad exige que el juez que interviene en un caso concreto se acerque a los hechos de la causa suprimiendo todo prejuicio; en efecto, para la CoDIH, la imparcialidad de los jueces conlleva que no tengan un interés particular ni una posición tomada o alguna preferencia para las partes. Así, el juez debe actuar sin estar sujeto a influencia, presión, amenaza o intromisión; lo único que puede y debe mover al juez es el derecho.⁵⁶³

En este sentido, en el caso en estudio, la CoIDH estimó que del análisis detallado de las resoluciones de tutela y de apelación promovidas por el señor Duque no se advierte que la justificación de las mismas resoluciones haya sido determinada por un estereotipo en contra de la homosexualidad del quejoso; antes bien, se verificó que los órganos judiciales colombianos sustentaron sus determinaciones en las leyes vigentes de la época.⁵⁶⁴

⁵⁶⁰ *Ibidem*, p. 42.

⁵⁶¹ *Ibidem*, p. 43.

⁵⁶² *Idem*.

⁵⁶³ *ibidem*, p. 44.

⁵⁶⁴ *Ibidem*, p. 45.

De esta manera, la CoIDH resolvió, por un lado, que no es adecuado concluir que las autoridades responsables hayan actuado al margen de las normas jurídicas vigentes en Colombia y, por el otro, que no cuenta con elementos que le permitan apreciar si las autoridades judiciales operaron de forma parcial o con base en estereotipos referentes a la orientación sexual del señor Duque, que hayan sido determinantes para el sentido de sus decisiones. Por todo ello, la Corte sentenció que el Estado demandado no fue responsable por la vulneración de las garantías judiciales reconocidas en el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.⁵⁶⁵

C. El derecho a la integridad personal y el derecho a la vida

En esta parte de la sentencia, la Corte recordó que los representantes del quejoso afirmaron que al negarle su derecho a la pensión de sobrevivencia (derivado de su condición de persona con VIH), el Estado violó los derechos de integridad física y psíquica del señor Duque. En concreto, afirmaron que la integridad física del reclamante estuvo en peligro de muerte por la falta de recursos que le permitieran acceder al tratamiento médico respectivo, con lo cual se violó el artículo 4.1 del Pacto de San José.⁵⁶⁶

Ahora bien, en el desarrollo de su argumentación, la CoIDH aludió a diversos instrumentos internacionales que regulan la situación del derecho a la salud de las personas con VIH; por ejemplo, las Directrices internacionales sobre el VIH/sida y los derechos humanos de la Oficina del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos y el Programa Conjunto de las Naciones Unidas sobre el VIH/sida. Del análisis de los mismos se determinó que la obtención de los fármacos antirretrovíricos son sólo un componente de una respuesta eficaz para los enfermos con VIH. Así, se observó que las mismas necesitan un enfoque integral que comprenda los rubros de prevención, tratamiento, atención y apoyo.⁵⁶⁷

En sentido similar, la CoIDH efectuó un repaso a la regulación colombiana sobre el tema; así, refirió que en Colombia se tiene la Ley 972 de 2005, en la cual se prescribe que el sistema general de seguridad social en salud garantiza la distribución de los medicamentos para atender las enfermedades catastróficas. Por otra parte, precisó que la Corte Constitucional colombiana determinó que cuando los pacientes con VIH requieran un tratamiento o procedimiento para garantizar su vida de forma digna, con

⁵⁶⁵ *Idem.*

⁵⁶⁶ *Ibidem*, p. 46.

⁵⁶⁷ *Ibidem*, p. 49.

independencia de que se encuentre incluido o no el tratamiento en el Plan Obligatorio de Salud, si la persona está afiliada al régimen subsidiado o contributivo de salud, su derecho a la salud es fundamental y está protegido mediante la acción de tutela.⁵⁶⁸

Todavía más, los jueces interamericanos aludieron que en Colombia existe desde 2004 el Acuerdo 000260, “por el cual se define el régimen de pagos compartidos y cuotas moderadoras dentro del Sistema General de Seguridad Social en Salud”, del Consejo Nacional de Seguridad Social en Salud, en el cual se señala que las personas con ciertas patologías (como el VIH) se encuentran exentas de realizar pagos en el Plan Obligatorio de Salud.⁵⁶⁹

A fin de determinar si existió o no una violación a los derechos de integridad personal y a la vida del señor Duque, la CoIDH esbozó que no fueron presentados informes médicos, estudios o pruebas que acreditaran que el quejoso sufrió realmente una afectación a su salud o, peor aún, que el Estado demandado interrumpió la asistencia médica del paciente con VIH.⁵⁷⁰

En otro sentido, la Corte Interamericana retomó el peritaje emitido por el señor Ricardo Luque, en el cual se precisó que mediante el Sistema de Seguridad Social en Salud se provee el acceso universal a la atención integral a pacientes con VIH/sida, sin importar el régimen de afiliación que tengan o su capacidad de pago; asimismo, que desde 1997 el Estado demandado homologó las atenciones del régimen subsidiado con el contributivo, en ciertas enfermedades (como el VIH/sida), por lo que, en ambos sistemas, se tiene derecho al mismo tipo de servicios y medicamentos.⁵⁷¹

Con base en dichas consideraciones y razones, la CoIDH estimó que no contaba con datos que le permitieran concluir que el sistema subsidiado de prestación de servicios de salud le hubiera otorgado al quejoso una protección menor que el régimen contributivo. De esta forma, la Corte sentenció que el Estado demandado no fue responsable de la vulneración de los derechos a la integridad personal y a la vida, proclamados en los artículos 4.1 y 5.1 del Pacto de San José.⁵⁷²

Una vez detallada la argumentación desplegada por la CoIDH, cabe identificar las medidas de reparación decretadas por la vulneración de derechos en la sentencia; así, la CoIDH recordó que toda violación de una obligación internacional que genere un daño conlleva el deber de repararlo adecuadamente; asimismo, que las reparaciones deben manifestar un nexo

⁵⁶⁸ *Ibidem*, p. 50.

⁵⁶⁹ *Idem*.

⁵⁷⁰ *Ibidem*, p. 51.

⁵⁷¹ *Ibidem*, p. 53.

⁵⁷² *Idem*.

causal con los hechos del asunto, las vulneraciones decretadas, los daños comprobados y las medidas requeridas para enmendar los daños respectivos.⁵⁷³

Bajo esta senda, la CoIDH reiteró la necesidad de decretar diversas medidas de reparación, con objeto de resarcir los daños de forma completa, de esta manera, con independencia de las compensaciones pecuniarias que se declaren, deben precisarse medidas de restitución, satisfacción y garantías de no repetición.⁵⁷⁴

Analicemos, pues, cada una de las medidas establecidas por la Corte. Iniciemos con las medidas de restitución; sobre éstas los jueces interamericanos señalaron que el Estado demandado debe garantizar al quejoso que la solicitud de pensión de sobrevivencia que presente sea resuelta de forma prioritaria en un tiempo de tres meses; de igual manera, que en el supuesto de que se le brinde dicha pensión, la misma debe integrar la suma de todos los pagos y sus intereses que no percibió el quejoso desde que presentó la solicitud de información a Colfondos en abril de 2002.⁵⁷⁵

Sobre las medidas de satisfacción, la CoIDH ordenó que el Estado demandado, en el plazo de seis meses, efectuara la publicación del extracto oficial de la sentencia realizado por la Corte, en el *Diario Oficial del Estado* y en un periódico de gran circulación en Colombia, así como de la sentencia en su totalidad, por un tiempo de por lo menos un año, en una página web oficial del Estado.⁵⁷⁶

Por lo que hace a la indemnización compensatoria por daño material e inmaterial, la CoIDH reiteró que el daño material comporta la pérdida o detrimento de los ingresos de las víctimas, los gastos realizados como consecuencia del acto inconvencional y las consecuencias de naturaleza monetaria que conlleven un nexo causal con los hechos del asunto.⁵⁷⁷

Ahora bien, en el presente asunto, los jueces interamericanos asumieron que el Estado era responsable por vulnerar el derecho a la igualdad, ya que fue aplicada una ley discriminatoria al quejoso; pese a ello, los jueces señalaron que los representantes no probaron la existencia de un daño emergente, derivado de lo cual no era dable otorgar una indemnización por daño material, en virtud de que se trata de un daño incierto, además de que el posible

⁵⁷³ *Ibidem*, pp. 53 y 54.

⁵⁷⁴ *Ibidem*, p. 54.

⁵⁷⁵ *Ibidem*, pp. 54 y 55.

⁵⁷⁶ *Ibidem*, p. 55.

⁵⁷⁷ *Ibidem*, p. 58.

daño sería indemnizado con el reconocimiento retroactivo de la pensión del señor Duque en el ámbito interno.⁵⁷⁸

A fin de tomar una postura en torno al daño inmaterial sufrido por el quejoso, la CoIDH retomó su idea de daño inmaterial, que comporta los sufrimientos y aflicciones generadas a la víctima y a sus familiares, el deterioro de los valores de las personas y las afectaciones no pecuniarias a las condiciones de existencia de la víctima o su familia. En este sentido, la Corte afirmó que no era posible decretar una cantidad monetaria exacta para cubrir el daño inmaterial, por lo que determinó establecer equitativamente una compensación por el daño sufrido, a fin de materializar una reparación integral a la víctima, a través del pago de una suma de dinero o la entrega de bienes o servicios.⁵⁷⁹

En el caso en estudio, la Corte recordó que sí existió una violación al derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque, ya que no pudo acceder en condiciones de igualdad a la pensión de sobrevivencia a la que tenía derecho, lo que implicó que no recibiera ingresos por más de trece años, que le hubieran permitido mejorar sus condiciones de vida digna como persona con VIH; de esta forma, considerando el sufrimiento y daño inmaterial que dicha vulneración al derecho de igualdad generó a la víctima, los jueces interamericanos decretaron una indemnización equivalente a 10,000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América) a cargo del Estado demandado por concepto de daño inmaterial.⁵⁸⁰

Para seguir avanzado en la reparación establecida a favor del señor Duque, la CoIDH se dio a la tarea de analizar el pago, en su caso, de las costas y gastos del asunto, para lo cual retomó su jurisprudencia, que indica que las costas y gastos forman parte del concepto de reparación, pues las acciones efectuadas (a nivel nacional e internacional) por las víctimas, a fin de que se les restituyan sus derechos, encierran gastos que deben ser subsanados cuando se determina una responsabilidad internacional del Estado demandado.⁵⁸¹

Bajo este sendero, la CoIDH identificó que las pruebas aportadas por los representantes del quejoso no justificaron los gastos reclamados por los mismos; asimismo, que en otros rubros no aportaron pruebas sobre los gastos realizados, por lo que la Corte Interamericana declaró que no contaba

⁵⁷⁸ *Idem.*

⁵⁷⁹ *Ibidem*, p. 59.

⁵⁸⁰ *Idem.*

⁵⁸¹ *Ibidem*, p. 60.

con un sustento probatorio para determinar los gastos efectuados por los representantes del señor Duque.⁵⁸²

Pese a dicho escenario adverso, los jueces interamericanos decidieron fijar la cantidad de 10,000 (diez mil dólares de los Estados Unidos de América), a fin de cubrir las acciones perpetuadas en la defensa del asunto a nivel nacional e internacional, cantidad que el Estado demandado debe pagar a los representantes del señor Duque, dentro del tiempo de seis meses, contado a partir de la comunicación de la respectiva sentencia; lo anterior, con independencia, de que pueda decretarse en contra del Estado el reembolso a la víctima de los gastos efectuados en el procedimiento de supervisión del cumplimiento de la sentencia.⁵⁸³

Con base en todas las anteriores consideraciones y razones expuestas, la CoIDH, con cuatro votos a favor y dos en contra,⁵⁸⁴ declaró que el Estado demandado fue responsable por la vulneración del derecho a la igualdad ante la ley del señor Duque, consagrado en los artículos 1.1 y 24 de la Pacto de San José; asimismo, determinó que la sentencia constituye *per se* una manera de reparación; por otro lado, estableció que el Estado demandado debe garantizar al quejoso el trámite prioritario de su futura solicitud de acceso a la respectiva pensión de sobrevivencia, y, finalmente, que el Estado demandado debe cubrir, dentro de un año, contado a partir de la comunicación de la sentencia, las cantidades referidas en la decisión, respecto de la indemnización por daño inmaterial y del reintegro de costas y gastos del juicio.⁵⁸⁵

4. Criterios de evaluación de la argumentación utilizados

En el caso que se comenta, se identifica que la CoIDH utilizó diversos parámetros para evaluar su argumentación; en concreto, se resaltan los siguientes criterios:

- Criterio de razonabilidad.
- Criterio de argumentación exhaustiva.
- Criterio internacional.
- Criterio del derecho comparado interamericano.

⁵⁸² *Ibidem*, pp. 60 y 61.

⁵⁸³ *Ibidem*, p. 61.

⁵⁸⁴ Los jueces interamericanos disidentes fueron Manuel E. Ventura Robles y Eduardo Vio Grossi. Véanse votos disidentes en Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 2-14.

⁵⁸⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 63 y 64.

Sobre el criterio de razonabilidad, se señala que el mismo encuentra su origen en la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, ya que tal criterio se relaciona con la idea de proporcionalidad en sentido amplio, como lo veremos adelante.

Para empezar, recordemos que cuando la CoIDH argumentaba sobre la prohibición de todo acto o norma discriminatoria basada en la orientación sexual de las personas, señalaba que para que pudiera establecerse alguna diferencia de trato ésta debía respaldarse por una justificación objetiva y razonable, lo que implicaba que tenía que perseguir un fin legítimo y existir una relación razonable de proporcionalidad entre los medios utilizados y el fin perseguido con la diferencia de trato.⁵⁸⁶

Bajo esta senda, es dable señalar que si no se materializaban las gradas del test de razonabilidad, se tenía que asumir que la norma o acto emitido era discriminatorio y debía ser expulsado del sistema jurídico que correspondiera.

En el caso en estudio, la CoIDH utilizó dicho criterio para evaluar y calificar que la medida impugnada por el señor Duque era discriminatoria y vulneraba su derecho a la igualdad, pues el Estado demandado no esbozó una justificación objetiva y razonable que respaldara la restricción de acceso a la pensión con base en la orientación sexual de las personas.⁵⁸⁷

Por lo anterior, se puede afirmar que el criterio fue útil y relevante para el sentido de la decisión, pues le permitió a la CoIDH identificar el carácter discriminatorio de la norma impugnada y, consecuentemente, decretar la vulneración del derecho de igualdad del quejoso.

Sobre el criterio de argumentación exhaustiva, cabe hacer notar que éste resulta novedoso, ya que activa una faceta creativa en los jueces, la cual se les exige emprender en todo Estado constitucional de derecho; en efecto, el criterio puede ser identificado con la idea de una argumentación maximalista; esto es, con un esquema argumentativo que recurre a todos los ámbitos posibles a fin de sustentar de mejor forma una determinación judicial. De esta forma, se aplaude el señalamiento y utilización de ese criterio por parte de los jueces interamericanos.

Ahora bien, se resalta que el parámetro de argumentación exhaustiva en el asunto en análisis implicó que la CoIDH considerara que toda restricción de un derecho humano requería de una justificación rigurosa, lo que comportaba que las razones esbozadas por el Estado para establecer una

⁵⁸⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 31 y 32.

⁵⁸⁷ *Ibidem*, p. 36.

diferenciación de trato en una ley tenían que desarrollarse en el contexto de una argumentación de corte exhaustiva.⁵⁸⁸

En otras palabras, la argumentación jurídica desplegada para defender la diferencia de trato debía ser sumamente abierta a diversos tipos de razones y consideraciones apropiadas para la causa de distinción, lo que, desde luego, en el caso en concreto, no aconteció, por lo que se asumió implícitamente que no se logró acreditar este criterio de calificación de la decisión; así, a nuestro juicio, el criterio de argumentación exhaustiva fue también relevante para el sentido de la decisión presentada por los jueces interamericanos.

En torno al criterio internacional, se destaca que la CoIDH, siguiendo la práctica de diversos tribunales internacionales y nacionales (por ejemplo, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de nuestro país) para calificar de alguna forma su argumentación, utilizó diversos instrumentos y decisiones del ámbito universal, entre los cuales se retoman los siguientes: *a)* Observación General 19, el derecho a la seguridad social del Consejo Económico y Social de la Organización de las Naciones Unidas; *b)* los Principios de Yogyakarta sobre la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos en relación con la orientación sexual y la identidad de género, y *c)* la Comunicación 941/2000 del Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos).⁵⁸⁹

En este sentido, para tomar una postura sobre el derecho de las personas homosexuales a un trato no discriminatorio en materia de acceso a las pensiones y seguridad social sirvió como parámetro de calificación de la decisión el análisis y estudio de la práctica internacional sobre el tema; así, se puede asumir que el criterio internacional contribuyó a evaluar la argumentación que desplegó la CoIDH para defender el derecho de igualdad del señor Duque con total independencia de su orientación sexual.

Finalmente, sobre el criterio del derecho comparado interamericano, se recuerda que la CoIDH lo utilizó para sustentar la corrección de su sentencia (en la que determinó que sí se vulneró el derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque); en particular, el mismo fue adecuado también para poner de relieve el estatus actual en la región interamericana, del derecho de acceso a las pensiones por parte de las parejas homosexuales.

Ciertamente, con base en dicho criterio, la CoIDH analizó la normatividad y jurisprudencia de diversos países de la región interamericana que han consagrado el acceso a las pensiones de sobrevivencia a las parejas ho-

⁵⁸⁸ *Ibidem*, p. 32.

⁵⁸⁹ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

mosexuales, a saber: México, Uruguay, Argentina, Brasil, Chile, Estados Unidos de América y Colombia.⁵⁹⁰

A todo esto, se puede observar que este criterio del derecho comparado interamericano guarda mucha relación con el criterio de argumentación exhaustiva, pues ambos le exigen a los juzgadores que observen y analicen la situación que se presenta en otros países en relación con el conflicto que deben resolver; ello, a fin de obtener mayores herramientas para la toma de decisiones. Dicho esquema no podría realizarse bajo los umbrales de un juez pasivo y apático, que no se preocupe por estudiar todos los confines posibles del caso que tiene entre sus manos; así pues, se reconoce la utilidad de ambos parámetros para la fiscalización de las decisiones judiciales.

Pues bien, tomando como referencia todos los criterios de evaluación de la argumentación descritos, se puede afirmar que la sentencia emitida por la CoIDH en el asunto *Duque vs. Colombia* (acceso a pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo) fue la más adecuada y correcta, pues la misma pudo justificar plenamente la inconvencionalidad de la norma jurídica que impedía que las parejas homosexuales accedieran a la pensión de sobrevivencia, lo cual implicó, en el caso concreto, la violación del derecho a la igualdad y no discriminación del señor Duque; todo ello, con base en un abanico de criterios racionales, que corroboraron que dicha decisión fue la mejor, al menos bajo los citados parámetros de calificación.

V. ANÁLISIS DEL CASO “CANDIDATURAS INDEPENDIENTES” ANTE LA CORTE AFRICANA DE DERECHOS HUMANOS Y DE LOS PUEBLOS (APLICACIONES NÚM. 009/2011 Y NÚM. 011/2011)

1. Descripción del caso

El caso se generó por dos comunicaciones promovidas por distintos sujetos; por un lado, se tiene la aplicación 009/2011, promovida por Tanganyika Law Society y Legal and Human Rights Centre en contra de la República Unida de Tanzania; por el otro, la aplicación 011/2011, presentada por el señor Christopher R. Mtikila en contra de la República Unida de Tanzania.

Como características de las partes del asunto, se destacan las siguientes:

- a) La Tanganyika Law Society y el Legal and Human Rights Centre (que integran la primera aplicación) son organizaciones no guber-

⁵⁹⁰ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, pp. 33, 34 y 35.

namentales con carácter de observadores ante la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, que tienen como principales objetivos representar los intereses de sus miembros, la administración de justicia y promover y proteger los derechos humanos de las personas.⁵⁹¹

- b) El señor Christopher R. Mtikila (que comprende la segunda aplicación) es un nacional de la República Unida de Tanzania, quien sometió la causa en su carácter de nacional de dicho país.⁵⁹²
- c) El Estado demandado ha ratificado la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos y el Protocolo para la creación de la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos; además, el Estado ha hecho una declaración aceptando que los individuos y organizaciones no gubernamentales con el carácter de observadores ante la Comisión puedan citarlo ante la Corte Africana.⁵⁹³

Una vez esbozadas las características principales de las partes, la Corte Africana se dio a la tarea de exponer los antecedentes fácticos y jurídicos del caso en cuestión, en particular, de la reclamación del señor Christopher R. Mtikila, los cuales resumimos a continuación:

1. En 1992, la Asamblea Nacional de la República Unida de Tanzania aprobó la octava enmienda constitucional, que entró en vigor ese mismo año. La enmienda requería que todo candidato a las elecciones presidenciales, parlamentarias y municipales debía ser un miembro o ser patrocinado por un partido político.⁵⁹⁴
2. En 1993, el señor Christopher R. Mtikila (segundo aplicante) llevó un caso constitucional a la Suprema Corte de la República Unida de Tanzania (*Christopher Mtikila vs. The Attorney General*, caso civil número 5), combatiendo las modificaciones a los artículos 39, 67 y 77 de la Constitución de Tanzania y la sección 39 de la Ley 1979 emitida por autoridades locales, para lo cual, el quejoso señaló que las

⁵⁹¹ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *Case Tanganyika Law Society and Legal and Human Rights Centre and Reverend Christopher R. Mtikila vs. United Republic of Tanzania* (aplicaciones 009/2011 y 011/2011), Sentencia del 14 de junio de 2013, pp. 3 y 4, disponible en <http://www.african-court.org/en/index.php/55-finalised-cases-details/844-app-nos-009-011-2011-tanganika-law-society-and-legal-and-human-rights-centre-and-reverend-christopher-r-mtikila-v-united-republic-of-tanzania-details>, fecha de consulta: 18 de diciembre de 2017, traducción propia.

⁵⁹² *Ibidem*, p. 4.

⁵⁹³ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 4.

⁵⁹⁴ *Ibidem*, p. 17.

modificaciones estaban en conflicto con la propia Constitución de Tanzania, por lo que eran inválidas.⁵⁹⁵

3. En octubre de 1994, la Suprema Corte emitió su sentencia del caso en favor de Christopher Mtikila, por lo que declaró como inconstitucional la enmienda que prohibía las candidaturas independientes para contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales.⁵⁹⁶
4. En ese tiempo, el gobierno de Tanzania presentó, en octubre de 1994, un proyecto en el parlamento (decima primera ley de enmienda constitucional número 34 de 1994), a fin de anular el derecho de los candidatos independientes para contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales.⁵⁹⁷
5. En diciembre de 1994, la Asamblea Nacional de Tanzania aprobó el proyecto presentado (decima primera ley de enmienda constitucional número 34 de 1994), que tuvo como efecto restaurar la posición constitucional existente previo al caso civil número 5 de 1993, mediante la modificación al artículo 21.1 de la Constitución de Tanzania. El proyecto se convirtió en ley en enero de 1995 cuando obtuvo el consentimiento presidencial, la misma negó la sentencia de la Suprema Corte en el caso civil número 5 de 1993.⁵⁹⁸
6. En 2005, Christopher R. Mtikila presentó otro caso ante la Suprema Corte de Tanzania (*Christopher Mtikila vs. The Attorney General*, caso civil número 10 de 2005), en el cual de nuevo desafió las modificaciones a los artículos 39, 67 y 77 de la Constitución de Tanzania, contenidas en la decima primera ley de enmienda constitucional de 1994. En mayo de 2006, la Suprema Corte resolvió de nuevo a favor del reclamante, para lo cual sostuvo que las enmiendas impugnadas violaban los principios democráticos y la doctrina de la estructura básica reconocida en la Constitución. Con esta sentencia, la Suprema Corte permitió otro vez las candidaturas independientes.⁵⁹⁹
7. En 2009, el abogado general apeló ante la Corte de Apelación de la República Unida de Tanzania la sentencia de la Suprema Corte (apelación civil número 45 de 2009). En su sentencia de junio de 2010, la Corte de Apelación revocó la sentencia de la Suprema Cor-

⁵⁹⁵ *Ibidem*, pp. 17 y 18.

⁵⁹⁶ *Ibidem*, p. 18.

⁵⁹⁷ *Idem*.

⁵⁹⁸ *Idem*.

⁵⁹⁹ *Ibidem*, p. 19.

- te, por lo que, ya no permitió las candidaturas independientes para la elección de presidente de la República, parlamento o gobierno local.⁶⁰⁰
8. La Corte de Apelación determinó que el asunto era una cuestión política, por lo que debía ser resuelto por el parlamento; posteriormente, el parlamento puso en marcha un proceso de consulta con el objetivo de obtener las opiniones de los ciudadanos de Tanzania sobre la posible enmienda de la Constitución.⁶⁰¹
 9. Conforme al orden legal municipal actual en la República Unida de Tanzania, los candidatos que no son miembros o que no están patrocinados por un partido político están impedidos para participar en una elección presidencial, parlamentaria o local.⁶⁰²
 10. El 2 de junio de 2011 y el 10 de junio de 2011, la Tanganyika Law Society y el Legal and Human Rights Centre y el señor Christopher R. Mtikila, respectivamente, presentaron sus quejas contra el Estado de Tanzania ante el registro de la Corte Africana; en concreto, reclamaron que dicho Estado a través de ciertas enmiendas a la Constitución había violado los derechos de los ciudadanos de libertad de asociación, de participación en asuntos públicos y el derecho contra la discriminación, derivado de las prohibiciones para que los candidatos independientes pudieran competir en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales.⁶⁰³
 11. En la vigésima segunda sesión ordinaria celebrada del 12 al 23 de septiembre de 2011, y por una orden suscrita el 22 de septiembre de 2011, la Corte Africana decidió que los dos procesos (aplicación de la Tanganyika Law Society y el Legal and Human Rights Centre y del señor Christopher R. Mtikila) serían consolidados.⁶⁰⁴
 12. Mediante cartas separadas suscritas el 17 de octubre de 2011, el registrador de la Corte Africana informó a las partes la decisión de esta última, de consolidar las aplicaciones, y envió a las mismas la orden de consolidación.⁶⁰⁵
 13. A través de diversas cartas suscritas el 12 de abril de 2012, el registrador de la Corte Africana notificó a las partes que en la vigésima

⁶⁰⁰ *Idem.*

⁶⁰¹ *Idem.*

⁶⁰² *Ibidem*, p. 20.

⁶⁰³ *Ibidem*. p. 4.

⁶⁰⁴ *Idem*.p. 8.

⁶⁰⁵ *Ibidem*. p. 9.

cuarta sesión ordinaria efectuada del 19 al 30 de marzo de 2012, la Corte tomó la decisión de que la audiencia pública del caso se celebraría el 14 y 15 de junio de 2012, y que en la misma se abordarían las objeciones preliminares y méritos del asunto.⁶⁰⁶

14. La audiencia pública fue celebrada en la sede de la Corte Africana en Arusha, Tanzania, el 14 y 15 de junio de 2012, durante la misma se escucharon los argumentos orales sobre las objeciones preliminares y los méritos del caso; en la audiencia, los miembros de la Corte formularon preguntas a las partes, que las contestaron de forma oral.⁶⁰⁷
15. Mediante cartas separadas suscritas el 31 de julio de 2012, el registrador de la Corte Africana reenvió a las partes copias del acta de la audiencia pública, asimismo, les informó que si tenían comentarios sobre la misma audiencia podrían enviarlos dentro del plazo de treinta días.⁶⁰⁸
16. Con una nota verbal del 31 de agosto de 2012, recibida por el registrador de la Corte mediante correo electrónico el mismo día, el Estado demandado transmitió sus comentarios al acta de la audiencia pública; sin embargo, no fueron recibidos los comentarios de los quejosos.⁶⁰⁹

Pues bien, los anteriores puntos constituyen los antecedentes fácticos y jurídicos del caso en estudio; en adelante precisaremos los derechos humanos en tensión que la Corte Africana debía resolver, a fin de brindar justicia, en su caso, a las víctimas de las alegadas violaciones a los derechos humanos, todo ello, en el contexto del sistema africano de protección y defensa de derechos.

2. *Derechos humanos en colisión*

En la sentencia que se analiza no se planteó expresamente una tensión entre diversos derechos; sin embargo, para fines didácticos sí es posible identificar un tipo de colisión entre algunos principios, que deriva de las propias pretensiones de los quejosos y las respuestas dadas por las autoridades.

⁶⁰⁶ *Ibidem*, p. 11.

⁶⁰⁷ *Ibidem*, pp. 15 y 16.

⁶⁰⁸ *Ibidem*, pp. 16 y 17.

⁶⁰⁹ *Ibidem*, p. 17.

des responsables, que cabría poner de manifiesto, a fin de obtener un panorama más amplio del caso que se estudia.

Bajo este escenario, del estudio de las alegaciones de los quejosos y de las respuestas dadas por las autoridades del Estado demandado, se tiene que los principios en tensión son los que se mencionan a continuación.

Por un lado, se tienen los derechos humanos de igualdad, libertad de asociación y de libre participación en el gobierno del país respectivo, consagrados en los artículos 2, 3, 10 y 13.1 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, que a decir de los quejosos fueron vulnerados con las determinaciones del Estado demandado, que establecieron y confirmaron que el único mecanismo para contender en las elecciones era a través de los partidos políticos; esto es, se eliminó la posibilidad de participar vía candidaturas independientes.

Ahora bien, tomando como referencia los argumentos esgrimidos por el Estado demandado, se destaca (aunque así no se haya expresado en la sentencia de la Corte Africana) que los derechos humanos de igualdad, libertad de asociación y de libre participación en el gobierno del país respectivo estarían en colisión con diversos principios constitucionales vigentes en Tanzania; en concreto, con los principios de unidad, buen gobierno, seguridad nacional, orden público y paz pública,⁶¹⁰ reconocidos en el sistema jurídico nacional del Estado demandado.

Así, cabe recordar que el gobierno de Tanzania sustentó la reforma constitucional (que prohibía las candidaturas independientes), impugnada por los quejosos, en la necesidad de proteger la gobernanza y unidad del país, así como el orden público y la defensa nacional.⁶¹¹

Lo anterior, ya que para el gobierno de Tanzania no se puede reconocer a los ciudadanos de dicho país una libertad absoluta e incontrolada, pues la misma puede generar anarquía y desorden social, por lo que la prohibición de la figura de las candidaturas independientes era necesaria para mantener los principios de unidad, buen gobierno, seguridad nacional, orden público, paz pública, defensa y moralidad; aún más, para el Estado demandado, la participación en las elecciones, mediante una representa-

⁶¹⁰ *Ibidem*, p. 32.

⁶¹¹ Cartes Rodríguez, Juan Bautista, “El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, 2017, vol. XVII, enero-diciembre de 2017, p. 271, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/11037/13063>, página consultada el 19 de diciembre de 2017.

ción regional vía partidos políticos, era necesaria para evitar el tribalismo en Tanzania.⁶¹²

En este sentido, a pesar de que pueda ser complicado identificar una tensión entre, por ejemplo, el derecho a la libertad de asociación con el principio de orden público o el derecho de igualdad con el principio de unidad, se observa que la colisión en el caso en comento se dio en dicho sentido, por lo que la tarea de la Corte Africana fue resolver la colisión, con base en argumentos que establecerían la prevalencia, para el caso concreto, de los principios o derechos humanos respectivos, pues recordemos que los mismos no son de ejercicio absoluto, por dos cuestiones; por un lado, porque pueden ser delimitados (limitados) por la propia Constitución o las leyes que se emitan para precisar su alcance y ejercicio (con base en la misma Constitución) y, por el otro, porque es posible restringirlos temporalmente cuando entran en tensión con otro u otros derechos humanos (vía test de proporcionalidad), para lo cual se debe activar un esquema de argumentación exhaustiva (maximalista), como lo hemos asumido a lo largo de esta investigación.

3. *Argumentación y sentencia*

Para el análisis de la argumentación desplegada en el presente caso, se detallarán las objeciones preliminares hechas valer por el Estado demandado, así como las respuestas emitidas sobre las mismas por parte de los quejosos; finalmente, se esbozará la postura de la Corte Africana en torno a las objeciones preliminares del asunto.

Sobre las objeciones preliminares del Estado demandado, cabe indicar que las mismas se refirieron a la admisibilidad y a la jurisdicción; por lo que hace a la admisibilidad para el demandado, los reclamantes no agotaron los remedios locales, ya que la sentencia de la Corte de Apelación estableció que el asunto de la prohibición de las candidaturas independientes debía ser resuelto por el parlamento. El Estado demandado señaló que su gobierno preparó un proyecto de revisión constitucional en marzo de 2011, con objeto de fijar un mecanismo para el proceso de revisión; así, el demandado argumentó que la sentencia de apelación de 2010 no trató sustancialmente

⁶¹² Para la redacción del presente párrafo se utilizaron los argumentos emitidos por el Estado demandado en el caso que se comenta. Véase Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 32 y 33, traducción propia.

con el tema de las candidaturas independientes, dejando el asunto al parlamento, el cual no lo ha explotado.⁶¹³

Todavía más, el Estado demandado señaló que ha conseguido un avance significativo en el proceso de revisión de la Constitución de Tanzania; a fin de concluirlo, se ha establecido una Comisión, que tuvo como encargo el proceso de revisión constitucional; en este sentido, el demandado argumentó que desde que la Comisión ha estado recolectando opiniones de la sociedad sobre el tema, Christopher R. Mtikila ha tendido la oportunidad de dar sus opiniones sobre las candidaturas independientes.⁶¹⁴

Por otro lado, el Estado demandado indicó que no deberían ser admitidas las quejas, derivado de la demora irracional en la presentación de estas últimas; así, refirió que mientras la Corte de Apelación resolvió el asunto el 17 de junio de 2010, no fue hasta el 2 de junio de 2011 y el 10 de junio de 2011 cuando los quejosos presentaron sus reclamaciones.⁶¹⁵

En otro sentido, por lo que hace a la falta de jurisdicción de la Corte Africana, el Estado demandado señaló que en el tiempo de las alegadas violaciones a los derechos humanos en cuestión el Protocolo a la Carta Africana todavía no entraba en vigor, por lo que la Corte no tenía jurisdicción para conocer del asunto.⁶¹⁶

Respecto a las respuestas ofrecidas por los quejosos a las objeciones preliminares hechas valer por el demandado, los mismos quejosos señalaron que el proceso de revisión constitucional del Parlamento no constituye un remedio local viable que deba ser agotado, de conformidad con el artículo 6.2 del Protocolo a la Carta Africana y el artículo 56.5 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos. Así, de acuerdo con los quejosos, un remedio viable, que debe ser agotado, lo constituye un proceso judicial.⁶¹⁷

En otro orden de ideas, sobre la alegada demora en la presentación de las reclamaciones internacionales, los quejosos manifestaron que no existió una indebida demora; por un lado, porque dentro del tiempo de cuatro meses de la sentencia hubo elecciones generales, y los funcionarios estuvieron ocupados con ellas; por el otro, porque los quejosos tuvieron que esperar para que el parlamento acordara el asunto en seguimiento a la sentencia de la Corte de apelación.⁶¹⁸

⁶¹³ *Ibidem*, p. 22.

⁶¹⁴ *Ibidem*, p. 23.

⁶¹⁵ *Idem*.

⁶¹⁶ *Ibidem*, pp. 23 y 24.

⁶¹⁷ *Ibidem*, p. 24.

⁶¹⁸ *Idem*.

En relación con la ausencia de jurisdicción reclamada por el demandado, el quejoso Christopher R. Mtikila argumentó que se debe realizar una distinción entre las provisiones normativas y las institucionales. Los derechos que se deben proteger están consagrados en la Carta Africana de Derechos Humanos, de la cual ya era parte el Estado demandado en el momento de las violaciones, a pesar de que el Protocolo de la Carta entró en vigor posteriormente, mismo que es simplemente un mecanismo para proteger derechos. En concreto, la Carta Africana consagra derechos humanos, mientras que el Protocolo establece un marco institucional para forzar el cumplimiento de los mismos; así, para el quejoso, los derechos se consagraron en la Carta y el Estado demandado los había vulnerado.⁶¹⁹

Una vez precisado el esquema de objeciones preliminares desarrollado por las partes, cabe ahora exponer las consideraciones dadas por la Corte Africana sobre la admisibilidad de las reclamaciones; así, se tiene que en torno a la falta de agotamiento de los recursos internos, la Corte señaló que éstos son primordialmente judiciales, de los cuales la jurisprudencia ya había elaborado los criterios para conocer su disponibilidad, efectividad y suficiencia.⁶²⁰

En este sentido, los jueces africanos esbozaron diversas comunicaciones y jurisprudencias del ámbito comparado, que precisaban el alcance de la figura del agotamiento de los recursos internos, así como del sentido de los criterios que los representan; en concreto, citaron los siguientes criterios del sistema africano, interamericano y europeo de protección de derechos humanos: a) Comunicaciones 147/95 y 147/96 del caso *Sir Dawda K. Jawara vs. The Gambia*, emitida por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, mediante su Trigésimo Reporte Anual de Actividades (1999-2000); b) caso *Vélásquez-Rodríguez vs. Honduras*, sentencia del 29 de julio de 1988, emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, y c) caso *Akdivar and Others vs. Turkey*, aplicación 21893/93, sentencia del 16 de septiembre de 1996 de la Corte Europea de Derechos Humanos.⁶²¹

Bajo este sendero, para la Corte Africana en la jurisprudencia sobre derechos humanos, la expresión “remedios locales” debe ser entendida y referida principalmente a remedios judiciales, que representan la forma más efectiva para reparar las violaciones a los derechos humanos. Así, no existi-

⁶¹⁹ *Ibidem*, p. 25.

⁶²⁰ *Idem*.

⁶²¹ *Ibidem*, p. 26.

ría disputa respecto a que el segundo quejoso ha agotado los recursos judiciales internos.⁶²²

En estas circunstancias, la Corte aceptó la idea de que no era necesario para los primeros quejosos (ONG) agotar los mismos recursos judiciales internos, pues ya se conocía cuál sería el resultado de ese ejercicio. Para la Corte, el proceso parlamentario (que para el demandado tenía que agotarse por los quejosos) era un proceso político, por lo que no constituía un remedio disponible, efectivo y suficiente, pues no era de libre acceso para las personas, además de ser discrecional, y podría ser abandonado en cualquier momento; asimismo, su resultado dependería de la voluntad de la mayoría. De esta forma, sin importar qué tan democrático fuera el proceso parlamentario, el mismo no sería equivalente a un proceso judicial independiente, que buscara la reivindicación de los derechos humanos consagrados en la Carta Africana.⁶²³

En suma, la Corte encontró que los quejosos habían agotado los recursos internos de conformidad con el artículo 6.2 del Protocolo de la Carta Africana y el artículo 56.5 de la misma Carta.⁶²⁴

Sobre el retraso en la presentación de las quejas ante la Corte, los jueces africanos compartieron el criterio de los reclamantes respecto de que no había existido un retraso excesivo en la presentación de las misma queja, porque después de la sentencia de la Corte de apelación, los reclamantes estuvieron esperando la reacción del parlamento sobre la sentencia. En tales circunstancias, el periodo de alrededor de 360 días desde la emisión de la decisión judicial hasta la presentación de las aplicaciones no fue excesivamente largo.⁶²⁵

En otro orden de ideas, por lo que hace a la objeción preliminar sobre la jurisdicción de la Corte para conocer del asunto, los mismos jueces africanos señalaron que los derechos humanos reclamados como vulnerados estaban protegidos por la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos, así como que en el momento de la alegada violación el Estado demandado ya había ratificado la Carta Africana y estaba ligado por ella misma.⁶²⁶

Ahora bien, en el tiempo en que el Protocolo a la Carta Africana fue ratificado por el Estado demandado y cuando entró en vigor respecto a dicho

⁶²² *Ibidem*, p. 27.

⁶²³ *Ibidem*, p. 28.

⁶²⁴ *Idem*.

⁶²⁵ *Ibidem*, p. 28.

⁶²⁶ *Ibidem*, p. 29.

Estado, las violaciones reclamadas continuaban y siguen continuando, pues las candidaturas independientes aún no se permiten para acceder a la posición de presidente o para contender en las elecciones parlamentarias y las de gobiernos locales. Todavía más, las vulneraciones reclamadas continuaron más allá del tiempo en que el Estado demandado efectuó la declaración referida en el artículo 34.6 del Protocolo de la Carta Africana.⁶²⁷

Por todo lo anterior, la Corte Africana determinó que las reclamaciones eran admisibles, y que la misma tenía jurisdicción para conocer sobre ellas, por lo cual procedió a considerar los méritos de las quejas.⁶²⁸

En lo concerniente a los méritos del caso, en primer lugar, la Corte expuso las consideraciones de los reclamantes, después las alegaciones del Estado demandado y, finalmente, su decisión sobre el tema.

La esencia del caso se refiere a que la decima primera enmienda constitucional, aprobada en diciembre de 1994 por la Asamblea Nacional de Tanzania y por el presidente de la República de Tanzania el 17 de enero de 1995, vulnera los artículos 2o., 10 y 13 de la Carta Africana, ya que ésta se relaciona con la prohibición de las candidaturas independientes para contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y para los gobiernos locales.⁶²⁹

Bajo este sendero, para los quejosos la prohibición constituye una discriminación en contra de los candidatos independientes; asimismo, la enmienda vulnera el derecho de libertad de asociación y el derecho de participación en los asuntos públicos de su gobierno. Los quejosos argumentaron que los requerimientos para formar un partido político eran onerosos; por ejemplo, un partido político debe tener cierta cuota de números por regiones; también debe tener miembros no sólo de Mainland, sino además de Zanzibar. De esta manera, no se puede disfrutar del ejercicio de los derechos políticos a menos que se pertenezca a un partido político.⁶³⁰

Por su parte, el Estado demandado señaló que la prohibición de candidaturas independientes es un camino para evitar una libertad absoluta e incontrolada, que puede traer anarquía y desorden; así, la prohibición es necesaria para una buena gobernabilidad y unidad; aún más, para el demandado, la restricción de la figura de candidaturas independientes para posiciones de liderazgo del gobierno es necesaria para la seguridad nacional, defensa, orden público, paz pública y moralidad. De la misma forma, el Estado argumentó que los requisitos para el registro de un partido político,

⁶²⁷ *Idem.*

⁶²⁸ *Ibidem*, p. 31.

⁶²⁹ *Ibidem*, pp. 31 y 32.

⁶³⁰ *Ibidem*, p. 32.

por ejemplo, la obligación de incluir una representación regional, eran indispensables para evitar el tribalismo.⁶³¹

En torno a la alegada discriminación que dicen haber sufrido los quejosos, el Estado demandado indicó que las relevantes enmiendas constitucionales no fueron dirigidas a un individuo en particular, pues aplican de la misma forma a todos los ciudadanos de Tanzania, por lo que las mismas enmiendas no son discriminatorias.⁶³²

Finalmente, respecto a la alegada violación del derecho de libertad de asociación, el demandado argumentó que presentarse como candidato para una posición política era un asunto referente a una ambición personal, por lo que nadie es forzado a hacerlo si no lo desea; por lo que hace al segundo quejoso (Christopher R. Mtikila), el demandado señaló que este señor nunca ha sido impedido para participar en la política, pues él pertenece a un partido político y ha sido presentado como candidato para el puesto de presidente, pero ha perdido. Por todo ello, el Estado demandado solicitó que la Corte Africana desestimara las quejas presentadas.⁶³³

Ahora bien, referente a la decisión de la Corte Africana sobre los méritos del asunto, la misma indicó (a propósito del derecho a participar libremente en el gobierno de un país) que los quejosos afirmaron que la sentencia de la Corte de Apelación de Tanzania, los artículos 39, 47, 67 y 77 de la Constitución de la República Unidad de Tanzania y la Ley 7 de 2002 de las autoridades locales (que en su conjunto requieren que los candidatos para las elecciones presidenciales, parlamentarias y de los gobiernos locales sean miembros o estén apoyados por un partido político) constituyen una violación a los artículos 2o., 10 y 13 de la Carta Africana sobre los Derechos Humanos y de los Pueblos, así como a los artículos 3o. y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.⁶³⁴

En concreto, sobre la alegada violación al artículo 13 de la Carta Africana, la Corte analizó críticamente el citado precepto, para lo cual recordó que el mismo precepto consagra el derecho de participar libremente en el gobierno de su país a todos los ciudadanos, lo cual pueden efectuar directamente o a través de representantes elegidos libremente.⁶³⁵

A todo esto, para la Corte era imperativo indicar que los derechos garantizados en el artículo 13 de la Carta Africana eran derechos individua-

⁶³¹ *Ibidem*, pp. 32 y 33.

⁶³² *Ibidem*, p. 33.

⁶³³ *Idem*.

⁶³⁴ *Ibidem*, p. 34.

⁶³⁵ *Ibidem*, p. 35.

les, los mismos no debían ser destinados a su disfrute sólo en asociación con otras personas o grupos de personas, como sería un partido político; por lo tanto, en una queja como la que se analizaba, lo que era de supremo significado fue determinar si un derecho individual había sido puesto en peligro o no; en otras palabras, si había sido vulnerado, y no si los grupos podrían disfrutar o no de este derecho individual.⁶³⁶

Bajo este escenario, para la Corte, en vista de la patente claridad de los términos del artículo 13 de la Carta Africana, que les otorga a los ciudadanos la opción de participar en el gobierno de su país directamente o mediante representantes, el requerimiento de que un candidato debe pertenecer a un partido político antes de que sea habilitado para participar en el gobierno de Tanzania, ciertamente, deroga los derechos consagrados en el citado precepto.⁶³⁷

Pese a ello, la Corte identificó que el disfrute de ese derecho puede ser restringido conforme al artículo 27.2 de la Carta Africana, que indica que los derechos y libertades de cada persona deben ser ejercidos con la debida atención de los derechos de los otros, de la seguridad colectiva, moralidad e intereses comunes. Aún más, se debe considerar la obligación que establece el artículo 29.4 de la Carta a todas las personas, referente a preservar y fortalecer la solidaridad nacional y social, particularmente cuando es amenazada, lo que, según la Corte, representa también límites para el disfrute del derecho de participar libremente en el gobierno de su país.⁶³⁸

Así, la Corte recordó que el Estado demandado con base en dichas restricciones argumentó que las mismas llaman a asistir al principio de necesidad basado en las necesidades sociales de las personas de Tanzania, para lo que la Corte se preguntó ¿cuáles son éstas necesidades sociales? En respuesta a esa interrogante, presentada por la Corte durante la audiencia del caso, el demandado indicó que las circunstancias prevalecientes en Tanzania demandaron que sea mantenida la prohibición de candidaturas independientes.⁶³⁹

En particular, de acuerdo con el Estado demandado, la restricción es a la luz de la estructura de la unión, la República Unida de Tanzania que comprende Mainland Tanzania y Tanzania Zanzibar. Asimismo, el Estado afirmó que la restricción acerca de que deben ser por lo menos un número mínimo de miembros de un partido de Mainland y de Zanzibar era justi-

⁶³⁶ *Idem.*

⁶³⁷ *Ibidem*, pp. 35 y 36.

⁶³⁸ *Ibidem*, p. 36.

⁶³⁹ *Idem.*

ficable, y los requisitos que deben ser reunidos con respecto al registro de partidos políticos han resultado en la inexistencia del tribalismo en Tanzania. Bajo este sendero, el demandado expresó que la ley simplemente fijó el procedimiento para el ejercicio del derecho pero no lo restringió; así, el procedimiento solamente establece un mínimo de obligaciones que deben ser atendidas para disfrutar de los derechos políticos, obligaciones que son razonables.⁶⁴⁰

Cabe resaltar que el Estado demandado, a fin de sustentar su postura, hizo referencia al caso *Castañeda Gutman vs. México* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos; en concreto, el demandado reiteró la posición de la Corte de Apelación en la apelación civil número 45 de 2009, que fue similar a la sentencia del caso *Castañeda Gutman vs. México*, del 6 de agosto de 2008, que fijó el criterio respecto a que la decisión de introducir las candidaturas independientes depende de las necesidades sociales de cada Estado conforme a su histórica realidad. De esta manera, el demandado citó algunos párrafos de la sentencia del caso *Castañeda*, en los cuales la Corte Interamericana reconoció que el Estado mexicano había justificado que la restricción del registro de candidatos exclusivamente a través de partidos políticos respondía a las necesidades sociales basadas en los diversos escenarios históricos, políticos y sociales, lo que implicaba que la necesidad de crear y desarrollar el sistema de partidos se debía a una realidad política e histórica de México.⁶⁴¹

En este sentido, para el Estado demandado la realidad histórica y social de Tanzania demandó la prohibición de las candidaturas independientes en el contexto de una democracia de multipartidos, que fuera introducida de nueva cuenta en los comienzos de la década de los noventa. Tales provisiones fueron proclamadas en el tiempo en que Tanzania era una democracia joven y era indispensable que el sistema de multipartidos fuera fortificado.⁶⁴²

Pues bien, en aras de aproximarse a la solución del asunto, la Corte Africana aludió que la jurisprudencia relativa a las restricciones en el ejercicio de los derechos ha desarrollado el principio que indica que las mismas restricciones deben ser necesarias en una sociedad democrática; asimismo, que deben ser razonablemente proporcionales con los objetivos legítimos que se buscan alcanzar. En este contexto, los quejosos han establecido que existió *prima facie* una violación a un derecho; por su parte, el Estado demandado argumentó que el derecho ha sido legítimamente restringido por la ley, para

⁶⁴⁰ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

⁶⁴¹ *Ibidem*, pp. 37 y 38.

⁶⁴² *Ibidem*, *op. cit.*, p. 38.

lo cual se ha proporcionado evidencia de que la afectación busca uno de los propósitos reconocidos en el artículo 27.2 de la Carta Africana.⁶⁴³

En el desarrollo de su argumentación, la Corte Africana aludió a diversas comunicaciones de la Comisión Africana, en las cuales la primera ha establecido que las razones legítimas para limitar los derechos y libertades de la Carta Africana sólo han sido señaladas en el artículo 27.2. Aún más, que después de evaluar si la restricción se realiza a través de una ley de aplicación general, la Comisión debe aplicar el test de proporcionalidad, con el cual se pondera el impacto, la naturaleza y la extensión de la limitación del derecho contra el interés legítimo del Estado de obtener un objetivo específico. Así, el interés legítimo debe ser proporcional y absolutamente necesario para las ventajas que se buscan conseguir.⁶⁴⁴

Por otro lado, la Corte Africana hizo referencia en su argumentación a criterios similares emitidos por la Corte Europea de Derechos Humanos; en concreto, citó el *caso Handyside vs. United Kingdom*, aplicación 5493/72, sentenciada en 1976, en el cual el Tribunal de Estrasburgo señaló que la idea de sociedad democrática significa, entre otras cosas, que toda formalidad, condición, restricción o penalidad impuesta debe ser proporcional al objetivo legítimo perseguido.⁶⁴⁵

Tal criterio fue reafirmado por la Corte Europea en el *caso Gillow vs. United Kingdom*, aplicación 9063/80, resuelta en noviembre de 1986; en el mismo caso, la Corte señaló que la idea de necesidad en una sociedad democrática conlleva una urgente necesidad social; en concreto, la medida ocupada debe ser proporcional al objetivo legítimo buscado; en adición, el alcance del margen de apreciación del que gozan las autoridades nacionales dependerá no sólo de la naturaleza del objetivo de la restricción, sino también de la naturaleza del derecho involucrado.⁶⁴⁶

Siguiendo con la referencia a los criterios del Tribunal de Estrasburgo, la Corte Africana resaltó que aquél, concerniente a la necesidad social, ha indicado que no sólo verifica si el Estado aplicó el principio del margen de apreciación de buena fe, sino también avalúa si las razones dadas son relevantes y suficientes, como lo ha especificado en el *caso Olsson vs. Sweden*, aplicación 10465/83, de marzo de 1988.⁶⁴⁷

⁶⁴³ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁴⁴ *Ibidem*, p. 40.

⁶⁴⁵ *Ibidem*, pp. 40 y 41.

⁶⁴⁶ *Ibidem*, p. 41.

⁶⁴⁷ *Idem*.

Al mismo tiempo, la Corte Africana resaltó la jurisprudencia de su homóloga europea decretada en el caso *Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*, aplicaciones 7151/75 y 7152/75 J, resueltas en septiembre de 1982, en las cuales el Tribunal de Estrasburgo evaluó si la interferencia respectiva era proporcional al objetivo legítimo; al hacerlo, debía determinar si el equilibrio justo fue alcanzado entre las demandas de los intereses generales de la sociedad y los requisitos de la protección de los derechos fundamentales.⁶⁴⁸

Por otro lado, la Corte Africana también recurrió a la jurisprudencia sobre la materia emitida por la Corte Interamericana; así, destacó que ésta, a fin de determinar si la restricción a los derechos es legal, se guía por los artículos 30 y 32.2 del Pacto de San José, que fijan el alcance de las restricciones a los derechos humanos; en particular, el artículo 30 señala que las restricciones a los derechos no serán aplicadas, salvo que sean acordes con las leyes promulgadas por razones de interés general y en concordancia con el propósito por el cual tales restricciones fueron establecidas; por su parte, el artículo 32.2 esboza que los derechos de cada persona son limitados por los derechos de otros, la seguridad de todos y por las justas demandas del bienestar general en una sociedad democrática.⁶⁴⁹

De esta forma, la Corte Africana identificó que para su homóloga interamericana, una restricción a los derechos es autorizada sólo si tiene como base la ley y si la misma es compatible con el Pacto de San José. Así, la Corte Interamericana requiere que las restricciones sean legales y legítimas, como se ha establecido en el caso *Baena Ricardo y otros vs. Panamá*, sentencia de febrero de 2001.⁶⁵⁰

Con base en todo lo señalado, la Corte Africana concluyó que estaba de acuerdo con los criterios de la Comisión Africana, referentes a que las limitaciones de los derechos y libertades en la Carta son sólo los establecidos en el artículo 27.2 de la misma, y que tales restricciones deben tomar la forma de una ley de aplicación general, además de que las mismas deben ser proporcionales con el objetivo legítimo perseguido por la limitación. El anterior criterio fue similar a la aproximación de la Corte Europea, que precisa una determinación sobre si el equilibrio justo se estableció entre las demandas del interés general de la comunidad y los requerimientos de la protección de los derechos fundamentales.⁶⁵¹

Bajo este escenario, señaló la Corte Africana que el artículo 27.2 de la Carta permite restricciones a los derechos y a las libertades de las personas

⁶⁴⁸ *Ibidem*, pp. 41 y 42.

⁶⁴⁹ *Ibidem*, p. 42.

⁶⁵⁰ *Idem*.

⁶⁵¹ *Ibidem*, p. 43.

sólo sobre la base de los derechos de otros, la seguridad colectiva, la moralidad y el interés común. Las necesidades de las personas de Tanzania, a las cuales los derechos están sujetos, deben ir en línea y relacionadas con los deberes de las mismas, fijados en el artículo 27.2 de la Carta, el cual requiere consideraciones sobre seguridad, moralidad, intereses comunes y solidaridad.⁶⁵²

Así, para los jueces africanos, no existieron argumentos del demandado que demostraran que las restricciones en el ejercicio del derecho de libre participación en el gobierno de su país (por la prohibición de las candidaturas independientes) se ubique en las restricciones permisibles establecidas en el citado artículo 27.2 de la Carta Africana; en cualquier evento, la restricción en el ejercicio del derecho a través de la prohibición de la candidatura independiente no fue proporcional con el alegado objetivo de fomentar la unidad y la solidaridad.⁶⁵³

Al mismo tiempo, la Corte Africana destacó que el Estado demandado confió ampliamente en el *caso Castañeda Gutman vs. México*, en el cual la Corte Interamericana encontró que las personas tienen otras opciones si ellos desean buscar una oficina pública electoral, por lo que, además de ser miembros y estar respaldados por un partido político, pueden ser promovidos por un partido político sin ser miembros del mismo, y también pueden formar un propio partido esencialmente desde que los requisitos para hacerlo no son complejos. A todo esto, para la Corte Africana, en el caso en estudio, los ciudadanos de Tanzania sólo pueden buscar una oficina electoral si son miembros o son promovidos por los partidos políticos, por lo que no existe otra opción disponible para ellos.⁶⁵⁴

En otro orden de ideas, los jueces africanos aludieron a la Observación General número 25, sobre el derecho de participar en asuntos públicos,

⁶⁵² *Idem.*

⁶⁵³ *Ibidem*, p. 43.

⁶⁵⁴ *Ibidem*, p. 44. Este argumento de los jueces africanos fue fundamental para el sentido de la decisión, pues con el mismo se puso de manifiesto la debilidad del argumento expuesto por el demandado, con el cual, utilizando los criterios emitidos por la Corte Interamericana en el *caso Castañeda Gutman*, pretendía justificar la prohibición de las candidaturas independientes en Tanzania. Sobre esto, recuérdese que la Corte Interamericana para concluir que México no había vulnerado el artículo 23 del Pacto de San José, argumentó que el registro de candidatos a elección popular exclusivamente vía partidos políticos respondía a necesidades sociales sustentadas en razones históricas, políticas y sociales de México. Véase Pelayo Möller, Carlos María y Vázquez Camacho, Santiago, “El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009, p. 805, disponible en <https://revistas.juridicas.unam.mx/index.php/derecho-internacional/article/view/311/545>, fecha de consulta: 1 de enero de 2018.

derechos de voto y derecho a un igual acceso al servicio público, emitida por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, en la cual se señaló que el derecho de las personas para postularse en las elecciones no debe ser limitado excesivamente, requiriendo a los candidatos que sean miembros de partidos, si a un candidato se le solicita tener un número mínimo de partidarios para su nominación, el requisito debe ser razonable y no debe operar como una barrera para la candidatura.⁶⁵⁵

La Corte Africana manifestó su acuerdo con dicha Observación General, misma que es una declaración interpretativa del artículo 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, la cual refleja el espíritu del artículo 13 de la Carta Africana misma que, en concordancia con lo que señala en su artículo 60, es un instrumento adoptado por las Naciones Unidas sobre derechos humanos, del cual la Corte Africana puede obtener una inspiración para la interpretación de la Carta Africana.⁶⁵⁶

Por otro lado, la Corte Africana identificó que la limitación impuesta por el demandado debe ser consistente con los estándares internacionales, en particular, en línea con el principio establecido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, el cual señala que un Estado parte no puede invocar las provisiones de su derecho interno como justificación para incumplir los tratados.⁶⁵⁷

En otro sentido, el demandado confió en el artículo 13 de la Carta Africana, en torno a que el disfrute de los derechos debe estar en concordancia con la ley, en particular, con el derecho nacional del demandado; a todo esto, para la Corte Africana, las limitaciones establecidas por las leyes nacionales no deben negar lo que claramente expresan las disposiciones de la Carta Africana. Más aún, habiendo ratificado la misma el Estado demandado, éste tiene una obligación de hacer leyes en línea con las intenciones y propósitos de la Carta Africana; en concreto, para la Corte, si bien se pueden promulgar leyes para el goce y disfrute de los derechos, las mismas no deben permitir la anulación de los derechos y libertades que están regulando.⁶⁵⁸

Bajo este sendero, toda ley que requiera que un ciudadano sea parte de un partido político, antes de que pueda convertirse en un candidato presi-

⁶⁵⁵ Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, p. 44.

⁶⁵⁶ *Ibidem*, pp. 44 y 45.

⁶⁵⁷ *Ibidem*, p. 45.

⁶⁵⁸ *Ibidem*, pp. 45 y 46.

dencial, se tornaría un collar innecesario que denegaría el derecho de participación directa de los ciudadanos, lo que equivaldría a una violación.⁶⁵⁹

Por todo ello, la Corte Africana encontró una violación al derecho de participar libremente en el gobierno del país en las elecciones presenciales, parlamentarias y locales de Tanzania, en virtud de que se debe pertenecer a un partido político, así, se impide a los ciudadanos participar libremente en el gobierno de su país directamente o a través de representantes elegidos libremente.⁶⁶⁰

Ahora bien, por lo que hace a la alegada violación del derecho de libertad de asociación, la Corte Africana recordó que los quejosos asumieron que la restricción que exige una afiliación a un partido político ha dañado la libertad de asociación de los ciudadanos de Tanzania que desean participar en política. En opinión de la Corte, la libertad de asociación es negada si una persona es forzada a asociarse con otros; la libertad de asociación es también vulnerada si otras personas son forzadas a unirse con otras; en otras palabras, la libertad de asociación implica la libertad de asociarse y la de no asociarse.⁶⁶¹

De esta manera, la Corte encontró que los requisitos de que las personas pertenezcan o sean apoyadas por un partido político, en la búsqueda de las elecciones para el puesto del gobierno presidencial, parlamentario y local, han vulnerado el derecho de libertad de asociación, porque las personas son obligadas a unirse o formar parte de una asociación antes de que busquen los puestos de elección popular.⁶⁶²

Finalmente, la Corte no estuvo conforme con el argumento del demandado referente a que las necesidades sociales de Tanzania constituirían las excepciones de los artículos 29.4 y 27.2 de la Carta Africana, que justificaban la limitación del derecho de libertad de asociación.⁶⁶³

Por lo que hace al derecho a no ser discriminado y el derecho a la igualdad, la Corte Africana recuerda que los quejosos alegaron que las provisiones constitucionales que prohíben las candidaturas independientes tienen un efecto discriminatorio contra la mayoría de los ciudadanos de Tanzania, por lo que vulneran el derecho a no sufrir discriminación consagrado en el artículo 2o. de la Carta Africana; así, los reclamantes argumentaron que aunque la prohibición legal de candidaturas independientes se aplica

⁶⁵⁹ *Ibidem*, p. 46.

⁶⁶⁰ *Ibidem*, p. 47.

⁶⁶¹ *Ibidem*, pp. 47, 48 y 49.

⁶⁶² *Ibidem*, p. 49.

⁶⁶³ *Idem*.

a todos los ciudadanos por igual, la misma tiene un efecto discriminatorio, porque sólo los miembros o los que están respaldados por los partidos políticos pueden buscar la elección a puestos en la presidencia, parlamento o los gobiernos locales.⁶⁶⁴

En este sentido, para la Corte Africana los quejosos alegaron una discriminación proveniente de enmiendas constitucionales entre los ciudadanos que pertenecen a un partido político y los que no pertenecen, pues los primeros sí pueden contender en las elecciones presidenciales, parlamentarias y locales, mientras que a los segundos no les está permitido. En este entendimiento, el derecho a no ser discriminado está relacionado con el derecho a igual protección ante la ley, que se encuentra garantizado por el artículo 3.2 de la Carta Africana.⁶⁶⁵

A la luz del artículo 2o. de la Carta Africana, la alegada discriminación debe estar relacionada con una distinción basada en opiniones políticas o de cualquier otro tipo. Para justificar la diferencia de trato entre los ciudadanos de Tanzania, el demandado había mencionado e invocado la existencia de necesidades sociales de las personas de Tanzania sustentada, *inter alia*, en la estructura particular del Estado (unión entre Mainland Tanzania y Tanzania Zanzibar) y la historia del país, los cuales requerían una construcción gradual de una democracia plural en unidad.⁶⁶⁶

Por lo anterior, surgió la pregunta sobre si los motivos invocados por el demandado en respuesta a la diferencia de trato establecida con las enmiendas constitucionales reclamadas eran pertinentes; en otras palabras, razonables y legítimas. Para la Corte, los motivos expresados para respaldar la diferencia de trato no podían legitimar las restricciones introducidas por la reforma constitucional al derecho de participación en el gobierno del país y al derecho a no ser obligado a ser parte de una asociación. De modo que, en opinión de los jueces africanos, los motivos de justificación no pudieron legitimar las restricciones de no ser discriminado y del derecho de igualdad ante la ley, por lo que la Corte concluyó que existió una violación a los artículos 2o. y 3.2 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos.⁶⁶⁷

Tal determinación judicial se comprende muy bien a la luz de la idea teórica que se ha desarrollado inicialmente por Humberto Ávila en Brasil, que señala que la promoción de finalidades constitucionales tiene un límite,

⁶⁶⁴ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

⁶⁶⁵ *Ibidem*, pp. 50 y 51.

⁶⁶⁶ *Ibidem*, p. 51.

⁶⁶⁷ *Idem*.

que es proporcionado por el postulado de la prohibición del exceso, a veces identificado como una de las gradas del principio de proporcionalidad; el postulado de prohibición de exceso se manifiesta en cualquier contexto en el que se busque restringir un derecho humano, el mismo impide que se afecte excesivamente cualquier derecho; esto es, que se limite sobremanera.⁶⁶⁸

Sobre la presunta violación al Estado de derecho, el segundo quejoso argumentó que al iniciar el gobierno una enmienda constitucional para resolver una disputa legal que estaba pendiente en los tribunales, se buscó anular la sentencia judicial del tema, por lo que el demandado, al decir del quejoso, abusó del proceso de enmienda constitucional, vulnerando el principio de Estado de derecho.⁶⁶⁹

Ahora bien, el demandado mostró que el gobierno de Tanzania se ha adherido completamente a los principios de Estado de derecho, separación de poderes e independencia judicial, como se prevé en la Constitución de la República Unida de Tanzania. Así, en respuesta al argumento del segundo reclamante respecto a que la Decimaprimer enmienda constitucional violó el Estado de derecho, para el demandado el proceso de revisión y reforma constitucional no fue un fenómeno nuevo en Tanzania, ya que la Constitución del país, que ha sido modificada catorce veces, en su artículo 98.1, prevé que puede ser reformada en cualquier momento cuando las necesidades lo requieran, las cuales ocurrieron en 1994, derivado de lo cual la presunta violación del principio de Estado de derecho no se presentó.⁶⁷⁰

A todo esto, para la Corte Africana el concepto de Estado de derecho es un principio que abarca todo; por otro lado, la queja de los reclamantes en torno a que dicho principio ha sido vulnerado no está relacionada con un derecho en concreto, por lo que la Corte encontró que la alegada violación no se presentó en el caso en cuestión.⁶⁷¹

Pues bien, con base en todas las consideraciones y argumentos expuestos, los jueces africanos, por mayoría de votos, sentenciaron lo siguiente: *a)* que el Estado demandado violó los artículos 2o., 3o., 10 y 13.1 de la Carta Africana sobre Derechos Humanos y de los Pueblos (derecho a no ser discriminado, igualdad ante la ley, libertad de asociación y derecho a participar libremente en el gobierno) en perjuicio de los reclamantes; *b)* que el demandado debía tomar directamente las medidas constitucionales, legislativas y cualquier otra que sea necesaria, dentro de un tiempo razonable, para re-

⁶⁶⁸ Ávila, Humberto, *Teoría de los principios*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011, p. 131.

⁶⁶⁹ *Ibidem*, p. 52.

⁶⁷⁰ *Idem*.

⁶⁷¹ *Ibidem*, pp. 52 y 53.

mediar las violaciones encontradas por la Corte, así como informar sobre las medidas a la Corte; *c*) otorgar permiso al segundo quejoso, para que enviara su solicitud de reparaciones dentro del plazo de treinta días; asimismo, para que el demandado presentara la réplica de las mismas dentro de los treinta días posteriores a la recepción de aquéllas, y *d*) que cada parte debía cubrir sus propios gastos y costos del juicio.⁶⁷²

4. *Criterios de evaluación de la argumentación utilizados*

Del estudio del caso “candidaturas independientes” se pueden desprender diversos criterios de fiscalización de la argumentación, que si bien no se identificaron de forma expresa por los jueces africanos, sí constituyeron un parámetro de calificación del proceso argumentativo expuesto por la Corte Africana.

Antes de exponer los criterios de evaluación utilizados por la Corte, cabe hacer dos precisiones relevantes para la comprensión del tema; por un lado, que la Corte Africana ha seguido las tendencias universales de varias cortes constitucionales e internacionales de recurrir a los parámetros de evaluación de la argumentación desarrollados por Robert Alexy (como lo hemos podido observar con el estudio de diversos casos en la presente investigación), lo cual resulta llamativo, derivado del alcance que ha tenido el autor occidental en el continente africano; por otro lado, que los jueces africanos, como sus homólogos europeos e interamericanos, omitieron presentar un esquema de justificación de los criterios o teorías de la argumentación utilizadas en su sentencia, circunstancia que, en nuestra opinión, afecta la corrección de la decisión; en efecto, se trata de un problema general, que se ha observado en diversas cortes nacionales e internacionales, que debe ser identificado y atendido en el corto plazo si se quiere contribuir realmente con el desarrollo del proceso de toma de decisiones en asuntos considerados paradigmáticos.

Pues bien, con independencia de las presiones aludidas, del estudio del caso “candidaturas independientes” se puede desprender que la Corte Africana utilizó los siguientes criterios de evaluación de la argumentación, a fin de defender, en cierta forma, la corrección de la decisión emitida:

- Criterio de jurisprudencia comparada.
- Criterio de necesidad.

⁶⁷² *Ibidem*, pp. 55 y 56.

- Criterio de proporcionalidad en sentido estricto.
- Criterio de la sociedad democrática.
- Criterio de interpretación no jurisprudencial.

Sobre el criterio de jurisprudencia comparada, se destaca que la Corte Africana recurrió al mismo en diversos momentos, en particular, para sustentar su postura en torno a dos cuestiones; en primer lugar, a fin de defender que los quejosos sí habían agotado todos los recursos internos previo a recurrir a su jurisdicción; para ello, como se recordara, esbozó el *caso Velásquez-Rodríguez vs. Honduras* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y el *caso Akdivar and Others vs. Turkey* de la Corte Europea de Derechos Humanos, en los cuales se precisó el sentido de la figura del agotamiento de recursos internos. Por ello, se apreció que la Corte Africana calificó como correcta su determinación sobre la improcedencia de las objeciones preliminares hechas valer por el demandado, ya que la determinación era consistente con la jurisprudencia comparada; en otras palabras, porque lograba acreditar el parámetro de evaluación.

En segundo lugar, para sustentar cómo debían efectuarse, de forma legítima y equilibrada, las restricciones al ejercicio de los derechos humanos, para lo cual la Corte Africana justificó sus posiciones en la jurisprudencia emitida en los *casos Handyside vs. United Kingdom, Gilloz vs. United Kingdom* y *Sporrong and Lonnroth vs. Sweden* del Tribunal de Estrasburgo, así como en la jurisprudencia emitida en el asunto *Baena Ricardo y otros vs. Panamá* de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, todo lo cual sirvió para evaluar el sentido de la sentencia de la Corte Africana en torno a que el Estado demandado había restringido inadecuadamente los derechos humanos de los reclamantes.

Por lo que respecta al criterio de necesidad, cabe esbozar que la Corte Africana lo retomó de la teoría de la argumentación jurídica de Alexy, que como se sabe, se explica bajo el principio de proporcionalidad, que contiene el subprincipio de necesidad, que exige, en palabras de Alexy que de dos medios igualmente idóneos sea elegido el más benévolo con el derecho humano afectado⁶⁷³ o, como se pregunta Ávila: entre los medios disponibles e igualmente adecuados para promover el fin, ¿no hay otro menos perjudicial de los derechos fundamentales afectados?⁶⁷⁴

De esta forma, los jueces africanos recurrieron al principio de necesidad para sustentar su postura respecto a la incorrección de las restricciones a los derechos humanos de los quejosos, en particular, para sustentar el postulado

⁶⁷³ Alexy, Robert, *Epílogo a la teoría...*, cit., p. 41.

⁶⁷⁴ Ávila, Humberto, *op. cit.*, p. 145.

de que las restricciones alegadas no eran necesarias para el objetivo estatal que se buscaba obtener por parte del demandado (unidad, seguridad y orden en Tanzania, por mencionar sólo algunos), derivado de lo cual las limitaciones a los derechos eran inadecuadas, al no poder superar este criterio de corrección de la argumentación.

Sobre el criterio de proporcionalidad (en sentido estricto), se precisa que el mismo también fue obtenido de los postulados de Alexy, y se puede representar con la ley de ponderación, que indica que cuanto mayor sea el grado de afectación de un derecho, tanto más relevante es la satisfacción del otro derecho o principio;⁶⁷⁵ dicho principio en sentido estricto debe responder a la pregunta: ¿las ventajas para promover el fin se corresponden con las desventajas generadas por la adopción de la medida?; en otros términos, las ventajas de la utilización de la medida deben rebasar o superar las desventajas generadas sobre el derecho humano intervenido.⁶⁷⁶

Bajo este sendero, la Corte Africana recurrió a dicho criterio de proporcionalidad en sentido estricto para demostrar, como se indicó en el análisis de la argumentación y sentencia del caso, que la restricción al derecho humano de libre participación en el gobierno del país (mediante la prohibición de las candidaturas independientes) no fue razonablemente proporcional con el objetivo perseguido por el demandado de fomentar la unidad, orden y solidaridad en Tanzania, para lo cual se destaca que la Corte recurrió a la jurisprudencia del tema emitida por la Corte Europea de Derechos Humanos en los casos *Handyside vs. United Kingdom*, *Gillow vs. United Kingdom* y *Sporrong and Lönnroth vs. Sweden*, así como a diversas comunicaciones de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos. En suma, al no haber podido acreditar el criterio de proporcionalidad (el demandado), se tuvo que la restricción era inconvencional, por lo que debía restituirse en sus derechos a los quejosos.

Respecto al criterio de la sociedad democrática, para empezar, se resalta que toda sociedad democrática es el marco institucional y cultural que permite lograr el efectivo disfrute de los derechos humanos políticos; siguiendo a Dahl, la democracia no es sólo una forma de gobierno, ya que los derechos son necesarios para las instituciones políticas democráticas; la democracia es, por definición, un sistema de derechos; más aún, ningún sistema no democrático posibilita a sus ciudadanos un esquema tan amplio

⁶⁷⁵ Alexy, Robert, *Sobre los derechos constitucionales...*, cit., p. 58.

⁶⁷⁶ Ávila, Humberto, *op. cit.*, p. 145.

de derechos políticos, y si lo logra, se convertiría, por ese hecho, en una democracia.⁶⁷⁷

Por ello, se observa que el criterio de la sociedad democrática es relevante para la calificación de toda argumentación; en el caso en cuestión, se tuvo que el mismo fue aplicado por los jueces africanos para sustentar la postura (prevaleciente en la jurisprudencia) respecto a que toda restricción a los derechos humanos debe ser necesaria en el marco de una sociedad democrática; de esta forma, la Corte Africana retomó el concepto de sociedad democrática elaborado por el Tribunal de Estrasburgo, para el cual la misma conlleva que toda restricción debe ser proporcional al fin perseguido por la medida respectiva. Como se puede observar, tal criterio guarda mucha relación con los principios de necesidad y proporcionalidad en estricto sentido, ya que los mismos se desenvuelven, necesariamente, en las sociedades democráticas actuales, como ya lo ha apuntado la Corte Europea de Derechos Humanos.

En suma, el criterio de la sociedad democrática fue utilizado por la Corte Africana para presentar y robustecer su postura respecto a que las limitaciones a los derechos políticos de los quejosos no encontraban sustento en el contexto de la sociedad de Tanzania, por lo que era procedente eliminar la prohibición de acceso a las candidaturas independientes, a fin de que todos los ciudadanos de Tanzania pudieran contender en las elecciones, sin necesidad de estar afiliados o respaldados por algún partido político.

Finalmente, sobre el criterio de interpretación no jurisdiccional, la Corte lo utilizó para sustentar su postura en torno a que no deberían prohibirse las candidaturas independientes por el demandado; para ello, aludió a diversas comunicaciones de la Comisión Africana sobre Derechos Humanos, en las cuales se resalta la importancia de la aplicación del test de proporcionalidad al momento de establecer restricciones a los derechos humanos, que además deben estar establecidas en una norma general; en sentido similar, la Corte recurrió a criterios emitidos por el Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas (ahora Consejo de Derechos Humanos), en los cuales se manifestó que el derecho de sufragio pasivo no debe ser restringido excesivamente, mediante requisitos especiales; por ejemplo, el ser miembro de un partido político.

De esta manera, la Corte Africana compartió y adoptó tales interpretaciones no jurisdiccionales, que asumió como inspiración para respaldar su sentencia; así, se observa que resultó muy útil este parámetro de calificación

⁶⁷⁷ Dahl, Robert A., *Sulla democrazia.*, 3a. ed. trad. de Cristiana Paternò, Roma, Laterza, 2010, pp. 52 y 53, traducción propia.

de la argumentación, que, como hemos podido observar, contribuyó a evaluar como correcto el sentido de la decisión de los jueces africanos, al estar respaldado, entre otros elementos, por las interpretaciones esbozadas por la Comisión Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos y el ahora Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas.

Con base en todo lo descrito sobre los criterios de evaluación de la argumentación aplicados, la decisión de la Corte Africana en el caso “candidaturas independientes” puede calificarse como correcta, al menos bajo los cinco parámetros de evaluación utilizados, ya que el sentido de la decisión sobre la inconvencionalidad de la prohibición de las candidaturas independientes logró respaldarse mediante un esquema de fiscalización relativamente amplio, que aportó elementos valiosos para la justificación de la decisión adoptada por los jueces africanos, que puede ser una inspiración para la toma de decisiones por parte de otros tribunales de derechos humanos.

VI. NOTAS SOBRE LOS CRITERIOS DE EVALUACIÓN DE LA ARGUMENTACIÓN ENCONTRADOS EN LA JUSTICIA INTERNACIONAL

Para comenzar, se destaca que el análisis de los casos prácticos resueltos tanto por la Corte Europea de Derechos Humanos como por la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos fue útil para la presente investigación, ya que nos mostró las tendencias actuales que están aplicando los tribunales internacionales en la solución de colisiones entre derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido; en particular, los parámetros que están usando para calificar y evaluar sus esquemas argumentativos.

En otro sentido, a manera de crítica; del estudio de los tres casos prácticos, se desprende que los jueces internacionales no justificaron la elección y utilización de los criterios de evaluación de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, lo que se estima inadecuado e incomprensible, pues todo elemento, criterio o postulado científico a utilizarse en la toma de decisiones judiciales debe necesariamente estar respaldado por diversas razones, ello, parafraseando a Dworkin, si queremos tomarnos realmente en serio los procesos argumentativos. Volveremos sobre este punto en el siguiente capítulo.

En otro orden de ideas, los criterios de corrección de la argumentación encontrados en la justicia internacional son los siguientes:

- De los fines legítimos.
- Necesidad.
- Económico.
- Razonabilidad.
- Argumentación exhaustiva.
- Internacional.
- Del derecho comparado interamericano.
- Jurisprudencia comparada.
- Proporcionalidad en sentido estricto.
- De la sociedad democrática.
- Interpretación no jurisprudencial.

Como se puede observar, al igual que en los casos constitucionales estudiados, en la justicia internacional prevalecieron los criterios de evaluación de la teoría de la argumentación del Robert Alexy; por ejemplo, se resalta que los jueces internacionales aludieron al criterio de razonabilidad (que se manifiesta en el principio de proporcionalidad), así como a sus subprincipios; esto es, de idoneidad (por lo que hace a los fines legítimos que lo explican), necesidad y proporcionalidad en sentido estricto.

Derivado de lo cual, se identifica una preferencia global con los postulados de Alexy, lo cual no se comprende, ya que existe una pluralidad de teorías en torno a la toma de decisiones judiciales igualmente idóneas y estructuradas, que deberían ser aplicadas en los casos prácticos que así lo justifiquen, de modo que se debe ser consciente del abanico de posibilidades teóricas que existen sobre la justificación judicial, más allá del principio de proporcionalidad, tan difundido y aplicado en el contexto mexicano.

Por otro lado, se precisa que los criterios de evaluación de la justicia internacional no son novedosos, pues aluden a consideraciones y elementos ampliamente conocidos, que no representan un avance significativo en el proceso argumentativo; así, los parámetros de argumentación exhaustiva, jurisprudencia comparada y de interpretación no jurisprudencial son aplicados de forma casi rutinaria en las cortes de diversas partes del mundo (por ejemplo, en la Suprema Corte de Justicia de México); con todo, se reconoce el esfuerzo que realizaron los jueces internacionales para respaldar sus determinaciones, pero debemos ser más exigentes, pues nos encontramos ante una posible restricción de derechos humanos por vía judicial. El camino por recorrer en el terreno de la argumentación jurídica es complejo, pero debemos asumirlo de manera creativa, reflexiva y humanista, sobre esto, regresaremos en el siguiente capítulo.

En otro sentido, se observa que los criterios de evaluación de la justicia internacional son limitados, pues cada corte regional de derechos humanos se conformó con utilizar entre tres y cinco parámetros de calificación; en particular, el Tribunal de Estrasburgo sustentó su argumentación en tres criterios, la Corte Interamericana en cuatro y la Corte Africana en cinco. En nuestra opinión, el que una sentencia se sustente en dos o tres criterios no es *per se* inadecuado, pues si los mismos son determinantes para el sentido de la decisión, se tiene que se ha justificado la misma; sin embargo, nosotros hemos asumido la necesidad de aplicar, en la medida de lo posible, un criterio de saturación; esto es, el presentar el mayor número de razones posibles y de criterios de calificación de la argumentación para respaldar una decisión.

Finalmente, se precisa que derivado de las reflexiones críticas expuestas sobre los parámetros de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia internacional, sabemos ahora que los mismos requieren ser ampliados y perfeccionados; así, pensamos que el ejercicio crítico fue útil para dirigir nuestro esfuerzo en diseñar un esquema de evaluación de la argumentación, más extenso y comprometido con las necesidades sociales y jurídicas actuales respecto al proceso de toma de decisiones que involucren afectaciones a los derechos humanos. De esta forma, podemos afirmar que hemos identificado algunas tendencias clave en la justicia internacional sobre el tema, que operará como nuestro borrador para perfeccionar y desarrollar las vigentes teorías de la argumentación jurídica; en particular, los criterios de fiscalización del razonamiento que las mismas utilizan, ejercicio que emprenderemos en el siguiente capítulo.

CAPÍTULO QUINTO

COMPROBACIÓN DE LA INVESTIGACIÓN Y PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA

I. REFERENCIA INICIAL A LA COMPROBACIÓN DE LA HIPÓTESIS GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN

En este nivel de la investigación, ya estamos en posibilidad de abordar la comprobación o no de la hipótesis planteada en la parte introductoria del presente trabajo; previamente a ello, se destaca que la posible no verificación de la misma no implicaría desechar totalmente el presente trabajo, pues como lo hemos señalado, ya sería útil para la ciencia del derecho el no poder comprobar la hipótesis planteada, pues nos mostraría qué camino no deben seguir futuras investigaciones a fin de resolver el problema planteado al inicio de la nuestra, a saber: la necesidad de mejorar el proceso de evaluación de la argumentación en la justicia constitucional de nuestro país y justificar la elección de las teorías de la argumentación a utilizar en las decisiones judiciales.

Ahora bien, recordando que la hipótesis fue una respuesta tentativa a la problemática planteada y que para la formulación de la misma fuimos impulsados por nuestra curiosidad e intuición, pues no contábamos con una investigación previa,⁶⁷⁸ cabría recordar que la hipótesis general fue formulada en los siguientes términos:

Si en México se deben mejorar los criterios de evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos y justificar la elección de las teorías de la argumentación a aplicar, entonces del análisis de la justicia constitucional de otros países y de la justicia internacional se identificarán diversos parámetros que servirán como prototipos y guías a implementar para la calificación de la argumentación desplegada en casos sobre derechos

⁶⁷⁸ Para la redacción de este párrafo se recurrió a las ideas plasmadas por González Galván, Jorge Alberto, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación y enseñanza*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016, p. 66.

humanos de nuestro país, así como para la elección de teorías de la argumentación jurídica.

En este sentido, se puede esbozar, de forma inicial, que sí se logró comprobar la hipótesis en lo que respecta a la identificación de diversos criterios de evaluación de la argumentación de la justicia constitucional de España y Colombia, así como de las cortes regionales de derechos humanos (Europea, Interamericana y Africana), criterios que, desde luego, pueden ser utilizados como guías para la calificación de la argumentación jurídica esbozada por los jueces constitucionales de nuestro país; así, contrariamente a lo que se podría pensar, sí se ubicaron algunos parámetros para calificar la corrección del proceso de toma de decisiones sobre derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido.

Con todo, se trata de una comprobación inicial y parcial de la hipótesis planteada, ya que la misma hipótesis necesita sustentarse en otros parámetros científicos de verificación, como son el método de la contrastación de Popper, por lo que cabría someter a los criterios de calificación de la argumentación encontrados en la justicia constitucional e internacional a un escrutinio más complejo, como el que se propone, por medio del método de falsación de dicho autor, ejercicio que efectuaremos en el punto siguiente. Por ahora, basta con señalar que inicialmente sí hemos podido comprobar parcialmente la hipótesis de nuestra investigación.

Por otro lado, se resalta que no se logró verificar en su totalidad dicha hipótesis, pues del análisis de cada uno de los seis casos prácticos aludidos en la presente investigación no se obtuvieron criterios o parámetros para la justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a implementar en la toma de decisiones, pues como se observó, en las diversas sentencias del ámbito constitucional e internacional se recurrió a la teoría de Robert Alexy, pero no se presentaron razones para su adhesión y utilización.

En consecuencia, se afirma que la tesis fue verificada de manera parcial; esto es, sólo en lo que respecta a la existencia en la justicia constitucional e internacional de criterios de evaluación y calificación de la argumentación jurídica; de modo que en la parte final de esta investigación se presentarán algunas consideraciones y propuestas, a fin de atender la problemática de la omisión de justificación en la utilización de postulados teóricos, como el de Alexy, problemática que quedó expuesta en los casos prácticos estudiados en el presente trabajo.

Pese a ello, en el punto siguiente se buscará comprobar de forma final (definitiva) la hipótesis general de esta investigación, referente a la existencia de criterios armónicos de evaluación en la justicia comparada (que pueden

ser utilizados en la justicia constitucional mexicana), con base en los postulados del método de falsación de Popper. Veamos a dónde nos lleva este ejercicio científico.

II. APLICACIÓN DEL MÉTODO DE FALSACIÓN DE POPPER A LOS HALLAZGOS ENCONTRADOS EN LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL E INTERNACIONAL (COMPROBACIÓN FINAL DE LA HIPÓTESIS GENERAL DE LA INVESTIGACIÓN)

Como lo hemos referido a lo largo del presente trabajo, nuestro objetivo nunca fue crear una teoría para la evaluación de la argumentación jurídica de alcance general, sino más bien contribuir con el desarrollo y perfeccionamiento de los postulados vigentes sobre el tema, mediante aportaciones concretas desde la práctica judicial y la creatividad académica; bajo este sendero, una vez identificados los criterios de evaluación utilizados en el ámbito de la justicia constitucional e internacional contemporánea (a través de la muestra empírica de casos prácticos), estamos en posibilidad de aplicar a los mismos el método de la falsación-contrastación de Popper, a fin de comprobar y validar de forma definitiva los criterios identificados en la presente investigación y, consecuentemente, nuestra hipótesis general planteada en la parte introductoria del presente trabajo, al menos por lo que hace a dicho punto.

Para comenzar, se señala que somos partidarios del método de contrastación de Popper, porque estimamos que atiende los problemas del método de inducción, bajo el cual se busca inferir postulados generales con base en enunciados concretos,⁶⁷⁹ lo que nos parece criticable, pues, como diría Popper, cualquiera que sea el número de ejemplares de cisnes blancos que se hayan observado con una investigación no justifica que todos los cisnes sean necesariamente blancos.⁶⁸⁰

Con mucho, no se descarta totalmente el método inductivo, sino que más bien se busca su perfeccionamiento, pues no compartimos la idea de que se pueda crear una teoría general mediante la simple referencia a enunciados concretos; pensar diferente nos llevaría a asumir que derivado del

⁶⁷⁹ En concreto, Popper señala que desde el contexto de la lógica, dista mucho de ser correcto que esté justificado inferir enunciados universales partiendo de enunciados concretos, por elevado que sea su número, ya que toda conclusión que se obtenga de esta forma corre el riesgo de resultar algún día falsa. Así, para dicho autor, el problema de la inducción puede formularse como la cuestión de saber cómo establecer la verdad de los enunciados universales sustentados en la experiencia. *Cf.* Popper, Karl R., *op. cit.*, p. 27.

⁶⁸⁰ *Idem.*

análisis de nuestra muestra de seis casos prácticos (enunciados singulares) llegaríamos a una teoría general de la evaluación de la argumentación jurídica para México, de ahí que nunca se haya tenido la intención de alcanzar ese objetivo.

Un objetivo así sería irresponsable, pues caería en una falacia común, al ser un argumento engañoso que induciría al error; en concreto, hablaríamos de una falacia de sobregeneralización, lo que es lo mismo, una generalización a partir de pocos ejemplos; aún más, se ha señalado que no puede ni siquiera generalizarse a partir de una muestra grande, a no ser que ésta sea demostrablemente representativa, todo lo cual confirma las críticas y objeciones de Popper al método inductivo.⁶⁸¹

Pues bien, siguiendo el método de falsación de Popper, debemos deducir algunas conclusiones de los criterios de evaluación encontrados en la justicia constitucional e internacional, para después compararlas entre sí a fin de identificar su compatibilidad y armonización, como lo sugiere Popper, comencemos pues con la identificación de algunas conclusiones de la justicia constitucional.

En concreto, de todos los criterios de evaluación encontrados en la justicia constitucional, a saber: finalidades constitucionales válidas, idoneidad, necesidad, proporcionalidad en sentido estricto, terminológico, jurisprudencial, dignidad humana, derecho comparado y de la duda razonable, se pueden obtener, mediante una deducción, las siguientes conclusiones particulares:⁶⁸²

- a) Que toda restricción a los derechos humanos debe estar respaldada en los principios de una Constitución política o carta fundamental.
- b) Que deben buscarse siempre medidas que afecten menos a los derechos humanos.
- c) Que debe existir un equilibrio entre el grado de afectación de un derecho con el nivel de realización del derecho que juega en sentido opuesto.

⁶⁸¹ Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. de Mar Vidal, México, Ediciones Culturales Paidós-Ariel, 2015, pp. 111 y 117.

⁶⁸² Para la redacción de las conclusiones particulares se utilizaron las propias consideraciones y argumentaciones expuestas por los jueces constitucionales mexicanos, colombianos y españoles en los casos analizados en la presente investigación. Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, Amparo en revisión 237/2014..., *cit.*, p. 2; Corte Constitucional de la República de Colombia, Acción de tutela..., *cit.*, pp. 5, 7 y 8; y Tribunal Constitucional de España, *op. cit.*, pp. 66654- 66655.

- d) Que se deben aclarar los conceptos y problemas relacionados con el derecho humano a tratar.
- e) Que para resolver el caso se tiene que recurrir a los precedentes judiciales sobre el tema, aunque se pueden abandonar los mismos previa justificación.
- f) Que en todo momento y bajo cualquier escenario la decisión debe buscar materializar la dignidad humana.
- g) Que se deben analizar las distintas formas en que otros países han abordado el tema y la problemática a revolver sobre los derechos humanos.
- h) Que cuando exista una duda razonable sobre el alcance de un derecho humano se tienen que estudiar las semejanzas y diferencias entre las diversas formas para su ejercicio.

Ahora bien, cabe realizar el mismo ejercicio para el caso de la justicia internacional; así, se tiene que de los criterios de evaluación encontrados en dicha justicia, esto es, de los fines legítimos, necesidad, económico, razonabilidad, argumentación exhaustiva, internacional, del derecho comparado interamericano, jurisprudencia comparada, proporcionalidad en sentido estricto, de la sociedad democrática e interpretación no jurisprudencial, se pueden deducir las siguientes conclusiones particulares:⁶⁸³

- a) Que toda restricción a los derechos humanos tiene que sustentarse en un fin considerado legítimo para la carta fundamental del país respectivo.
- b) Que siempre se debe buscar una medida alternativa menos restrictiva a los derechos humanos.
- c) Que el disfrute de ciertos derechos humanos representa un costo para los Estados, por lo que éstos deben propiciar su ejercicio.
- d) Que toda afectación a los derechos humanos debe perseguir un objetivo legítimo que sea proporcional con los mecanismos aplicados.
- e) Que cualquier restricción a los derechos humanos debe justificarse de forma rigurosa.

⁶⁸³ Para la redacción de las conclusiones particulares se recurrió a las consideraciones e ideas expuestas por los jueces internacionales: europeos, interamericanos y africanos en los asuntos estudiados en la presente investigación. Véase Corte Europea de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 1; Corte Interamericana de Derechos Humanos, *op. cit.*, p. 20; y Corte Africana de Derechos Humanos y de los Pueblos, *op. cit.*, pp. 3 y 4.

- f) Que para tomar una postura sobre la afectación de los derechos humanos se debe observar la práctica comparada (instrumentos y decisiones), en particular la de la región interamericana.
- g) Que las restricciones a los derechos humanos deben ser razonablemente proporcionales con el fin perseguido por la medida que los restringe.
- h) Que toda efectución a los derechos humanos tiene que ser necesaria en el contexto de las sociedades democráticas.
- i) Que las determinaciones sobre los derechos humanos también deben sustentarse en interpretaciones no jurisdiccionales.

Una vez identificadas las conclusiones particulares de los criterios de evaluación de la argumentación de la justicia constitucional e internacional, resulta ahora apropiado comparar las mismas conclusiones, a fin de ubicar su compatibilidad, armonización y equivalencia, como lo demanda el método de contrastación de Popper; para ello, cabe integrar todas las conclusiones en un bloque para analizar dicha compatibilidad. Representemos pues las mismas conclusiones mediante el siguiente esquema:

<i>Aplicación del esquema de contrastación de Popper a las conclusiones particulares de los criterios de evaluación de la justicia constitucional e internacional</i>	
<i>Conclusiones deducidas de la justicia constitucional</i>	<i>Conclusiones deducidas de la justicia internacional</i>
<ul style="list-style-type: none">• Que toda restricción a los derechos humanos debe estar respaldada en los principios de una Constitución política o carta fundamental.• Que deben buscarse siempre medidas que afecten menos a los derechos humanos.• Que debe existir un equilibrio entre el grado de afectación de un derecho con el nivel de realización del derecho que juega en sentido opuesto.• Que se deben aclarar los conceptos y problemas relacionados con el derecho humano a tratar.• Que para resolver el caso se tiene que recurrir a los precedentes judiciales sobre el tema, aunque se pueden abandonar éstos previa justificación.	<ul style="list-style-type: none">• Que toda restricción a los derechos humanos tiene que sustentarse en un fin considerado legítimo para la carta fundamental del país respectivo.• Que siempre se debe buscar una medida alternativa menos restrictiva a los derechos humanos.• Que el disfrute de ciertos derechos humanos representa un costo para los Estados, por lo que éstos no deben propiciar su no ejercicio.• Que toda afectación a los derechos humanos debe perseguir un objetivo legítimo que sea proporcional con los mecanismos aplicados.• Que cualquier restricción a los derechos humanos debe justificarse de forma rigurosa.

Aplicación del esquema de contrastación de Popper a las conclusiones particulares de los criterios de evaluación de la justicia constitucional e internacional

<ul style="list-style-type: none">• Que en todo momento y bajo cualquier escenario la decisión debe buscar materializar la dignidad humana.• Que se deben analizar las distintas formas en que otros países han abordado el tema y la problemática a revolver sobre los derechos humanos.• Que cuando exista una duda razonable sobre el alcance de un derecho humano, se tienen que estudiar las semejanzas y diferencias entre las diversas formas para su ejercicio.	<ul style="list-style-type: none">• Que para tomar una postura sobre la afectación de los derechos humanos se debe observar la práctica comparada (instrumentos y decisiones); en particular, la de la región interamericana.• Que las restricciones a los derechos humanos deben ser razonablemente proporcionales con el fin perseguido por la medida que los restringe.• Que toda efectucción a los derechos humanos tiene que ser necesaria en el contexto de las sociedades democráticas.• Que las determinaciones sobre los derechos humanos también deben sustentarse en interpretaciones no jurisdiccionales.
---	--

¿Son compatibles y armónicas dichas conclusiones particulares?

Como se puede apreciar del análisis comparativo de cada una de las conclusiones particulares, podemos señalar que efectivamente las mismas son compatibles entre sí, y en algunos casos idénticas; así, no encontramos diferencias entre los parámetros de evaluación, por lo que se puede afirmar que no hay razones para desechar tales criterios ni tampoco la hipótesis planteada en este trabajo.

Con todo, consideramos que para asumir que hemos logrado comprobar de forma definitiva tales criterios y la propia hipótesis planteada en esta investigación sobre este tema se requiere, como sugiere Popper, comparar además las conclusiones obtenidas con algunos enunciados científicos disponibles; esto es, con algunas teorías de la argumentación jurídica de alcance general, lo cual efectuaremos a continuación.

¿Son compatibles las conclusiones particulares con algunas teorías de la argumentación jurídica vigentes?

A fin de resolver dicha interrogante, se señala que varias conclusiones singulares encuentran su respaldo en postulados de algunas teorías generales sobre el razonamiento jurídico; en concreto, podemos asumir que las conclusiones son compatibles con los postulados del principio de proporcionalidad en sentido general, que se desprende de la teoría de la argumentación jurídica de Robert Alexy, por lo cual se corrobora que efectivamente los criterios de evaluación han sido comprobados bajo el test de falsación de Popper.

Con base en dicho esquema, se concluye que los criterios de evaluación de la justicia constitucional e internacional, identificados en esta investigación, han logrado acreditar el método de contrastación y falsación de Popper, ya que los mismos son compatibles y equivalentes entre sí y con una teoría de alcance general, por lo que no existen razones para descartar tales criterios de evaluación de la argumentación jurídica desplegada en casos que involucren tensiones entre derechos humanos; de esta manera, se asume que hemos logrado verificar y comprobar de forma definitiva la hipótesis general planteada en este trabajo por lo que hace a la existencia de criterios viables de la justicia constitucional de otros países y de la justicia internacional, que pueden operar como guías y prototipos para la calificación de la argumentación esbozada por los jueces constitucionales de nuestro país.

III. PROPUESTAS PARA EL FORTALECIMIENTO DE LA ARGUMENTACIÓN JURÍDICA EN TORNO A LOS DERECHOS HUMANOS

Hasta aquí hemos podido comprobar que sí existen parámetros de evaluación de la argumentación jurídica sobre derechos humanos en la justicia constitucional e internacional que pueden ser implementados en México, pero ¿son suficientes dichos hallazgos para el desarrollo y fortalecimiento de la argumentación jurídica? La respuesta es negativa en dos sentidos. Veamos por qué.

En un primer sentido, porque si bien es cierto que con el análisis de los seis casos prácticos de la presente investigación identificamos diversos criterios para calificar la argumentación jurídica, que resultan de fácil aplicación y operatividad; esto es, viables para ser utilizados por los jueces constitucionales de nuestro país, incluso, algunos criterios ya son aplicados por los jueces mexicanos (piénsese en la Suprema Corte de Justicia de la Nación), cabe hacer notar que los parámetros expuestos no son suficientes para evaluar ampliamente los esquemas argumentativos sobre derechos humanos. En este sentido, somos conscientes de la necesidad de diseñar y operar otros criterios que contribuyan con el fortalecimiento y desarrollo de la argumentación jurídica, por lo cual realizaremos algunas propuestas al respecto en este capítulo de la investigación.

En un segundo sentido, porque no logramos, como lo hemos esbozado con antelación, identificar un test o metodología de justificación de la elección de las teorías de la argumentación a aplicar en los casos sobre derechos

humanos, lo cual consideramos sumamente importante para el respaldo de la decisión adoptada. Por ello, en esta parte de la investigación presentaremos una propuesta de solución al problema identificado de falta de justificación en la elección de los postulados científicos utilizados en las decisiones judiciales.

Pues bien, con el objetivo de contribuir con el mejoramiento de los modelos de evaluación de la argumentación jurídica, adicionalmente a todos los parámetros de calificación identificados en este trabajo, se proponen los siguientes criterios para evaluar el razonamiento a presentarse en la justicia constitucional mexicana al momento de resolver casos prácticos sobre derechos humanos:

- Criterio del máximo esfuerzo.
- Criterio de la doble posición.
- Criterio *pro personae*.
- Criterio progresista.
- Criterio de falsación (Popper).
- Criterio dialógico.
- Criterio sobre la paz.

Sobre el criterio del máximo esfuerzo, se destaca que el mismo pugna por un ejercicio intelectual arduo por parte de los jueces constitucionales (pues su decisión puede restringir válidamente un derecho humano), a saber: una argumentación de naturaleza creativa y sofisticada, lo que implicaría que para calificar como correcto un esquema de razonamiento se revisaría que el mismo abordara y analizara todos los elementos y consideraciones relevantes para el sentido de la decisión y no sólo cuestiones jurídicas; todo ello, siempre y cuando así lo requiera el tipo de asunto a resolver.

Sin ir más lejos, en un caso en materia electoral (nulidad de una elección), será necesario que los jueces se esfuercen (intelectualmente hablando) por estudiar todas las consideraciones importantes para la decisión, como podrían ser los elementos sociales y culturales; ello, sin perder la idea de que el elemento fundamental de este criterio lo constituye, desde luego, el ámbito jurídico; pero el mismo necesita alimentarse de otros parámetros, más aún en casos sobre derechos humanos, en los cuales las líneas divisorias entre los discursos son muy difusas, pues ¿acaso podríamos abordar los derechos humanos haciendo alusión únicamente a cuestiones jurídicas? La respuesta es en sentido negativa, tomando como referencia que la dignidad humana (como base de los derechos humanos) se inscribe en un ámbito pluridimensional.

En torno al criterio de la doble posición, se señala que éste exige que los jueces muestren empatía con cada una de las partes y sus derechos humanos en tensión; en concreto, exige que no asuman una posición de indiferencia y autoridad frente a las partes, sino más bien un escenario amistoso y humanista (lo cual no es una tautología, ya que a veces las personas no actúan con humanidad); ello, derivado de que estamos en presencia de una posible restricción a los derechos humanos de alguna de las partes en conflicto, lo que comporta una afectación a su dignidad humana, por lo cual los decisores deben materializar un esquema de comprensión de las demandas y necesidades de las personas desde una perspectiva humilde, humanista y empática.

Para lograr dicho escenario, se requiere adoptar la figura de la posición dual, o doble posición, lo que implica que el juez se quite su careta de autoridad y analice el asunto como si él o ella fueran las personas que posiblemente van a sufrir una afectación a alguno de sus derechos humanos; sólo así podrán comprender realmente el sentir y preocupación de las partes, no pueden ni deben ser tratadas como un simple número de expediente; por ejemplo, el AR 234/2017, el JDC 21-13- 2017 o cualquier otra nomenclatura posible, ello disminuye la parte humana, sensible, amigable y empática que debe estar presente en el quehacer jurisdiccional; en otros palabras, los jueces no deben olvidar que están tratando con personas, con sus derechos concretos, con sus ideales de una vida digna, no con expedientes, números, criterios o seres insensibles e inanimados. En efecto, el criterio de la doble posición permite a los jueces analizar los derechos humanos, y, el caso concreto, en su máxima expresión, como si ellos fueran las partes afectadas, a saber: de la forma en que cualquier persona esperaría ser comprendida en sus ideales morales, en sus expectativas de una vida digna, lo cual representa el mejor acto de consideración hacia el otro, hacia la misma humanidad.

Sobre el criterio *pro personae*, se señala que el mismo criterio deriva del artículo 1o. de la Constitución de la República, que precisa que las normas sobre derechos humanos se interpretarán favoreciendo a las personas la protección más extensa; en concreto, para los fines de esta investigación, este criterio implica que los jueces argumenten los derechos humanos propiciando siempre la protección y garantía más amplia de la dignidad humana de las personas; en otros términos, deben buscar, en todas las formas posibles, que toda decisión judicial sea la más benéfica para las personas, lo que conlleva que operen bajo parámetros garantistas que limiten ampliamente la restricciones a los derechos humanos. Se acreditará este criterio cuando los jueces y cualquier observador externo (*i. e.*: académicos, defensores de derechos humanos o las organizaciones de la sociedad civil) puedan identificar que la decisión tomada es la más favorable para la dignidad de las per-

sonas, en virtud de que restringe en menor medida los derechos humanos, y dicha restricción está ampliamente justificada.

El criterio progresista establece que el razonamiento en torno a los derechos humanos debe comportar su desarrollo y ensanchamiento permanente, con lo cual se materializa el principio que prohíbe que la argumentación jurídica fomente un escenario regresivo para los derechos humanos. Como lo podrá observar el atento lector, este principio fue obtenido de las características de los derechos humanos; en concreto, de las obligaciones que tienen todas las autoridades, de conformidad con el artículo 1o. de la Constitución mexicana, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos con base, entre otros, en el principio de progresividad. Pues bien, este criterio resulta de suma importancia para la mejora continua del alcance de los derechos humanos por medio de la argumentación jurídica; he aquí el gran compromiso y responsabilidad de los jueces con la conformación del Estado constitucional de derecho.

Así, se tiene que para poder evaluar positivamente la argumentación desplegada en toda decisión se debe acreditar que el razonamiento propicia la ampliación del contenido de los derechos humanos, lo que significa que la misma no es regresiva en ningún sentido para las personas; ello, en relación con lo ganado y decretado por otras decisiones del ámbito nacional e internacional, lo cual, si bien se torna complejo (ya que los jueces deben conocer la jurisprudencia internacional emitida al respecto), se trata de una exigencia justificada, pues en última instancia está en juego la idea de vida digna de las personas.

Respecto al criterio de falsación o contrastación, se destaca que el mismo fue tomado de las ideas esbozadas por Popper en sus investigaciones sobre la lógica de la investigación científica (como de hecho se titula su obra en el idioma castellano); en concreto, aplicando los postulados de dicho autor al ámbito del razonamiento jurídico; este criterio señala que de la decisión emitida que resuelva una colisión entre derechos humanos se deben deducir ciertas conclusiones particulares, que tienen que compararse entre sí y con otros enunciados científicos y criterios judiciales a fin de determinar su armonización y compatibilidad; si se logra acreditar con éxito la contrastación, se podrá asumir que la decisión adoptada ha sido verificada, por lo que puede ser aceptada por las partes y la propia sociedad.⁶⁸⁴

Bajo este escenario, los jueces no terminarían con su quehacer jurídico al emitir una sentencia que resuelva una tensión entre principios constitucio-

⁶⁸⁴ Para la redacción de este párrafo han sido utilizadas las ideas de Popper. Véase Popper, Karl R., *op. cit.*, pp. 32 y 33.

nales, ya que después de emitirla deben pasarla al escrutinio de este criterio, a saber: deducir conclusiones particulares de la determinación judicial, que deben compararse entre sí, para verificar su compatibilidad, de modo que si no se logra acreditar este examen, la decisión debe ser abandonada por ser falsable; esto es, incorrecta.

Sobre el criterio dialógico,⁶⁸⁵ se precisa que el mismo alude a abrir la argumentación jurídica a consultas públicas y mesas de debate; ello, una vez que los jueces han formulado sus argumentos y tienen una decisión sobre el caso, pero antes de que sea notificada la sentencia; lo anterior permite generar un diálogo directo entre los jueces constitucionales y la sociedad, en concreto, con cualquier persona, académicos y miembros de las organizaciones de la sociedad civil interesados en el tema que se discutió en la determinación judicial, sin que deban acreditar experiencia sobre el tópico respectivo.

Ahora bien, para materializar este criterio, los jueces deben elaborar y presentar un resumen con lenguaje sencillo que contenga las principales razones que sustentan el sentido de su decisión, el cual debe hacerse del conocimiento de la sociedad a través de cualquier medio electrónico, a fin de que inicie el proceso de recepción de opiniones sobre la decisión adoptada, adicionalmente, se debe convocar a la celebración de mesas de debate con la sociedad interesada, principalmente con los profesionales del derecho, con objeto de que los jueces deliberen públicamente sus posturas con los asistentes a las mesas, todo ello, con el propósito de que cuenten con mayores elementos para sustentar o abandonar las razones expuestas para la solución del caso; con mucho, las opiniones y razones esgrimidas por la sociedad no serán vinculantes, pero sí deben ser oídas en un entorno dialógico y de respeto mutuo.

El criterio dialógico es similar a la figura del *amicus curiae*,⁶⁸⁶ muy utilizada en el contexto de los tribunales internacionales; sin embargo, se distingue

⁶⁸⁵ Este criterio encuentra su realce en el seno de una justicia abierta, que supone la aplicación de los principios del gobierno abierto al ámbito de la justicia y el Poder Judicial, a fin de lograr transparencia, rendición de cuentas, colaboración, participación y apertura al ciudadano. Cfr. Jiménez-Gómez, Carlos E., “Hacia el Estado abierto: justicia abierta en América Latina y el Caribe”, en Naser, Alejandra *et al.* (eds.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017, p. 240.

⁶⁸⁶ Se ha dicho que la figura del *amicus curiae* es útil en la práctica judicial, ya que democratiza la misma, al permitir que diversas personas con algún interés legítimo participen en el proceso jurisdiccional. Entre las ventajas de su utilización se tienen la legitimación de los jueces en casos paradigmáticos, la búsqueda de nuevos argumentos y el establecimiento de una democracia deliberativa. Cfr. Mena Vázquez, Jorge, “El *amicus curiae* como herramienta de la democracia deliberativa”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, cuarta época, vol. 1, núm. 6, 2010, pp. 174, 184 y 185, disponible en

de éste porque aquél se presenta una vez que los jueces ya han decidido el asunto, a saber: cuando ya tienen una determinación respaldada con razones; asimismo, porque implica celebrar mesas de debate con la sociedad. Con mucho, ambas figuras se complementan; esto es, no son excluyentes, pues se pueden recibir *amicus curiae* al inicio y durante el trámite del juicio, y una vez que los jueces emitan una decisión se puede someter la misma decisión al criterio dialógico que se propone.

En suma, para considerar que una decisión es correcta y adecuada en el contexto del gobierno abierto del Estado constitucional de derecho, la misma decisión debe acreditar el criterio dialógico, lo que conlleva que ésta última ha sido sometida a un debate público y crítico, que invariablemente abonará y enriquecerá el esquema argumentativo adoptado por los jueces constitucionales de nuestro país.

Por lo que hace al criterio sobre la paz, se esboza que el mismo implica un cambio del lenguaje y pensamiento en la argumentación jurídica; esto es, un tránsito de un lenguaje bélico y de un pensamiento polarizado (ganar o perder, todo o nada) hacia un lenguaje pacífico y no polarizado de los jueces, pues en materia de derechos humanos se debe buscar ante todo un escenario de entendimiento y concordancia entre las partes y sus derechos. En particular, el criterio sobre la paz obliga a los juzgadores a alcanzar la tranquilidad y armonía en la adversidad mediante una argumentación amistosa, sincera, reconciliatoria, dirigida a favorecer la calma en las sociedades.⁶⁸⁷

Para que se pueda acreditar este criterio, los jueces deben utilizar, como hemos indicado, un lenguaje pacífico y no polarizado en su argumentación; además, deben presentar razones tendientes a buscar la conciliación de los derechos humanos en colisión, a fin de promover el entendimiento no sólo de las partes, sino de la sociedad, para lo cual los juzgadores tienen que razonar e interpretar todo el arsenal jurídico bajo el ideal de una vida pacífica, a saber: sin disturbios, perturbaciones, enfrentamientos o malestares; pero ¿no acaso una colisión de derechos humanos es *per se* una perturbación? Desde una realidad simplista, sí lo es, pero, desde una realidad crítica, tenemos que

<https://tecnologias-educativas.te.gob.mx/RevistaElectoral/content/pdf/a-2010-04-006-173.pdf>, fecha de consulta: 12 de enero de 2018.

⁶⁸⁷ Otros autores nacionales ya han relacionado la argumentación con la paz; así, refieren, por ejemplo, que la paz, antes que un derecho, es una actitud, una forma de observar las vicisitudes, por lo que se asume como una epistemología; concretamente, como una pauta hermenéutica de todo jurista, por lo que si el argumento no funciona para lograr la paz, algo anda mal; aún más, que la paz opera como un parámetro eficaz, que como didáctica social puede significar la construcción de figuras jurídicas útiles, como las comisiones de la verdad, la justicia restaurativa y la conciliación y mediación. *Cfr.* Narváez Hernández, José Ramón, *op. cit.*, pp. 136-138.

asumir que no necesariamente, o no en el sentido común de la expresión. Aquí está la gran labor de los jueces, que deben buscar por todos los medios posibles la tranquilidad de las partes dentro de las posibles adversidades.

Bajo esta senda, se aprecia que el criterio sobre la paz se sustenta en una filosofía de la armonía, no de la adversidad, lo que implicaría observar los conflictos y desacuerdos humanos como una excepción y no como una regla de las relaciones humanas. Reconocemos que dicha filosofía puede visualizarse como un ideal inalcanzable o, si se quiere, como un deseo de difícil realización; pese a ello, se piensa que la argumentación nos brinda un excelente espacio para lograr una vida pacífica en la adversidad humana, que podría asumirse como adversidad aparente, pues es posible diluirla.

Pues bien, los anteriores criterios constituyen nuestra hoja de ruta y propuesta concreta para mejorar y fortalecer la evaluación de la argumentación jurídica en nuestro país. La propuesta queda, desde luego, sujeta a la crítica libre de los operadores jurídicos, defensores de los derechos humanos, así como de los miembros de la sociedad civil, pues sabemos que la misma puede perfeccionarse; asimismo, no debe ser asumida como la única vía posible para calificar y fiscalizar la argumentación jurídica; con todo, pensamos que es un borrador adecuado para generar un desarrollo en el razonamiento jurídico, ya que los criterios propuestos son viables en la justicia constitucional mexicana; sin ir más lejos, algunos de los parámetros ya se han discutido en la cultura jurídica nacional; por ejemplo, bajo la idea de justicia abierta y de las relaciones entre la argumentación y la paz.⁶⁸⁸

Para seguir avanzando en la parte propositiva de la presente investigación, se reitera que para conseguir el desarrollo y fortalecimiento de la argumentación jurídica no fue suficiente con identificar diversos criterios de calificación de la misma (mediante el análisis de los casos prácticos expuestos); ello, porque a través de dicho estudio práctico no se logró ubicar

⁶⁸⁸ Sobre esto, cabe hacer notar que la idea de paz no es un concepto abstracto, sino concreto y realizable; esto es, se asume como un derecho humano *a la paz*, que ha tenido un desarrollo progresivo que inició en 2010 en el contexto del Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, por impulso de la sociedad civil organizada; así, recuérdese que el 19 de diciembre de 2016 la Asamblea General de las Naciones Unidas adoptó la resolución 71/189, que contiene la Declaración sobre el Derecho a la Paz, misma que el Consejo de Derechos Humanos había aprobado el 1 de julio de 2016 en una resolución diversa. De esta forma, se observa que con tales acciones terminaron las tareas de codificación progresivo del derecho humano a la paz, por lo que se trata de un ideal realizable en el ámbito práctico. Véase Villán Durán, Carlos, “Luces y sombras en el proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz”, en Faleh Pérez, Carmelo y Villán Durán, Carlos (dirs.), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*, Asturias, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos y Velasco Ediciones, 2017, p. 23.

algún modelo para justificar la elección de las teorías de la argumentación jurídica utilizadas en la solución de las colisiones entre derechos humanos, por lo que está claro que no conseguimos comprobar y verificar la hipótesis planteada en esta investigación, respecto a dicho tema.

La justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica es un punto que no ha sido atendido por las investigaciones recientes en nuestro país, que sólo se centran en presentar los postulados existentes en torno a las diversas teorías de la argumentación jurídica de alcance internacional; de esta forma, consideramos que es un tópico vigente que debe ser analizado desde la trinchera académica, a fin de generar un efecto posterior en la arena jurisdiccional, pues no es posible afirmar que una decisión sea la más correcta y adecuada si no cuenta con un esquema de respaldo sobre la elección de los postulados teóricos que han informado a la misma decisión.

Ahora bien, la realidad que sí se logró demostrar es que, en la justicia constitucional e internacional actual, los jueces no se preocupan por argumentar la adopción y aplicación de una u otra teoría de la decisión judicial; pongamos por caso la sentencia que analizamos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la cual no existió un test o metodología de la elección de la teoría de Robert Alexy; así, la misma fue adoptada sin reparar en su conveniencia para el caso concreto; a causa de ello, se puede tener la duda razonada sobre si dichos postulados, de entre muchos otros que existen, fueron los más precisos, adecuados y convenientes para el sentido de la decisión.

En efecto, pensamos que del abanico de teorías de la argumentación existentes (como las esbozadas en este trabajo de los autores Neil MacCormick, Robert Alexy, Manuel Atienza, Frans van Eemeren y Rob Grootendorst), se requiere justificar su elección y utilización en un caso práctico sobre derechos humanos, pues si no lo hacemos caeríamos irremediabilmente en la falacia *ad verecundiam*, que se explica con el argumento de autoridad, a saber: con el sentimiento de respeto que se tiene hacia cierta autoridad para probar la verdad de una conclusión; en otras palabras, se apela a la autoridad como argumento para defender la corrección de una proposición.⁶⁸⁹ En el tema que nos ocupa es evidente que al no justificar la elección, por ejemplo, de la teoría del Robert Alexy para resolver una colisión, estaríamos asumiendo que tal autor es una autoridad en argumentación jurídica, por lo que no habría necesidad de argumentar sobre su elección, lo que comportaría la materialización de la referida falacia *ad verecundiam*.

⁶⁸⁹ Fernández Ruiz, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 73.

De esta manera, para no caer en esa falacia y para eliminar cualquier vicio en la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos, pues le resta credibilidad y confianza al quehacer jurisdiccional, consideramos apropiado proponer algún tipo de test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación. Lo anterior, ya que nos interesa realmente mejorar los modelos de razonamiento jurídico en nuestro país, derivado de los problemas encontrados en la práctica judicial (ausencia de justificación en la elección de las teorías científicas a aplicar); por eso, estimamos que la creación de un test de justificación de las mismas es un pequeño paso y un borrador viable para el desarrollo del razonamiento jurídico en la justicia constitucional.

Bajo este escenario, con el objetivo de atender la problemática planteada, proponemos la siguiente metodología o test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a aplicar para resolver las colisiones entre principios constitucionales en sentido amplio (que incluye derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido), que será una hoja de ruta para nuevas investigaciones. Veamos pues cuáles son los componentes o gradas del test de justificación y las preguntas críticas que lo integran.

La primera grada tiene que ver con la identificación de una verdadera colisión entre principios constitucionales en sentido amplio (derechos humanos o principios constitucionales en sentido estricto). A fin de atender tal encomienda, debemos contestar las siguientes interrogantes:

1. ¿Las demandas de las partes buscan materializar una vida digna en el contexto del Estado constitucional de derecho?
2. ¿La idea de vida digna que se demanda encuentra sustento en alguna dimensión de los derechos humanos reconocida en instrumentos internacionales o nacionales o en algún principio constitucional en estricto sentido?
3. ¿Al ejercer una dimensión de los derechos humanos se afecta directa o indirectamente el ejercicio otra dimensión de los derechos humanos o un principio constitucional en sentido estricto?
4. ¿Una de las partes demanda la prevalencia de sus derechos humanos frente a los derechos humanos o principios constitucionales en estricto sentido de la otra parte?
5. ¿Existe ausencia de un ejercicio armónico y ordenado entre las dos dimensiones de los derechos humanos o entre una dimensión de aquéllos y un principio constitucional en sentido estricto?

Si todas las respuestas a las interrogantes son afirmativas, entonces, debemos asumir que efectivamente nos encontramos frente a una colisión

entre principios constitucionales, por lo que podemos pasar a la segunda grada del test de justificación; esto es, al componente en el cual debemos argumentar sobre la elección de los postulados teóricos a aplicar para resolver, de forma definitiva, la tensión entre derechos humanos o entre éstos y los principios constitucionales en sentido estricto.

De modo que la segunda grada del test se manifiesta con un esquema de justificación amplio sobre la elección, adopción y aplicación de alguna de las vigentes teorías de la argumentación jurídicas de alcance general en la cultura jurídica nacional o internacional, con la cual se pueda resolver la tensión identificada en la grada anterior; para ello, debemos responder las siguientes preguntas críticas:

1. ¿Por qué se ha elegido cierta teoría de la argumentación jurídica para resolver la colisión?
2. ¿Qué inconvenientes o críticas ha sufrido la teoría de la argumentación jurídica a aplicar?
3. ¿Cómo se han resuelto los inconvenientes de la teoría de la argumentación jurídica a aplicar por parte de la doctrina o cómo se resolverían en la decisión?
4. ¿Qué tipos de criterios de calificación y evaluación del razonamiento contiene la teoría de la argumentación jurídica que se propone?
5. ¿Son viables y de fácil realización para la justicia constitucional mexicana los parámetros de evaluación del razonamiento que defiende la teoría de la argumentación que se intenta adoptar?
6. ¿Cuál sería el efecto que se generaría si no se utiliza la teoría de la argumentación jurídica propuesta?
7. ¿Cómo sería el modelo de razonamiento de la decisión con base en la teoría de la argumentación jurídica que se pretende aplicar?
8. ¿Qué le aporta a la decisión el modelo de razonamiento de la teoría de la argumentación jurídica a adoptar?
9. ¿Es un adorno intelectual para la decisión la teoría de la argumentación jurídica propuesta o realmente tiene un efecto fundamental en el sentido de la decisión?⁶⁹⁰

⁶⁹⁰ Para la formulación de esta pregunta, se utilizaron las ideas esbozadas por Salas, Minor E., “Debate sobre la utilidad de la Metodología Jurídica. Una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 27, octubre de 2007, pp. 111-142 (p.129), disponible en <http://www.cervantesvirtual.com/obra/debate-sobre-la-utilidad-de-la-metodologia-juridica--una-reconstruccion-critica-de-las-actuales-corrientes-metodologicas-en-la-teoria-del-derecho-0/>, fecha de consulta: el 14 de enero de 2018.

10. ¿Cómo contribuye la teoría de la argumentación jurídica propuesta para lograr la adhesión de las partes y de la sociedad con la decisión?
11. ¿Cuáles son las ventajas que generaría para el Estado constitucional de derecho la teoría de la argumentación jurídica que se quiere adoptar frente a otros postulados teóricos existentes?
12. ¿Qué antecedentes existen de casos similares que hayan adoptado la teoría de la argumentación jurídica que se desea aplicar?

De esta forma, estimamos que los jueces deben responder a cada una de las preguntas anteriores antes de la utilización de cualquier teoría de la argumentación jurídica; ello, si realmente se interesan por mejorar su actividad jurisdiccional en el seno del Estado constitucional de derecho, en el cual se exige a todas las autoridades (administrativas, legislativas y judiciales) una justificación amplia de todas las acciones, políticas, decisiones y criterios a adoptar, más aún, cuando se trata de una posible afectación a los derechos humanos de las personas.

Ahora bien, para seguir avanzando, se resalta que con la superación de las dos anteriores gradas no hemos concluido aún el test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica, pues nos falta agotar satisfactoriamente la última grada del test, la cual activa un esquema de diálogo y participación con los miembros de la sociedad, que se asume como indispensable para la legitimación material de las decisiones en torno a temas fundamentales, como es el desarrollo de un proyecto de vida digna de las personas, que los derechos humanos posibilitan.

En particular, la tercera grada conlleva abrir el test a la crítica constructiva de los académicos expertos en el tema de razonamiento judicial; para ello, se propone que una vez que los jueces han justificado la elección de alguna teoría de la argumentación jurídica con base en los dos criterios anteriores, sometan la elección al diálogo con los expertos académicos de las principales universidades de derecho y centros de investigación jurídica del país.

Lo anterior, mediante la celebración de mesas de discusión y debate entre los jueces y los académicos, la que permitirá la evaluación de las elecciones realizadas por los jueces, de modo que puedan ser rechazadas o adoptadas por la comunidad académica de expertos a través de la emisión de argumentos sólidos. Con todo, se aclara que dichas manifestaciones académicas tendrían una naturaleza no vinculante; pero ello no le restaría importancia a esta grada, pues los jueces (como autoridad jurisdiccional) sí tendrían la obligación de presentar las razones para justificar el rechazo de

las manifestaciones elaboradas por los académicos. Dichas razones deberán hacerse del conocimiento de los expertos en las mismas mesas de debate y figurar en la misma sentencia.

Así pues, esta última grada de test de justificación; le brindará una mayor solidez a la adopción de las teorías de la argumentación jurídica para resolver casos sobre derechos humanos, ya que la elección estaría respaldada por un diálogo judicial y académico, que no haría más que enriquecer el quehacer jurisdiccional en torno a los modelos argumentativos a aplicar para la toma de decisiones en casos paradigmáticos.

Con base en todo lo señalado sobre el test de justificación de las teorías de la argumentación jurídica, se tiene que hemos podido presentar una propuesta concreta para resolver la problemática identificada sobre la escasa deliberación por parte de los jueces constitucionales e internacionales respecto a la adopción de postulados teóricos sobre el razonamiento jurídico. Dicha propuesta constituye una metodología de fácil aplicación, que puede mejorar sustancialmente la labor argumentativa en nuestro país; se trata, en concreto, de una hoja de ruta para futuras investigaciones en la materia o, como dirían algunos autores, son instrucciones para armar.⁶⁹¹

IV. COLOFÓN

Como lo pudimos apreciar, fueron dos cuestiones las que buscamos atender con las propuestas esbozadas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos; por un lado, la necesidad de crear y establecer más criterios para la calificación de la argumentación jurídica; por el otro, la exigencia de diseñar modelos para elegir (justificar) teorías de la argumentación jurídica a utilizar en la toma de decisiones sobre posibles afectaciones a los derechos humanos.

Pensamos que en ambos cometidos hemos tenido cierto éxito, porque logramos exponer una serie de nuevos parámetros para fiscalizar la argumentación jurídica que pueden aplicar los jueces constitucionales de nuestro país, en conjunto con los demás criterios encontrados con el estudio de casos prácticos de esta investigación. Asimismo, porque diseñamos un test o metodología compuesta de tres gradas, para la justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a aplicar en la solución de colisiones entre principios constitucionales en sentido amplio (que incluye derechos

⁶⁹¹ La expresión *instrucciones para armar* no es nuestra, fue tomada del título de una obra reciente de Vázquez, Daniel, *op. cit.*, s. p.

humanos y principios constitucionales en sentido estricto), que puede ser adoptado por la justicia constitucional mexicana.

En este sentido, las propuestas presentadas en esta investigación buscan generar un avance en el desarrollo y el fortalecimiento de la argumentación jurídica de nuestro país; aún más, tales propuestas son viables y operables en el corto plazo, ya que no conllevan costos excesivos para su puesta en marcha; en concreto, sólo se requiere de su difusión en la comunidad jurídica, así como de la voluntad de la misma para colaborar con el desarrollo y perfeccionamiento de la práctica argumentativa. Consideramos que un primer paso para su difusión es lograr la presentación de esta investigación en diversos foros nacionales.

Finalmente, se reitera que los planteamientos propositivos generados en este trabajo no constituyen la única vía para fortalecer la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos ni, muchos menos, la mejor respuesta a la problemática observada, sino solamente un borrador viable, una directriz para actuar en el futuro, que tiene en mente un solo objetivo: la idea de mejorar el razonamiento jurídico desplegado principalmente en la justicia constitucional mexicana; de esta manera, todas las propuestas presentadas quedan sujetas a la crítica académica y jurisdiccional, críticas constructivas que como partidarios del Estado constitucional de derecho aceptamos anticipadamente, pues estimamos que no hay mejor manera de comprometernos con el progreso constante de la argumentación jurídica y del Estado constitucional sino a través del diálogo abierto y perpetuo entre todos los que pensamos y creemos en los derechos humanos.

CONCLUSIONES

Como lo hemos podido observar a lo largo de esta investigación, la argumentación jurídica es un discurso especial de alcance colectivo (frente a los otros) que se desarrolla a través de la emisión de razones (principalmente jurídicas), que buscan lograr el convencimiento y adhesión de un auditorio, y se desenvuelve esencialmente en casos paradigmáticos; esto es, en asuntos que involucran una tensión entre derechos humanos o principios constitucionales.

Dicha argumentación se ha instituido como una pieza fundamental en la explicación del fenómeno jurídico, ya que con ella se puede determinar el contenido de protección del derecho humano a una vida digna y de las diversas dimensiones de derechos que deriven del mismo.

Un compromiso mayor con el proceso de toma de decisiones judiciales implica no sólo asumir cierto modelo argumentativo para justificar una determinación, sino evaluarla a través de diversos criterios de calificación, a fin de asegurar que la decisión adoptada sea la mejor y la más correcta, en virtud de que logra acreditar los criterios de evaluación que se establezcan al respeto.

Como ha quedado confirmado, existen diversas teorías de la argumentación jurídica que esbozan criterios de corrección del razonamiento; entre ellas, se tienen las sustentadas por los autores Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van Eemeren, Rob Grootendorst y Manuel Atienza. La mayoría de esas teorías han tenido cierta difusión en nuestro país; sin embargo, los jueces constitucionales sólo se han inclinado por aplicar, principalmente, los postulados de Robert Alexy, como lo apreciamos con el estudio del caso práctico “uso recreativo de la marihuana”, que resolvió la Suprema Corte de Justicia de la Nación. El inconveniente de esa decisión fue que el tribunal no justificó la elección y preferencia en la aplicación de la teoría de la argumentación jurídica del autor alemán respecto de los demás postulados teóricos existentes y también útiles para la decisión.

Con mucho, como lo comprobamos en esta investigación, la mayoría de los criterios de evaluación del razonamiento jurídico que establecen las teorías de Neil MacCormick, Robert Alexy, Frans van Eemeren, Rob Grootendorst y Manuel Atienza son criticables, por lo que se deben asumir y ge-

nerar nuevos parámetros de corrección; en concreto, con la presente investigación se esbozaron otros criterios para calificar el razonamiento jurídico, que son operables en el seno de la justicia constitucional mexicana.

La justicia constitucional estudiada mediante los casos prácticos de México, Colombia y España, “uso recreativo de la marihuana”, “muerte digna” y “objección de conciencia”, respectivamente, ponen de relieve dos circunstancias: por un lado, que los derechos humanos pueden entrar en colisión con principios constitucionales en estricto sentido, por ejemplo, con el principio de orden público; por el otro, que un mismo derecho humano puede colisionar desde sus dos vertientes: una positiva y otra negativa, sin ir más lejos, se tuvo el caso de la tensión entre el derecho humano a la vida y el derecho humano a la muerte digna, abordado por la Corte Constitucional de Colombia.

Los criterios de evaluación de la argumentación jurídica identificados en los casos prácticos de la justicia constitucional de México, Colombia y España fueron los siguientes: *a)* finalidades constitucionales válidas, *b)* idoneidad, *c)* necesidad, *d)* proporcionalidad en sentido estricto, *e)* terminológico, *f)* jurisprudencial, *g)* dignidad humana, *h)* derecho comparado, y *i)* de la duda razonable, por lo cual se verifica que existen parámetros viables para evaluar la argumentación jurídica que pueden operar como prototipos o guías a implementar en la justicia constitucional nacional.

La justicia internacional abordada a través de los casos prácticos ante las cortes regionales de Europa, América y África, “acceso a internet en prisión”, “acceso a pensión de sobrevivencia para parejas del mismo sexo” y “candidaturas independientes”, respectivamente, resalta también la existencia de colisiones entre derechos humanos y principios constitucionales en estricto sentido; por ejemplo, prevención del delito, seguridad pública, defensa del orden, legalidad, unidad, orden público y paz pública, con lo cual se reafirma que el discurso argumentativo no se limita a resolver tensiones entre derechos humanos, sino que atiende un ámbito más amplio y complejo.

Los parámetros de calificación del razonamiento jurídico encontrados en los casos prácticos de la justicia internacional de los tribunales regionales de Europa, América y África fueron los siguientes: *a)* de los fines legítimos, *b)* necesidad, *c)* económico, *d)* razonabilidad, *e)* argumentación exhaustiva, *f)* internacional, *g)* del derecho comparado interamericano, *h)* jurisprudencia comparada, *i)* proporcionalidad en sentido estricto, *j)* de la sociedad democrática, e *k)* interpretación no jurisprudencial; así, se observa que sí contamos con parámetros viables para evaluar el razonamiento jurídico desde

el escenario internacional, parámetros que pueden fungir como guías para los jueces constitucionales de nuestro país.

Por lo anterior, se afirma que si logramos comprobar la hipótesis inicial de nuestra investigación en lo que respecta a la identificación de criterios de evaluación y corrección de la argumentación en la justicia constitucional de otros países y en la justicia internacional, parámetros que pueden utilizarse para la calificación de la argumentación esbozada por los juzgadores mexicanos; con todo, se resalta que nuestro objetivo no fue diseñar una teoría de la evaluación de la argumentación jurídica de alcance general, sino sólo contribuir con su desarrollo y mejoramiento.

Los criterios de evaluación de la argumentación encontrados en la justicia constitucional e internacional acreditaron satisfactoriamente el método de contrastación de Popper, ya que todas las conclusiones particulares que se dedujeron de los mismos fueron compatibles entre sí y con otros postulados científicos, por lo cual se verificó de forma definitiva la hipótesis general de la presente investigación en torno a la existencia de criterios viables en la justicia constitucional de otros países y en la justicia internacional que, como se ha argumentado, operan como guías para la calificación del razonamiento jurídico en México.

Pese a ello, no se logró verificar en su totalidad la hipótesis central de este trabajo, pues del estudio de los casos prácticos no se encontraron parámetros para justificar la elección de las teorías de la argumentación jurídica a implementar en la toma de decisiones. Con mucho, tal problemática se resuelve en la parte propositiva de la presente obra.

En este trabajo se presentaron dos propuestas concretas para el fortalecimiento de la argumentación jurídica en nuestro país; la primera establece los siguientes criterios adicionales para evaluar y calificar la argumentación en torno a los derechos humanos: *a)* criterio del máximo esfuerzo, *b)* criterio de la doble posición, *c)* criterio *pro personae*, *d)* criterio progresista, *e)* criterio de falsación (que se obtiene del pensamiento de Popper), *f)* criterio dialógico y *g)* criterio sobre la paz. Todos los criterios constituyen una hoja de ruta o plan de acción para mejorar y fortalecer la evaluación de la argumentación jurídica en México, de modo que están sujetos a la crítica libre y abierta de nuestros amables lectores.

La segunda esboza un test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica a aplicar para resolver las colisiones entre principios constitucionales en sentido amplio.

El test se integra por tres gradas: la primera hace referencia a la identificación de una verdadera colisión entre derechos humanos o principios constitucionales en sentido estricto, para lo cual se deben contestar diversas

preguntas críticas; la segunda alude a un esquema de justificación amplio sobre la elección y aplicación de alguna de las teorías de la argumentación jurídicas de la cultura jurídica nacional o internacional, por lo que se debe responder un cuestionario con varias preguntas críticas; la tercera implica someter la elección de cierta teoría de la argumentación jurídica a un diálogo con los expertos académicos mediante la celebración de mesas de discusión y debate; esto es, abrir la elección adoptada a la crítica académica.

El citado test de justificación de la elección de las teorías de la argumentación jurídica es susceptible de aplicarse en México, ya que comporta una metodología de fácil instrumentación, que no representa costos excesivos para el Estado, pero que va a mejorar radicalmente la labor argumentativa en nuestro país; con todo, es un guión para futuras investigaciones en la materia, el cual se somete, desde luego, a una evaluación constante.

COROLARIO

La evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos no es un tema acabado, sino que se necesita seguir abordando con rigor científico por otros autores, para el bien del propio derecho, de todos nosotros. El derecho, como imagen de la humanidad, no nació perfecto; no podría ser así, pero puede ser perfeccionado, lo que es lo mismo, mejorado. Ese fue el propósito implícito que guió esta investigación; el lector debe calificar su cumplimiento.

Pensamos que en los tiempos de la argumentación jurídica, las decisoras y los decisores jurídicos (juezas, jueces, magistradas, magistrados, ministras y ministros) deben ser principialistas y garantistas; deben juzgar con los lentes de la protección extensiva de los derechos humanos, lo que se puede lograr con el fortalecimiento de los procesos argumentativos, pues tales derechos, en las sociedades pluralistas actuales, están en riesgo de ser restringidos, de forma relativamente constante. Dichos lentes le permiten a las decisoras y decisores jurídicos observar con mayor claridad la importancia presente y futura de los criterios de calificación del razonamiento jurídico en el contexto del constitucionalismo de los derechos.

Queda mucho camino por recorrer a nivel nacional e internacional, pues, como lo hemos observado, no existe un esquema sofisticado para evaluar el razonamiento jurídico, ni tampoco metodologías para la elección de los postulados teóricos a aplicar en las decisiones sobre derechos humanos; por ello, se debe visibilizar a la comunidad jurídica en torno a los problemas que aquejan al proceso de toma de decisiones en el terreno de los criterios de evaluación de la argumentación; la tarea es que no se convierta la invisibilidad en una regla.

Esta investigación contribuye a revertir la situación y visibilizar el tema ante la comunidad académica y judicial, derivado de las propuestas concretas esbozadas para resolver los inconvenientes identificados; ello es un pequeño paso; pero lo peor es no hacer nada. Hay que cambiar el escenario de comprensión de la argumentación jurídica; debemos establecer un lenguaje crítico del mismo, un lenguaje comprometido con las personas, un lenguaje, parafraseando al académico Santiago Nieto Castillo, *de otredad*, no de

nosotros; dejemos, pues, a un lado cualquier escenario egoísta, fútil y poco humanista y pensemos en los otros, en los que pueden sufrir una afectación a sus derechos humanos.

El presente y futuro del fenómeno jurídico no está en las reglas jurídicas, en los actos de autoridad, en las interpretaciones restrictivas o en los controles concentrados de la constitucionalidad, sino más bien en una cultura de los derechos humanos, en un control abierto de la constitucionalidad, en una interpretación y argumentación extensiva. Los avances en el fenómeno jurídico han sido notables en México con las reformas constitucionales en materia penal (2008), derechos humanos (2011), juicio de amparo (2011), política electoral (2014), combate a la corrupción (2015); sin embargo, le seguimos debiendo mucho a la sociedad, que percibe al derecho como algo incomprensible, cerrado, insensible, poco humanista, corrupto, distante de la realidad social. Tienen cierta razón, muchos le han fallado; así, considerando que el derecho es una ficción humana, esos adjetivos son aplicables a los operadores del derecho, que integran los poderes Legislativo, Judicial y Ejecutivo y los entes constitucionales autónomos, que no deben apartarse de la esencia del servicio público, a nuestro entender, servir a las personas para que puedan alcanzar sus proyectos de vida digna; lo anterior, en el ámbito de sus atribuciones legales y constitucionales.

Somos sensibles de los problemas actuales del fenómeno jurídico, que se trasladan al ámbito del razonamiento sobre derechos humanos; debemos seguir trabajando, desde la trinchera académica, para lograr un verdadero acercamiento entre la sociedad y el derecho y, paralelamente, confianza en el mismo, principalmente cuando se resuelven tensiones entre derechos humanos. Así, nos decantamos por un derecho humanista, lo cual no es una tautología, a saber: un derecho comprometido con los proyectos de vida digna de las personas; por eso, consideramos que una manera de lograrlo es a través del mejoramiento y fortalecimiento de la evaluación de la argumentación jurídica en torno a los derechos humanos. Esa encomienda académica es pensando en todas las personas que puedan ser objeto de una restricción futura en sus derechos humanos. Ellas y ellos lo valorarán.

BIBLIOGRAFÍA

- ABBAGNANO, Nico la, *Diccionario de filosofía*, 2a. ed., Mexico, Fondo de Cultura Económica, 1966.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, “Zombis vs. Frankenstein: sobre las relaciones entre el derecho internacional y el derecho interno”, *Estudios Constitucionales*, Santiago, año 14, núm.1, julio de 2016.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, *Tribunal Europeo y Corte Interamericana de Derechos Humanos: ¿escenarios idóneos para la garantía del derecho de acceso a la justicia internacional?*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2008.
- ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, *Diálogo judicial y constitucionalismo multinivel. El caso interamericano*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2015.
- ALEXY, Robert, “Sobre los derechos constitucionales a protección”, trad. de Rebecca Jowers, en ALEXY, Robert *et al.*, *Derechos sociales y ponderación*, 2a. ed., Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2009.
- ALEXY, Robert, *Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Madrid, Colegio de Registradores de la Propiedad, Mercantiles y Bienes Muebles de España, 2004.
- ALEXY, Robert, *Teoría de la argumentación jurídica. La teoría del discurso racional como teoría de la fundamentación jurídica*, trad. de Manuel Atienza e Isabel Espejo, Lima, Palestra Editores, 2007.
- ALEXY, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2009.
- ÁLVAREZ DEL RÍO, Asunción y KRAUS, Arnoldo, “X. Eutanasia y suicidio asistido”, en PÉREZ TAMAYO, Ruy *et al.* (coords.), *La construcción de la bioética. Textos de bioética*, vol. I, México, Fondo de Cultura Económica, 2014.
- ALLES DELPHINE, Clara Egger, “Los sistemas de protección de derechos humanos de los países del sur: una mirada a las interacciones entre multilateralismo global y regional”, trad. de Ana Inés Fernández Ayala, *Foro Internacional*,

- MÉXICO, 2016, vol. LVI, núm. 1, enero-marzo de 2016.
- ANAYA MUÑOZ, Alejandro, *Los derechos humanos en y desde las relaciones internacionales*, México, Centro de Investigación y Docencia Económicas, 2014.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, “Acerca de la motivación de los hechos en la sentencia penal”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, Alicante, núm. 12, 1992.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Cultura constitucional de la jurisdicción*, Bogotá, Siglo del Hombre Editores y Universidad EAFIT, 2011.
- ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto, *Tercero en discordia. Jurisdicción y juez del Estado constitucional*, Madrid, Trotta, 2015.
- ASTUDILLO, César, “El bloque y el parámetro de constitucionalidad en la interpretación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en CARBONELL, Miguel *et al.* (coords.), *Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Estudios en homenaje a Jorge Carpizo. Estado constitucional*, t. IV, vol. 1, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- ATIENZA, Manuel, *Curso de argumentación jurídica*, Madrid, Trotta, 2013.
- ATIENZA, Manuel, *El sentido del derecho*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2003.
- ATIENZA, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2009.
- ÁVALOS CAPÍN, Jimena, “Derechos reproductivos y sexuales”, en FERRER MAC-GREGOR POISOT, Eduardo *et al.* (coords.), *Derechos humanos en la Constitución. Comentarios de jurisprudencia constitucional e interamericana*, t. II, México, Konrad Adenauer Stiftung-Suprema Corte de Justicia de la Nación-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013.
- ÁVILA, Humberto, *Teoría de los principios*, trad. de Laura Criado Sánchez, Madrid, Marcial Pons, 2011.
- BARBOSA DELGADO, Francisco R., “Los límites a la doctrina del margen nacional de apreciación en el Tribunal Europeo y la Corte Interamericana de Derechos Humanos: intervención judicial en torno a ciertos derechos de las minorías étnicas y culturales”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 26, enero-junio de 2011.
- BECERRA RAMÍREZ, Manuel, *El control de la aplicación del derecho internacional. En el marco del Estado de derecho*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- BOLAÑOS LINARES, Rigel, *Tutela eficaz de los derechos humanos e inconvencionalidad de la jurisprudencia. Con un enfoque de derecho laboral burocrático*, México, Porrúa, 2015.

BIBLIOGRAFÍA

269

- CABRALES LUCIO, José Miguel, *El principio de interpretación conforme en la justicia constitucional. Teoría, práctica y propuesta en perspectiva comparada*, México, Porrúa, 2015.
- CÁRDENAS GRACIA, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- CARTES RODRÍGUEZ, Juan Bautista, “El Tribunal Africano de Derechos Humanos y de los Pueblos: ¿hacia un África en paz?”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. XVII, enero-diciembre de 2017.
- CASTAÑEDA, Mireya, *El derecho internacional de los derechos humanos y su recepción nacional*, 2a. edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015,
- CASTAÑEDA, Mireya, *Introducción al sistema de tratados de derechos humanos de las Naciones Unidas*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2012.
- COELLO CETINA, Rafael, “La trascendente distinción entre la delimitación y la restricción de los derechos humanos para el control constitucional (interpretación integral y juicio de proporcionalidad)”, en FERRER MACGREGOR, Eduardo y HERRERA GARCÍA, Alfonso (coords.), *El juicio de amparo en el centenario de la Constitución mexicana de 1917. Pasado, presente y futuro*, t. II, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- CORZO SOSA, Edgar, *Medidas provisionales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, México, Tirant lo Blanch, 2014.
- COSSÍO DÍAZ, José Ramón, *Derecho y análisis económico*, 2a. reimp., México, Fondo de Cultura Económica-Instituto Tecnológico Autónomo de México, 2008.
- CUENCA GÓMEZ, Patricia, “Los derechos humanos: la utopía de los excluidos”, en RAMIRO AVILÉS, Miguel Ángel y CUENCA GÓMEZ, Patricia (eds.), *Los derechos humanos: la utopía de los excluidos*, Madrid, Dykinson-Instituto de Derechos Humanos Bartolomé de las Casas, Universidad Carlos III de Madrid, 2010.
- DAHL, Robert A., *Sulla democrazia*, 3a. ed., trad. de Cristiana Paternò, Roma, Laterza, 2010.
- DONNELLY, Jack, *Derechos humanos internacionales*, trad. de Natalia Barraza Carbajal, México, Trillas, 2015.
- FERNÁNDEZ RUIZ, Graciela, *Argumentación y lenguaje jurídico. Aplicación al análisis de una sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.

- FERRER BELTRÁN, Jordi, “El contexto de la decisión sobre los hechos probados en el derecho”, trad. de Martha Lilia Uruchurtu Caccia, en CRUZ PARCERO, Juan A. y LAUDAN, Larry (comps.), *Prueba y estándares de prueba en el derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 2010.
- FETERIS, Eveline T., *Fundamentos de la argumentación jurídica. Revisión de las teorías sobre la justificación de las decisiones judiciales*, trad. de Alberto Supelano, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2007.
- GALINDO SIFUENTES, Ernesto, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 5a. ed., México, Porrúa, 2013.
- GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, “La navegación americana de los derechos humanos: hacia un *ius commune*”, en BOGDANDY, Armin von *et al.* (coords.), *Ius commune en América Latina. Textos básicos para su comprensión*, México, Instituto de Estudios Constitucionales del Estado de Querétaro-Max Planck Institute for Comparative Public Law and International Law, 2017.
- GASCÓN ABELLÁN, Marina y GARCÍA FIGUEROA, Alfonso J., *La argumentación en el derecho*, 2a. ed., Lima, Palestra Editores, 2005.
- GÓMEZ, Mara, *Jueces y derechos humanos. Hacia un sistema judicial transnacional*, México, Porrúa, 2014.
- GONZÁLEZ GALVÁN, Jorge Alberto, *La construcción del derecho. Métodos y técnicas de investigación y enseñanza*, México, Tirant lo Blanch-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- GONZÁLEZ MORALES, Felipe, *Sistema interamericano de derechos humanos. Transformaciones y desafíos*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013.
- GORTARI, Eli de, *Diccionario de la lógica*, México, Plaza y Valdés, 2000.
- GUERRERO ZAZUETA, Arturo, *¿Existe un bloque de constitucionalidad en México? Reflexiones en torno a la decisión de la Suprema Corte respecto al nuevo parámetro de control de regularidad*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- HABA, Enrique P., “Razones para no creer en la actual teoría (ilusionista) de la argumentación. Papel que tales teorizaciones cumplen como más nueva ideología de legitimación con respecto, especialmente, al discurso jurídico profesional”, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 33, 2010.
- HEFTYE ETIENNE, Fernando, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2017.
- HERMIDA DEL LLANO, Cristina, *Los derechos fundamentales en la Unión Europea*, Barcelona, Anthropos, 2005.

- HERNÁNDEZ CASTAÑO, Diana Patricia, *Legitimidad democrática de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el control de convencionalidad*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2014.
- JIMÉNEZ-GÓMEZ, Carlos E., “Hacia el Estado abierto: justicia abierta en América Latina y el Caribe”, en NASER, Alejandra *et al.* (eds.), *Desde el gobierno abierto al Estado abierto en América Latina y el Caribe*, Santiago, Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), 2017.
- KAHN, Paul, *El análisis cultural del derecho. Una reconstrucción de los estudios jurídicos*, trad. de Daniel Bonilla, Barcelona, Gedisa, 2001.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, “Argumentación en materia de hechos”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, México, núm. 13, 2003.
- LARA CHAGOYÁN, Roberto, *Argumentación jurídica. Estudios prácticos*, México, Porrúa, 2012.
- MARTÍNEZ ZORRILA, David, *Metodología jurídica y argumentación*, Madrid, Marcial Pons, 2010.
- MENA VÁZQUEZ, Jorge, “El *amicus curiae* como herramienta de la democracia deliberativa”, *Justicia Electoral. Revista del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación*, México, cuarta época, vol. 1, núm. 6, 2010.
- NARVÁEZ HERNÁNDEZ, José Ramón, *Argumentar de otro modo los derechos humanos*, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2015.
- NAVARRO-MICHEL, Mónica, “¿Objeción de conciencia de los farmacéuticos? Comentario a la Sentencia del Tribunal Constitucional 145/2015, de 25 de junio”, *Revista de Bioética y Derecho*, Barcelona, núm. 35, 2015.
- NEIL, *Legal Reasoning and Legal Theory*, Oxford University Press, 1978.
- NIETO CASTILLO, Santiago, *Los derechos en los tiempos del género (de mujeres, feminismo y derecho)*, Toluca, Instituto Electoral del Estado de México, 2017.
- OST, François, *El velo de Antígona*, trad. de Pauline Capdevielle y Eva Marina Valencia Leñero, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2017.
- OST, François, “Júpiter, Hércules y Hermes: tres modelos de juez”, trad. de Isabel Lifante Vidal, *Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 14, 1993.
- PASTOR RIDRUEJO, José Antonio y ACOSTA ALVARADO, Paola Andrea, *Los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia-Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2014.

- PAÚL DÍAZ, Álvaro, “La revisión inicial de peticiones por la Comisión Interamericana y la subsidiariedad del sistema de derechos humanos”, *Revista de Derecho de la Pontificia Universidad Católica de Valparaíso*, Valparaíso, Chile, núm. 43, segundo semestre de 2014.
- PECZENIK, Aleksander, *Derecho y razón*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, México, Fontamara, 2003.
- PELAYO MÖLLER, Carlos María y VÁZQUEZ CAMACHO, Santiago, “El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos”, *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, México, vol. IX, 2009.
- POPPER, Karl R., *La lógica de la investigación científica*, trad. de Víctor Sánchez de Zavala, Madrid, Tecnos, 1977.
- ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, “La protección multinivel de los derechos humanos. Tendencias y desafíos para la región interamericana”, *Métodos. Revista Electrónica de Investigación Aplicada en Derechos Humanos de la CDHDF*, México, núm. 12, enero-junio de 2017.
- ROMERO MARTÍNEZ, Juan Manuel, *Estudios sobre la argumentación jurídica principalista. Bases para la toma de decisiones judiciales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- RUIPÉREZ, Javier, *El constitucionalismo democrático en los tiempos de la globalización. Reflexiones rousseauianas en defensa del Estado constitucional democrático y social*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005.
- SALAS, Minor E., “Debate sobre la utilidad de la metodología jurídica: una reconstrucción crítica de las actuales corrientes metodológicas en la teoría del derecho”, *Isonomía. Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, núm. 27, octubre de 2007.
- SANCARI, Sebastián, “Tensiones, conflictos y desafíos en la labor jurisdiccional de la Corte Suprema”, en BERCHOLC, Jorge O. y SANCARI, Sebastián (comps.), *Justicia y política. Insumos útiles para determinar el rol de cortes supremas y tribunales constitucionales en el diseño jurídico e institucional del Estado*, Buenos Aires, Aldina Editorial Digital, 2016.
- SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.
- SANÍN RESTREPO, Ricardo, *Teoría crítica constitucional. Rescatando la democracia del liberalismo*, Quito, Corte Constitucional para el Periodo de Transición-Centro de Estudios y Difusión del Derecho Constitucional (Crítica y Derecho, núm. 3), 2011.
- SANTOS, Boaventura de Sousa, “Hacia una concepción multicultural de los derechos humanos”, *El Otro Derecho*, Bogotá, ILSA, núm. 28, julio de 2002.

- SIERRA PORTO, Humberto Antonio, “Los nuevos derechos en la jurisprudencia constitucional colombiana”, en REY, Fernando (dir.), *Los derechos en Latinoamérica: tendencias judiciales recientes*, Madrid, Fundación Internacional y para Iberoamérica de Administración y Políticas Públicas-Editorial Complutense, 2011.
- SMITH, Rhona K. M., *Textbook on International Human Rights*, 4a. ed., Nueva York, Oxford University Press, 2010.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *La Corte Internacional de Justicia y la protección de los derechos del individuo. El caso Avena*, México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, 2015.
- TARUFFO, Michele, *Verdad, prueba y motivación en la decisión sobre los hechos*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2013.
- TREVES, Renato, *Introducción a la sociología del derecho*, trad. de Manuel Atienza, Madrid, Taurus, 1978.
- URIBE ÁLVAREZ, Roberth, “Prueba y argumentación. Una aproximación al discurso iusfilosófico de la prueba”, *Revista Facultad de Derecho y Ciencias Políticas*, Medellín, vol. 39, núm. 111, julio-diciembre de 2009.
- URIBE ARZATE, Enrique, *El sistema de justicia constitucional en México*, México, Miguel Ángel Porrúa-Cámara de Diputados, 2006.
- VALLARTA MARRÓN, José Luis, *Derecho internacional público*, México, Porrúa, 2006.
- VÁZQUEZ, Daniel, *Test de razonabilidad y derechos humanos: instrucciones para armar. Restricción, igualdad y no discriminación, ponderación, contenido esencial de derechos, progresividad, prohibición de regresión y máximo uso de recursos disponibles*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2016.
- VÁZQUEZ, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, Instituto Tecnológico Autónomo de México-Centro de Estudios de Actualización en Derecho-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015.
- VILLÁN DURÁN, Carlos, “Luces y sombras en el proceso de codificación internacional del derecho humano a la paz”, en FALEH PÉREZ, Carmelo y VILLÁN DURÁN, Carlos (dirs.), *El derecho humano a la paz y la (in)seguridad humana. Contribuciones atlánticas*, Asturias, Asociación Española para el Derecho Internacional de los Derechos Humanos-Velasco Ediciones, 2017.
- VIVAS BARRERA, Tania Giovanna, “Eficacia de las órdenes de la Corte Interamericana sobre la reparación de la violación de derechos humanos. Análisis comparado”, en CHACÓN TRIANA, Nathalia *et al.*, *Eficacia del sistema interamericano de derechos humanos*, Bogotá, Universidad Católica de Colombia, 2015.

- WARREN HOWARD C. (ed.), *Diccionario de psicología*, 7a. ed., México, Fondo de Cultura Económica, 1968.
- WESTON, Anthony, *Las claves de la argumentación*, trad. de Mar Vidal, México, Paidós-Ariel, 2015.
- ZUCCA, Lorenzo, “Los conflictos de derechos fundamentales como dilemas constitucionales”, trad. de David Martínez Zorrilla, en ZUCCA, Lorenzo *et al.*, *Dilemas constitucionales. Un debate sobre sus aspectos jurídicos y morales*, Madrid, Marcial Pons, 2011.

Argumentación jurídica y sus criterios de evaluación. Nuevas propuestas, editado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, se terminó de imprimir el 24 de julio de 2019 en los talleres de Lito Roda, S. A. de C. V., Escondida núm. 2, colonia Volcanes, Tlalpan, 14640 Ciudad de México, tels. 56 55 20 13 y 55 73 11 87. Se utilizó tipo *Baskerville* en 9, 10 y 11 puntos. En esta edición se empleó papel *book cream* 70 x 95 cm. de 60 gramos para los interiores y cartulina couché de 250 gramos para los forros. Consta de 500 ejemplares (impresión *offset*).

En la literatura nacional sobre argumentación jurídica con derechos humanos se ha prestado poca atención en generar nuevos criterios de corrección y evaluación del razonamiento jurídico, así como en establecer modelos para la elección de postulados teóricos a adoptar en las decisiones judiciales.

Este libro busca atender dicha problemática; para ello, se exponen algunas críticas a los criterios de corrección de diversas teorías de la argumentación jurídica. Por otro lado, se identifican parámetros de evaluación de la toma de decisiones en la justicia constitucional e internacional, con el ánimo de buscar su implementación en nuestro país.

Con todo, el propósito fundamental de esta obra es ofrecer una visión renovada de la argumentación jurídica con derechos humanos en México, mediante la creación de nuevos criterios para la corrección del razonamiento jurídico y la generación de un modelo de justificación de la elección de teorías de la argumentación para implementarse en las decisiones judiciales.

