

CAPÍTULO PRIMERO

LOS DERECHOS HUMANOS

A lo largo de la presente investigación analizaremos el impacto de los derechos humanos en materia de derechos de autor (concretamente, en relación con las restricciones al derecho de explotación). Por lo tanto, a efecto de establecer un sólido marco conceptual, en este primer capítulo estudiamos el instituto de los derechos humanos (o derechos fundamentales), basándonos en el más avanzado pensamiento jurídico en esa materia y poniendo especial atención al principio de proporcionalidad. No sin antes formular unas breves notas acerca de lo que llamamos el “análisis constitucional de la propiedad intelectual”, lo que determinará el enfoque de este trabajo.

I. EL ANÁLISIS CONSTITUCIONAL DE LA PROPIEDAD INTELECTUAL

El propósito de la presente investigación es estudiar uno de los temas clave en materia de derechos de autor (las restricciones al derecho de explotación), pero no a través de las maneras tradicionales de abordar el problema, sino mediante los conceptos y categorías de los derechos humanos, lo que arrojará interesantes conclusiones y novedosos aspectos de reflexión en materia autoral. Por lo tanto, es importante iniciar con una somera explicación del análisis constitucional de la propiedad intelectual.

Si bien, como en el caso de toda disciplina jurídica, hay un nexo necesario entre la llamada “propiedad intelectual” y la Constitución, la verdad es que el estudio de los vínculos entre el derecho intelectual y el derecho constitucional ha sido un rubro muy desatendido.

En particular, los derechos de autor esencialmente han sido materia de estudio del derecho civil¹ (y, aunque en menor medida, del derecho mercan-

¹ *Cfr.*, por ejemplo, Rogel Vide, Carlos, “La enseñanza del derecho de autor en España y el derecho civil como marco teórico de la misma”, en Rogel Vide, Carlos, *Estudios completos de propiedad intelectual*, Madrid, Reus, AISGE, 2003, pp. 11 y ss.; Gutiérrez y González, Ernesto, *El patrimonio. El pecuniario y el moral o derechos de la personalidad*, 6a. ed., México, Porrúa, 1999, pp. 699 y ss.; Rojina Villegas, Rafael, *Compendio de derecho civil. Bienes, derechos reales y sucesiones*, 26a. ed., México, Porrúa, 1995, t. II, pp. 172 y ss.

til),² aunque en tiempos recientes han sido una parcela de estudio que, indebidamente, han reclamado como propia los administrativistas.³ Sin embargo, como bien nos refieren Schwartz y Treanor, es hasta tiempos recientes cuando los constitucionalistas comienzan a mostrar interés por las relaciones entre derecho constitucional y propiedad intelectual.⁴ De igual forma, los expertos en derecho intelectual apenas empiezan a prestar atención a las disposiciones constitucionales aplicables a su materia de análisis.⁵

Es en los EUA donde, a partir de la segunda mitad de la década de los noventa, inició la proliferación de estudios sobre la propiedad intelectual y la Constitución; incluso, Pamela Samuelson habla de un “derecho constitucional de la propiedad intelectual”.⁶ En particular, y por cuanto hace a los derechos de autor, el debate en ese país se ha enfocado mucho en la relación entre estos derechos y la primera enmienda. Por lo que se refiere a Europa, también se empiezan a dar estudios de este tipo, aunque en menor cantidad que en los EUA.⁷ En México, se puede decir que, con algunas

² Véase, Díaz Bravo, Arturo, *Derecho mercantil*, México, Iure, 2002, pp. 9 y 53 (quien estima que la LFDA es una ley mercantil); y Mantilla Molina, Roberto L., *Derecho mercantil*, 4a. reimp. de la 29a. ed., México, Porrúa, 1998, pp. 13 y 124.

³ Acosta Romero, Miguel, *Segundo curso de derecho administrativo*, 2a. ed., México, Porrúa, 1993, p. IX.

De igual forma, y sin una justificación sólida, la Primera Sala de la SCJN ha determinado que los derechos de autor “se ubican en el derecho administrativo”. *Cfr.* tesis de rubro “DERECHOS DE AUTOR. LOS ARTÍCULOS 2o., 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA NO VIOLAN EL PRINCIPIO DE DIVISIÓN DE PODERES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novéna Época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 49.

En forma más moderada, Martínez Morales afirma: “Si bien mucho de la actividad en torno a los derechos de los autores cae dentro del campo del derecho civil, existen cuestiones fundamentales que competen a la administración pública; esa intervención se da esencialmente tanto por medio del registro público del derecho de autor como por las implicaciones que trae aparejadas cualquier inscripción en éste”. Martínez Morales, Rafael I., *Derecho administrativo. 3er. y 4o. cursos*, 2a. ed., México, Oxford University Press, Harla, 1997, p. 215.

⁴ Schwartz, Paul M., y Treanor, William Michael, “Copyright term extension and intellectual property as constitutional property”, *The Yale law journal*, EUA, vol. 112, núm. 8, junio 2003, p. 2331.

⁵ Lemley considera que los abogados de propiedad intelectual han *descubierto* la Constitución, y que los académicos, más que nunca, están dándole mayor atención a la compleja interacción entre la propiedad intelectual y la Constitución. *Cfr.* Lemley, Mark A., “The constitutionalization of technology law”, *Berkeley technology law journal*, California, Universidad de Berkeley, vol. 15, núm.2, otoño 2000, p. 1.

⁶ Samuelson, Pamela, “The constitutional law of intellectual property after *Eldred v. Ashcroft*”, Universidad de Berkeley, <http://people.ischool.berkeley.edu>, octubre 2007, p. 1.

⁷ *Cfr.*, por ejemplo, del profesor del Instituto Max Planck de Alemania, Geiger, Christophe, “Constitucionalizing intellectual property law. The influence of fundamental rights in

excepciones,⁸ el estudio de las relaciones entre la Constitución y la propiedad intelectual es un tema ignorado.

En nuestra opinión, la necesidad de estudiar estas relaciones entre propiedad intelectual y Constitución es consecuencia directa de varios fenómenos, destacándose dos para efectos de la presente investigación: la constitucionalización y el advenimiento de la tecnología digital.

Sobre el primer fenómeno profundizamos en el siguiente subcapítulo y el subcapítulo VI, letra “A” del capítulo quinto. Bástenos adelantar que dada la constitucionalización, las normas constitucionales influyen directamente en el sentido de la legislación, la jurisprudencia de los tribunales (incluso ordinarios), la actividad de la administración pública y la doctrina jurídica. Es decir, la constitucionalización implica una Constitución “extremadamente invasora, entrometida (pervasiva, invadente)”.⁹ Este fenómeno hace necesario tener presente la Constitución, por lo menos, al estudiar y aplicar las normas de derecho intelectual.

El segundo fenómeno, es decir, el advenimiento de la tecnología digital, ha puesto de manifiesto que ciertas políticas en materia de propiedad intelectual, pueden resultar una amenaza a determinados derechos humanos e, incluso, violar tales derechos.¹⁰ Pero también puede suceder lo contrario: que ciertas políticas en contra de la propiedad intelectual menoscaben derechos humanos u otros bienes constitucionales.¹¹ Por lo tanto, existe una

intellectual property in Europe”, *International review of intellectual property and competition law*, vol. 37, núm. 4, 2006, pp. 371-406; y del profesor de la Universidad de Gent en Bélgica, Torremans, Paul L.C., “Is copyright a human right?”, *Michigan State law review*, EUA, núm. 27, primavera 2007, pp. 271 y ss.

⁸ Destaca el debate sobre si el Congreso de la Unión tenía o no facultades constitucionales para legislar sobre derechos de autor, en el que destacaron las posturas de Gabino Fraga, Arsenio Farell Cubillas, Víctor Carlos García Moreno, Ernesto Gutiérrez y González, Jorge Mario Magallón Ibarra y Fernando Alejandro Vázquez Pando.

Este debate ha quedado sanjado con la reforma de 2009 a la Constitución en materia de derechos culturales, pues ahora, el artículo 73, fr. XXV deja en claro que el legislar en materia autoral es competencia federal exclusiva.

⁹ Guastini, Riccardo, “La ‘constitucionalización’ del ordenamiento jurídico: el caso italiano”, trad. de José María Lujambio, en Guastini, Riccardo, *Estudios de teoría constitucional*, México, Fontamara, 2001, p. 153.

¹⁰ *Cfr.*, por ejemplo, Burrell, Robert, y Coleman, Allison, *Copyright exceptions: The digital impact*, Reino Unido, Cambridge University Press, 2005, pp. 16 y 17; y Lessig, Lawrence, *Free culture. How big media uses technology and the law to lock down culture and control creativity*, Nueva York, The Penguin Press, 2004, pp. 183 y ss.

¹¹ También como ejemplo, *cfr.* Cass, Ronald A., “Intellectual property and human rights”, *Engage*, EUA, The Federalist Society for Law and Public Policy Studies, vol. 7, núm. 1, marzo 2006, p. 91; y Giovanetti, Tom, y Matthews, Merrill, “Intellectual property rights and human rights”, *Ideas*, Texas, Institute for Policy Information, núm. 34, septiembre 2005, p. 2.

evidente necesidad de estudiar conjuntamente el derecho intelectual y las normas constitucionales.

Ahora bien, no basta meramente con analizar en conjunto las normas constitucionales y el derecho intelectual, sino que se requiere hacerlo de una forma ordenada para lograr ciertos resultados, es decir, se requiere seguir un método. No pretendemos aquí proponer un método acabado para tal fin, pues eso nos desviaría del propósito del presente trabajo, sino que nos limitaremos a dar una serie de directrices que consideramos idóneas para hacer lo que llamamos “*análisis constitucional de la propiedad intelectual*”.

Así, el análisis constitucional de la propiedad intelectual busca estudiar el fenómeno jurídico de la propiedad intelectual a partir de la Constitución o en “clave constitucional”; para lo cual, deben atenderse las siguientes directrices básicas:

- *Considerar la Constitución como la norma suprema del país y coordinadora de todo el orden jurídico.* Se debe partir de la idea de Constitución normativa y se debe estimar que la legislación en materia de propiedad intelectual (y la aplicación de esas normas) ha de estar sujeta a los mandatos constitucionales.¹²
- *Considerar la Constitución como la expresión de los valores que deben conseguirse en la sociedad.* Aunque durante mucho tiempo se negó, la Constitución tiene un contenido axiológico.¹³
- *Considerar la protección a los autores como un valor establecido en la Constitución.* En el párrafo noveno del artículo 28 de nuestra Ley Fundamental, el constituyente estableció que los privilegios que se concedan a autores, artistas e inventores no serán considerados monopolios; esto nos demuestra que se estimó a la labor de los autores (tema que ahora nos interesa) como algo valioso y digno de protección por la Constitución.¹⁴ Tal situación trae como consecuencia que la tutela

Un debate sobre las políticas “fuertes” y “débiles” de protección a la propiedad intelectual, puede encontrarse en Becerra Ramírez, Manuel, *La propiedad intelectual en transformación*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 47, 48, 72, 73 y 161, por destacar algunas.

¹² En este sentido, véase, Geiger, Christophe, “Copyright’s fundamental rights dimension at EU level”, en Derclaye, Estelle (coord.), *Research handbook on the future of EU copyright*, Reino Unido, Edward Elgar, 2009, p. 37.

¹³ De hecho, el Pleno de nuestra SCJN, ha reconocido expresamente la existencia de un “contenido axiológico y material de la Constitución Federal”. Sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 93.

¹⁴ Otras disposiciones constitucionales que corroboran esta aseveración, son los artículos 4o. *in fine* y 73 (fr. XXV y XXIX-Ñ) de la Constitución; mientras que en sede de creaciones industriales, tenemos los artículos 73 (fr. XXIX-F) y 89 (fr. XV).

a los autores con motivo de su actividad creativa, como valor constitucional, debe convivir y coexistir con otros valores consagrados en la Constitución).

- *Además de ser considerado como un instrumento de protección a los autores, la propiedad intelectual debe ser considerada un instrumento para la consecución de otros valores constitucionales.* Hay que tener presente que, en muchos casos, la propiedad intelectual ayuda al cumplimiento o satisfacción de otros valores constitucionales, como la educación, la cultura, la generación de riqueza económica, el mejoramiento del nivel de vida de los individuos, creación de empleos, desarrollo tecnológico, etcétera. Aunque también hay que tener presente que políticas de propiedad intelectual mal encausadas pueden ocasionar lo contrario. En muchos aspectos, la llamada propiedad intelectual puede ser un arma de doble filo.
- *Analizar las normas de propiedad intelectual desde la óptica constitucional y, por consiguiente, interpretar las normas de propiedad intelectual desde la Constitución.* Tradicionalmente se ha entendido por “interpretación constitucional” la atribución de sentido a las normas jurídicas contenidas en la Constitución; empero, la noción de “interpretación constitucional” ha cambiado,

...se estudia no ya la interpretación “de” la Constitución sino “desde” la misma, y entonces, la cuestión se traslada al ordenamiento jurídico, más concretamente, se lo visualiza como un orden jerárquico presidido por la Constitución e importa señalar la función que cumple esta última como “criterio hermenéutico fundamental de todo el ordenamiento jurídico”.¹⁵

- *Analizar las normas de propiedad intelectual con base en los instrumentos internacionales sobre derechos humanos y, por ende, interpretar las normas de la propiedad intelectual de conformidad con dichos instrumentos.* Los tratados son fuentes muy importantes en materia de derechos humanos, teniendo, incluso, jerarquía constitucional (según prescribe el artículo 1o. de nuestra carta magna), por lo que los mismos también deben ser tomados como base para analizar y aplicar las normas del derecho intelectual.
- *Debe hacerse el análisis no sólo desde una postura descriptiva, sino también prescriptiva.* El análisis constitucional de la propiedad intelectual no

¹⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación constitucional*, 2a. ed., Buenos Aires, Lexis Nexis, Abeledo-Perrot, 2004, p. 82. La cita textual que hace Vigo, corresponde a Antonio E. Pérez Luño. Cfr. también Enterría, Eduardo, *La Constitución como norma y el tribunal constitucional*, 4a. ed., Madrid, Thomson, Civitas, 2006, pp. 313 y 314.

debe limitarse a meramente describir las características de cierto fenómeno jurídico, sino que además debe proponer las respuestas más viables desde un punto de vista constitucional. Es decir, quien realice análisis constitucional de la propiedad intelectual, no debe ser un mero observador neutral del fenómeno, sino que, además, debe ser crítico y valorativo.

- *Aceptar las soluciones a los problemas de propiedad intelectual que sean más acordes con la Constitución y con los otros instrumentos internacionales de derechos humanos.* Lo que a su vez significa desechar toda solución o propuesta que sea contraria a esas normas. Sólo así se logrará una verdadera eficacia normativa de la Constitución y el respeto de los derechos humanos en las relaciones jurídicas regidas por el derecho intelectual.

Dadas esas directrices metodológicas, entraremos ahora al estudio de los conceptos de derechos humanos de los que echaremos mano en este trabajo, para poder realizar el análisis constitucional del tema propuesto sobre propiedad intelectual.

II. EL NEOCONSTITUCIONALISMO

El punto de partida para nuestro estudio de los derechos humanos es el neoconstitucionalismo o constitucionalismo moderno. Inclusive, se puede decir que este trabajo no es otra cosa más que el estudio de uno de los problemas más actuales de los derechos de autor a través de la óptica o la lente del neoconstitucionalismo.

¿Por qué el neoconstitucionalismo? En primer lugar por tratarse de una corriente teórica de avanzada (aunque es mucho más que eso), que nos proporcionará sólidas herramientas desarrolladas por varios de los pensadores jurídicos más preclaros de finales del siglo XX y principios del XXI. En segundo lugar, porque nos permite analizar las maneras en que las normas constitucionales interactúan con el resto de las normas jurídicas, y sus consecuencias en la decisión judicial, sobre todo a través del entendimiento de las grandes transformaciones de las que ha sido objeto el Estado de derecho. En tercer lugar, el neoconstitucionalismo es el instrumento ideal para encontrar las respuestas más equilibradas ante muchos de los problemas contemporáneos del derecho autoral, en tanto es su vocación buscar este tipo de respuestas frente a los problemas de sociedades complejas y heterogéneas.

Una vez asentado lo anterior, hay que preguntarnos: ¿qué es el neoconstitucionalismo? Antes de contestar de lleno esta pregunta, creemos que la respuesta será más asequible si hacemos una breve referencia a algunos fenómenos jurídicos que se dieron durante el siglo XX, y que nos permitirán entender las principales tesis neoconstitucionalistas.

Nuestro punto de partida es el Estado de derecho decimonónico o *Estado legalista de derecho*. Como es sabido, la ideología liberal configuró un modelo de derecho que serviría para limitar los poderes públicos, y terminar con las concepciones absolutistas del poder. En este contexto, sería la ley (y sólo ella) la que regularía los conductas de los gobernados y, principalmente, de los gobernantes.

Así, nos explica Zagrebelsky que:

...los aspectos del Estado liberal de derecho indicados remiten todos a la primacía de la ley frente a la Administración, la jurisdicción y los ciudadanos. El Estado liberal de derecho era un Estado legislativo que se afirmaba a sí mismo a través del principio de legalidad.

El principio de legalidad, en general, expresa la idea de la ley como acto normativo supremo e irresistible al que, en línea de principio, no es oponible ningún derecho más fuerte, cualquiera que sea su forma y fundamento: ni el poder de excepción del rey y de su administración, en nombre de una superior “razón de Estado”, ni la inaplicación por parte de los jueces o la resistencia de los particulares, en nombre de un derecho más alto (el derecho natural o el derecho tradicional) o de derechos especiales (los privilegios locales o sociales).¹⁶

Se aprecia así el protagonismo que tuvo la ley bajo esta concepción. De hecho, se identificó a la ley con el derecho:¹⁷ si algo no estaba contemplado en ley, no era derecho; es decir, se confundía *lex* con *ius*. El ejemplo clásico de este fenómeno es el Código Civil francés de 1804 (Código Napoleón), el cual fue concebido como un cuerpo completo que regularía todo tipo de relaciones jurídicas entre los ciudadanos.¹⁸

A la luz de esta forma de entender el derecho, el papel de los jueces estaba sumamente limitado. Su función era una aplicación mecánica del derecho creado por el legislador. Al ser la ley un producto supuestamente

¹⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, trad. de Marina Gascón, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2003, p. 24.

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Por tal razón, se ha llegado a afirmar que el código (y no la Constitución) era la verdadera “biblia” del positivismo. *Cfr.* La Torre, Massimo, *Constitutionalism and legal reasoning. A new paradigm for the concept of law*, Países Bajos, Springer, 2007, p. 15.

acabado y sistemático, el juez no tenía otra opción más que limitarse a ser la boca del legislador en los casos concretos. En pocas palabras, como nos refiere Zagrebelsky,¹⁹ los jueces estaban subordinados a la ley.

En el ámbito de la teoría jurídica predominaría el iuspositivismo, en su variante que después sería calificada como “positivismo excluyente”, “paleo-positivismo” o “positivismo acrítico”. En particular, la escuela de la exégesis francesa sería el modelo más fiel de esta visión del derecho.²⁰ Siguiendo a Tamayo y Salmorán, podemos sintetizar las tesis exegéticas como sigue:

- i) El culto del texto de la ley.
- ii) Considerar la “voluntad del legislador” como pauta suprema de interpretación,
- iii) Considerar al “legislador” omnipresente y omnisciente. El más característico es el primero. El derecho positivo se identifica por completo con la ley.²¹

Evidentemente se trata de una visión formalista del derecho, que aunque tuvo su mejor momento en el siglo XIX, todavía no ha sido del todo abandonada en México.

En conclusión, podríamos caracterizar al Estado legalista de derecho con los siguientes rasgos:²²

- a) Imperio de la ley (reglas preestablecidas con base a la ideología iuspositivista clásica);
- b) División de poderes;
- c) Procedencia democrática de la legislación;
- d) Actividad administrativa sujeta al principio de legalidad.

Si bien, en su momento, el Estado legalista de derecho fue un avance nada menor, la historia nos demuestra que este sólo fue un estadio pasajero que habría de dar lugar a una nueva concepción: el *Estado constitucional de derecho*.

Las dos guerras mundiales y sus posguerras, harían evidentes las limitaciones del legalismo (o “fetichismo legislativo”, como le llamó Bobbio):²³

¹⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 16, p. 30.

²⁰ Aunque desde luego, podríamos incluir también al historicismo alemán, al primer Ihering y al propio Kelsen.

²¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Elementos para una teoría general del derecho. Introducción al estudio de la ciencia jurídica*, reimp. de la 2a. ed., México, Themis, 2003, p. 346.

²² Sánchez Gil, Rubén, *Constitucionalización: influencia de las normas fundamentales sobre contenido y validez del derecho ordinario*, México, Porrúa, 2006, p. 6.

²³ Bobbio, Norberto, *El problema del positivismo jurídico*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 8a. reimp., México, Fontamara, 2004, p. 64.

no podían dejarse en manos del legislador los derechos humanos de las personas y los valores esenciales de una sociedad. Una visión formalista del derecho justificaba, sin mayor problema, por ejemplo, los excesos del nacionalsocialismo, los cuales estaban permitidos e, incluso, ordenados por el legislador.²⁴

Resultó claro que el derecho no sólo debía concebirse conforme a parámetros formales, sino también *materiales*;²⁵ asimismo se evidenció que el legislador ya no podía ser omnipotente, antes al contrario, debería estar sujeto a criterios materiales, los cuales se cristalizarían en la Constitución. La ley dejaba de ser la fuente del derecho más importante, pues no sólo fue desplazada por la Constitución, sino que, además, adquirieron relevancia otras fuentes, como las decisiones judiciales.

La respuesta a los grandes y graves problemas de los que tal cambio es consecuencia, y al mismo tiempo causa, está contenida en la fórmula del “Estado constitucional”. La novedad que la misma contiene es capital y afecta a la posición de la ley. La ley, por primera vez en la época moderna, viene sometida a una relación de adecuación, y por lo tanto de subordinación, a un estrato más alto de derecho establecido por la Constitución. ...si de las afirmaciones genéricas se pasa a comparar los caracteres concretos del Estado de derecho decimonónico con los del Estado constitucional actual. Se advierte que, más que de una continuación, se trata de una profunda transformación que incluso afecta necesariamente a la concepción del derecho.²⁶

Desde luego, la noción de dignidad humana y los derechos humanos se convierten en premisas del Estado constitucional de derecho, de manera que ni siquiera las mayorías representadas en asambleas legislativas pueden ir en contra de esas premisas.

²⁴ Véase, La Torre, Massimo, *op. cit.*, nota 18, p. 31.

²⁵ Entre otros, *cf.* De Julios-Campuzano, Alfonso, *La transición paradigmática de la teoría jurídica*, Madrid, Dykinson, 2009, pp. 189 y 190.

²⁶ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 16, p. 34.

Por su parte, Luis M. Cruz entiende que esa transformación del Estado legalista de derecho al estado constitucional de derecho, no implica un quebrantamiento, sino que “puede decirse que con un modelo de Estado constitucional como el descrito se ha llegado a una realización más cabal del Estado de derecho. Si la esencia del Estado es el sometimiento del poder al derecho, entonces cuando existe una Constitución normativa garantizada, la limitación y control del poder alcanza también al poder legislativo”. Cruz, Luis M., *Estudios sobre el neoconstitucionalismo*, México, Porrúa, IMDPC, 2006, p. 54.

Cfr. también Monroy Cabra, Marco Gerardo, “Perspectivas del constitucionalismo moderno”, en Pardo Schlesinger, Cristina, y Parra Dussán, Carlos (coords.), *Teoría constitucional. Liber amicorum en homenaje a Vladimiro Naranjo Mesa*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2006, p. 74.

Una vez hechas esas breves referencias, habrá que decir que el neoconstitucionalismo está ligado a esa transformación en el mundo jurídico que llevó al Estado constitucional de derecho.

Efectivamente, el neoconstitucionalismo (también conocido como “constitucionalismo contemporáneo” o “nuevo constitucionalismo”)²⁷ puede definirse de la siguiente manera:

Con el nombre de neoconstitucionalismo o constitucionalismo contemporáneo se alude tanto a un modelo de organización jurídico política o de Estado de derecho, como al tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo; e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho en los términos que serán descritos de inmediato.²⁸

La expresión “neoconstitucionalismo” fue creada a finales de la década de los 90 (siglo XX) por la escuela genovesa de teoría del derecho (Comanducci, Pozzolo, Barberis, Guastini, etcétera) para identificar algunas de las principales ideas post-positivistas que presentan rasgos en común.²⁹ En la actualidad es un vocablo plenamente aceptado y usado para identificar esta corriente tan exitosa en Europa y en Latinoamérica. De hecho, como bien apunta Miguel Carbonell,³⁰ el neoconstitucionalismo es

²⁷ Ribeiro Moreira, Eduardo, “Neoconstitutionalism and theory of interpretation”, *Problema. Anuario de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 3, 2009, p. 351.

²⁸ Prieto Sanchis, Luis, Voz “Neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 420.

Cfr., también, Atienza, Manuel, “Constitución y argumentación”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Marcial Pons, IMDPC, 2008, t. VI, p. 23; y Cote-Barco, Gustavo Emilio, “Constitucionalización del derecho penal y proporcionalidad de la pena”, *Universitas*, Bogotá, Pontificia Universidad Javeriana, núm. 116, julio-diciembre 2008, pp. 122 y 123.

²⁹ Comanducci, Paolo, “La ideología neoconstitucionalista y la democracia”, en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gomero, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, pp. 33 y 34.

³⁰ Carbonell, Miguel, “Ponencia introductoria a la mesa de derechos fundamentales”, videoconferencia del *Seminario Internacional Nuevas Tendencias del Constitucionalismo en América Latina*, México, 18 de marzo de 2009, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, consultable en la videoteca jurídica virtual, <http://www.juridicas.unam.mx/vjv/activ.htm?e=33&t=4&m=303&p=143&mx=1>.

la construcción teórica que más influencia ha tenido en América Latina en los últimos años.³¹

En este tenor, el jurista italiano, Paolo Comanducci,³² inspirado en la clásica diferenciación de Norberto Bobbio,³³ distingue entre neoconstitucionalismo teórico, ideológico y metodológico.

El *neoconstitucionalismo teórico*, según nos refiere Comanducci, es una teoría del derecho que busca describir los logros de la constitucionalización,³⁴ es decir, este proceso de cambios de los sistemas jurídicos, caracterizado por una Constitución “invasora”, positivización del listado de los derechos humanos, presencia de principios y reglas en la Constitución,³⁵ y por ciertas particularidades en la interpretación y aplicación de normas constitucionales. Por consiguiente, el neoconstitucionalismo es una teoría que representa otra opción respecto al iuspositivismo tradicional, en tanto hoy no parecen sostenibles el estatalismo, el legicentrismo y el formalismo interpretativo

³¹ Aunque su recepción ha sido tardía en el caso de México. *Cfr.* Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, “¿Interpretación neoconstitucional en México?”, en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gómero, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 165.

³² Comanducci, Paolo, “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico” trad. de Miguel Carbonell, en Carbonell, Miguel (coord.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 82 y ss.

³³ Bobbio establece que hay tres modos de entender el positivismo jurídico: como un método (forma de acercarse al estudio del derecho), como una teoría (forma de concebir al derecho) y como una ideología (toma de posición ante ciertos valores). *Cfr.* Bobbio, Norberto, *op. cit.*, nota 23, pp. 39 y ss.

³⁴ La constitucionalización nos es explicada por Sánchez Gil, indicando que se trata de un fenómeno propio del Estado moderno (Estado constitucional) donde hay una especial pretensión de validez para la norma fundamental, lo que nos lleva a una nueva visión en donde la Constitución influye en el sentido de la legislación, las decisiones de los tribunales (incluso ordinarios), las funciones de la administración pública y hasta en la doctrina jurídica. Véase, Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 22, pp. 23-25.

De hecho, este fenómeno del que habla Sánchez Gil ha venido consolidándose, es innegable que el neoconstitucionalismo se ha extendido en Europa con gran éxito. *Cfr.* Cruz, Luis M., *op. cit.*, nota 26, p. 53.

Por su parte, el jurista brasileño, Luís Roberto Barroso, indica que la constitucionalización “está conectada con el efecto expansivo de las normas constitucionales, cuyo contenido material y axiológico se irradia, con fuerza normativa, por todo el sistema jurídico. Los valores, los fines públicos y los comportamientos contemplados en los principios y reglas de la Constitución empiezan a condicionar la validez y el sentido de las normas del derecho infraconstitucional”. Barroso, Luís Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 19 y 20.

³⁵ Sobre la distinción entre principios y reglas (y por consiguiente, entre ponderación y subsunción), véase *infra*, el numeral 1 del presente subcapítulo.

(característicos del positivismo jurídico decimonónico).³⁶ Empero, también se aleja del iusnaturalismo, principalmente, por su énfasis en la racionalidad y el apoyo en la metodología jurídica.³⁷

Prieto Sanchís nos resume el neoconstitucionalismo como teoría del derecho en los siguientes puntos:

...más principios que reglas; más ponderación que subsunción; omnipresencia de la Constitución en todas las áreas jurídicas y en todos los conflictos mínimamente relevantes, en lugar de espacios exentos a favor de la opción legislativa o reglamentaria; omnipotencia judicial en lugar de autonomía del legislador ordinario; y, por último, coexistencia de una constelación plural de valores, a veces tendencialmente contradictorios, en lugar de homogeneidad ideológica en torno a un puñado de principios coherentes entre sí.³⁸

Una de las características que distinguen al neoconstitucionalismo teórico respecto del positivismo jurídico tradicional, es que la interpretación

³⁶ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 32, p. 83.

Por tanto, en el presente siglo, el derecho busca ser, otra vez, una expresión de justicia, pero ahora con parámetros de racionalidad bien definidos. Véase, Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 27, p. 352.

En la misma tónica, el profesor Jaime Cárdenas nos explica que el Estado debe ser, ante todo, un Estado *constitucional*, en el que la Constitución no sólo determina “quién” y “cómo” manda, sino también “qué” puede y no puede mandarse; de manera que la Constitución limita a la ley (y por consiguiente, a las mayorías legislativas y sociales), estableciendo un coto vedado incluso para las mayorías electas democráticamente. Cfr. Cárdenas Gracia, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 119.

³⁷ Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 27, p. 352.

De ahí que Barroso nos hable de un “post-positivismo”, que toma en cuenta la superación histórica del iusnaturalismo y el fracaso político del positivismo. Cfr. Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 34, pp. 4 y 5.

En el mismo sentido, véase De Carvalho, Kildare Gonçalves, *Direito constitucional*, Brasil, 14a. ed., Del Rey, 2008, p. 239.

³⁸ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 28, p. 422.

En términos muy similares, Susanna Pozzolo sintetiza el pensamiento neoconstitucionalista en las siguientes máximas: 1) principios versus reglas, 2) ponderación versus subsunción, 3) Constitución versus independencia del legislador, y 4) jueces versus libertad del legislador. Cfr. Pozzolo, Susanna, “Neoconstitucionalismo y especificidad de la interpretación constitucional”, trad. de Josep M. Vilajosana, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 21, vol. II, Universidad de Alicante, 1998, pp. 340-342.

Asimismo, cfr. Gil Rendón, Raymundo, “Estado constitucional de derecho y los derechos humanos”, *Nuestra democracia. Actualidad y opiniones sobre controversias constitucionales*, México, Instituto Nacional de Controversias y Acciones de Inconstitucionalidad, año 2, núm. 12, marzo 2007, p. 17; De Carvalho, Kildare Gonçalves, *op. cit.*, nota 37, p. 239; y Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 26, p. 74.

constitucional reviste ciertos rasgos diferenciadores respecto de la interpretación de la ley.³⁹ Además, dentro de la teoría neoconstitucionalista existen dos tendencias de pensamiento: una que entiende que tal teoría no es otra cosa más que una continuación del iuspositivismo, con el mismo método pero con un objeto parcialmente modificado, mientras que la otra corriente estima que es necesario un cambio radical en la metodología, dadas las transformaciones del objeto de investigación.⁴⁰

Por su parte, el *neoconstitucionalismo ideológico* pone en primer término el propósito de garantizar los derechos fundamentales o humanos, y en segundo plano la limitación organización del poder estatal (que era lo primordial en el constitucionalismo de los siglos XVIII y XIX).⁴¹ Así las cosas, el neoconstitucionalismo ideológico toma partido, y no se limita a describir los logros del proceso de constitucionalización, sino que los valora positivamente y aboga por su defensa y ampliación. De igual forma, enfatiza la importancia de los medios institucionales de defensa de los derechos humanos, destacando la exigencia al legislativo y al judicial de realizar actividades para concretar y garantizar los derechos fundamentales.⁴²

Por último, el *neoconstitucionalismo metodológico* establece que los principios constitucionales son un puente entre la moral y el derecho.⁴³ De esta manera, se rompe con una de las ideas destacadas del positivismo jurídico: diferenciar el derecho como es, del derecho como debería ser, lo que se traduciría en una ciencia del derecho descriptiva pero no prescriptiva.⁴⁴ El neoconsti-

³⁹ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 32, p. 84.

Sobre este punto, *cfr.* también Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, 5a. ed., México, 2004, p. 209; Sánchez Gil, Rubén, *Los principios de la interpretación constitucional y su aplicación por la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, UNAM, Facultad de Derecho, División de Estudios de Posgrado, 2008, pp. 65-68; Barroso, Luis Roberto, *op. cit.* nota 34, p. 11; y De Carvalho, Kildare Gonçalves, *op. cit.*, nota 37, p. 240.

⁴⁰ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 32, p. 83.

⁴¹ Estamos de acuerdo con García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, cuando afirman que la protección de los derechos humanos es la parte esencial y columna vertebral de una Constitución, quedado subordinada la organización del Estado a esa cuestión. *Cfr.* García Ramírez, Sergio, y Morales Sánchez, Julieta, *La reforma constitucional sobre derechos humanos (2009-2011)*, México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 35.

⁴² *Ibidem*, pp. 85 y 86.

En concordancia con lo anterior, Ribeiro nos refiere que el neoconstitucionalismo no sólo es una teoría del derecho, sino también una propuesta de teoría política y de filosofía del derecho. *Cfr.* Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 27, p. 356.

⁴³ Comanducci, Paolo, *op. cit.*, nota 32, pp. 87 y 93.

⁴⁴ Sobre esta visión del positivismo tradicional *cfr.*, por ejemplo, Kelsen, Hans, *Teoría pura del derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, 14a. ed., México, Porrúa, 2005, pp. 117-122.

tucionalismo reconoce que el ordenamiento jurídico debe estar cimentado en un mínimo de valores, los cuales quedan plasmados en la Constitución. Puede decirse que el neoconstitucionalismo es beneficiario del debate Hart-Dworkin.

En otro orden de ideas, hay que puntualizar algo que nos parece de especial relevancia para los efectos del presente trabajo: la importante (y protagónica) función del juez en el Estado constitucional de derecho.

En esta concepción, el legislador debe resignarse a ver sus leyes tratadas como partes del derecho, y no como la totalidad del derecho, pues los jueces han de contribuir a la formación del ordenamiento jurídico.⁴⁵ Incluso, la labor del juez va mucho más allá, pues a este se le encarga un continuo adecuamiento de la legislación a las prescripciones constitucionales.⁴⁶ Por lo tanto, como bien explica Cárdenas Gracia, el juez destierra su papel subordinado y mecánico frente al derecho, recobrando su papel de juzgador, convirtiéndose en uno de los principales promotores del Estado constitucional.⁴⁷

Desde luego, este protagonismo del juez no llega (o no debiera llegar) a los niveles de supremacía que tuvo el legislador decimonónico.

Hoy, ciertamente, los jueces tienen una gran responsabilidad en la vida del derecho desconocida en los ordenamientos del Estado de derecho legislativo. Pero los jueces no son los señores del derecho en el mismo sentido que lo era el legislador en el pasado siglo. Son más exactamente los garantes de la complejidad estructural del derecho en el Estado constitucional, es decir, los garantes

⁴⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 16, p. 153.

En este sentido, el jurista argentino, Rodolfo Luis Vigo, señala que en nuestros días existe un protagonismo notable del juez en las sociedades adscritas al modelo jurídico continental, advirtiendo como fenómeno constante la judicialización de los más variados conflictos. *Cfr.* Vigo, Rodolfo L., *Interpretación jurídica (del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Santa Fe, Rubinzal-Culzoni, 1999, p. 42.

En igual sentido, Prieto Sanchís indica que el neoconstitucionalismo implica una apertura al judicialismo. Véase Prieto Sanchís, Luis, *Derechos fundamentales, neoconstitucionalismo y ponderación judicial*, Lima, 1a. reimp., Palestra, 2007, p. 155.

De la misma manera, nos refiere Fernando Silva García que, en América Latina, se aprecia una tendencia al fortalecimiento del papel que juega la rama judicial en la arquitectura constitucional. *Cfr.* Silva García, Fernando, *Derechos humanos. Efectos de las sentencias internacionales*, México, Porrúa, 2007, p. 13.

⁴⁶ Pozzolo, Susanna, *op. cit.*, nota 38, p. 341.

⁴⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 121.

Por su parte, el jurista italiano, Giancarlo Rolla, advierte que “la idea histórica del juez en tanto que ‘boca de la ley’, y la concepción del intérprete como mero ejecutor de la voluntad del legislador, tienen mal encaje en la realidad actual”. Rolla, Giancarlo, *Garantía de los derechos fundamentales y justicia constitucional*, México, Porrúa, IMDPC, 2006, p. 81.

de la necesaria y dúctil coexistencia entre ley, derechos y justicia. Es más, podríamos afirmar como conclusión que entre Estado constitucional y cualquier “señor del derecho” hay una radical incompatibilidad. El derecho no es objeto de propiedad de uno, sino que debe ser objeto de cuidado de todos.⁴⁸

Esta caracterización del papel del juez nos servirá para fundamentar una de las principales tesis de la presente investigación, pues así como en el Estado constitucional de derecho se dejó a un lado la figura del legislador omnipresente y se dio especial relevancia a la actividad jurisdiccional, en materia de las restricciones a los derechos de autor no puede pretenderse todavía que sea el legislador el único que determine los casos (concretos) y las condiciones en que se restringirá un derecho de estos, sino que la actividad de los jueces va adquiriendo mayor relevancia en la (re)configuración de las restricciones a los derechos de autor.

El paso de una teoría cerrada a una más abierta (teoría mixta) en materia de restricciones a los derechos de explotación, es tan necesario como lo fue el paso del Estado legalista al Estado constitucional de derecho.

Como corolario al presente apartado, cabe señalar que, de acuerdo con Miguel Carbonell, lo novedoso del neoconstitucionalismo radica en la combinación, de por lo menos, los siguientes tres elementos:⁴⁹

- Textos constitucionales que no se limitan a establecer competencias y separar a los poderes públicos, sino que contienen normas materiales o sustantivas que condicionan la actuación del Estado a ciertos fines y objetivos;
- Nuevas prácticas jurisprudenciales en las que los jueces tienen que acudir a nuevos esquemas de interpretación y aplicación del derecho e, incluso, trabajar con valores; y
- Nuevos desarrollos teóricos que buscan influir en el fenómeno constitucional y en la práctica judicial, destacándose planteamientos como los de Dworkin, Alexy, Ferrajoli, Zagrebelsky, Prieto Sanchis o Nino.

Una vez explicado el neoconstitucionalismo como marco referencial de la presente investigación, a continuación iniciaremos el estudio de la institución de los derechos humanos, iniciando con algunas reflexiones sobre su definición.

⁴⁸ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 16, p. 153.

⁴⁹ Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 9-12.

III. APROXIMACIONES A LA NOCIÓN DE “DERECHOS HUMANOS”

Corresponde ahora aproximarnos al concepto de “derechos humanos” o “derechos fundamentales”, lo cual no es algo sencillo, pues como ha advertido la doctrina,⁵⁰ es una de las nociones más controvertidas en la actualidad, la cual ha sido objeto de multiplicidad de definiciones surgidas desde diferentes perspectivas.

Pese a lo anterior, y para los efectos de la presente investigación, nos acercaremos a ese concepto a través de dos de las plumas más importantes del pensamiento jurídico contemporáneo: Luigi Ferrajoli y Robert Alexy. Del primero destaca su visión “garantista”, sus interesantes desarrollos teóricos y sus distinción entre los derechos fundamentales y los derechos a los que llama “patrimoniales”; del segundo, su claridad de pensamiento, su depurada (y frecuentemente exhaustiva) técnica de análisis del fenómeno constitucional y su “teoría de los principios” (la cual será básica para sustentar las tesis de la presente investigación). Previamente haremos algunas acotaciones de carácter terminológico.

1. Terminología

No hay una terminología unánime para identificar a los derechos que ahora nos ocupan: derechos humanos, derechos fundamentales, garantías constitucionales, derechos del hombre, libertades públicas, etcétera. Mientras muchos utilizan indistintamente expresiones como los anteriores, otros los usan para referirse a diversas cuestiones.

Por ejemplo, siguiendo una postura muy usual, Miguel Carbonell distingue entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales” reconociendo en los primeros una categoría más amplia⁵¹ y señalando que “todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados”,⁵² es

⁵⁰ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales. El principio de proporcionalidad como criterio para delimitar el contenido de los derechos fundamentales vinculante para el legislador*, 2a. ed., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2005, p. 77.

De igual forma, Clara Luz Álvarez nos indica que no hay una definición exacta, pues no hay uniformidad en las posturas doctrinales. Cfr. Álvarez, Clara Luz, *Internet y derechos fundamentales*, México, Porrúa, UP, 2011, p. 125.

⁵¹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, reimp. de la 1a. ed., Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, CNDH, 2005, p. 8.

⁵² *Ibidem*, p. 9.

En términos similares, Alexy habla de una relación de implicación necesaria entre “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, de forma que, a decir de este jurista alemán, los “derechos fundamentales son en su esencia derechos humanos transformados en derecho

decir, cuando los derechos humanos se positivizan, se les llama derechos fundamentales.

En el mismo sentido, explica Jorge Carpizo:

...los derechos fundamentales, en el criterio de diversos autores, son aquellos que están recogidos en el texto constitucional y en los tratados internacionales, son los derechos humanos constitucionalizados; que su propia denominación indica la prioridad axiológica y su esencialidad en relación con la persona humana; que son los derechos humanos que se plasman en derecho positivo vigente, son las normas que protegen cualquier aspecto fundamental que afecte el desarrollo integral de la persona en una comunidad de hombres libres y en caso de infracción existe la posibilidad de poner en marcha el aparato coactivo del Estado... En consecuencia, la relación entre derechos humanos y derechos fundamentales sería que los primeros implican un mayor matiz filosófico, guardan una connotación prescriptiva y deontológica, y aún no han sido objeto de recepción en el derecho positivo, mientras que los derechos fundamentales son los derechos y libertades reconocidos y garantizados por el derecho positivo de los Estados.⁵³

De hecho, es muy común la postura que considera a los derechos humanos como derechos morales,⁵⁴ que pueden (y deben) ser positivados.⁵⁵ Estas ideas son expuestas con claridad por Óscar Correas:

constitucional positivo”. Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales”, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, Bogotá, trad. de Carlos Bernal Pulido, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 26.

⁵³ Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 25, julio-diciembre 2011, p. 14.

⁵⁴ En este contexto, por “derechos morales” debemos entender “derechos no jurídicos”, y no como cierto tipo de derechos de autor, que es el contexto en el que se usa en el capítulo segundo de esta investigación y que tiene una amplia acogida en la doctrina, legislación y jurisprudencia autoral. Con relación a la primera acepción, Cruz Parceró explica que “los derechos morales son un tipo de razones morales de especial peso que faculta a un sujeto a exigir, demandar, hacer o disfrutar algo”. Cruz Parceró, Juan A., “Derechos morales: concepto y relevancia”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, ITAM, núm. 15, octubre 2001, p. 61.

⁵⁵ Nino explica que mucha de la resistencia a admitir los derechos morales es de carácter lexicográfica, en tanto se alega que hablar de derechos jurídicos pareciera redundante, mientras que hablar de derechos morales es, por lo menos, paradójico; opinando el citado autor que no hay que hacer de la cuestión verbal un problema filosófico, por lo que debería estipularse una expresión en español que se refiera a estas cuestiones, ya sea derechos morales o títulos, exigencias, demandas, facultades, permisos morales o cualquier otro. *Cfr.* Nino, Carlos S., “Sobre los derechos morales”, *Doxa. Cuadernos de filosofía del derecho*, Alicante, núm. 7, Universidad de Alicante, 1990, pp. 311-313.

Para algunos, los DH son derechos “morales”; para otros, si bien no usan esta expresión, los DH son anteriores al derecho positivo; todos parecen aceptar que los DH pueden ser vistos como *razones* que, provenientes de la ética, constituyen, en tanto tales, compulsiones para la producción de normas positivas, incluyendo entre éstas a las resoluciones estatales, y, por tanto, también en este caso los DH están “antes” que el derecho positivo.⁵⁶

Inclusive, esta postura parece ser la tomada por el órgano reformador de la Constitución mexicana en 2011, cuando entró en vigor la modificación al texto del artículo 1o. de dicho ordenamiento, mismo que ahora establece que los derechos humanos están “reconocidos” en la Constitución, cuando antes eran otorgados por esta. Empero, como veremos más adelante, nuestra Constitución sigue utilizando la expresión “derechos humanos” para tales derechos, incluso después de haber sido reconocidos o positivados por el Estado.

Por su parte, haciendo una clasificación diferente, Peter Häberle considera que los “derechos fundamentales” (*Grund-Rechte*) son un género que tiene dos especies: los “derechos humanos” (*Menschen-Rechte*) y los “derechos ciudadanos” (*Bürger-Rechte*),⁵⁷ estimando que los “derechos humanos” son aquellos previstos en normas internacionales (en tanto son derechos de todo ser humano de todas las naciones), mientras que los “derechos ciudadanos” serían de carácter nacional.⁵⁸ En cambio, para Ferrajoli los “derechos hu-

Por su parte, Cruz Parceró da cuenta que el positivismo jurídico ha reclamado desde el siglo XIX la exclusividad del concepto de “derecho subjetivo”, de manera que sólo serían “derechos” los positivos, y en otros casos lo que podría haber son “simples valores”. *Cfr.* Cruz Parceró, Juan A., *op. cit.*, nota 54, p. 56.

⁵⁶ Correa, Óscar, *Acerca de los derechos humanos. Apuntes para un ensayo*, México, Ediciones Coyoacán, CIICH-UNAM, 2003, p. 127.

En este tenor, también encontramos a Luis M. Cruz, quien dice que los derechos fundamentales son la traslación a la Constitución de ciertas exigencias éticas o derechos morales. *Cfr.* Cruz, Luis M., *op. cit.*, nota 26, p. 55.

Asimismo, comparte estas ideas el jurista alemán, Martín Borowski, quien afirma que los derechos humanos son derechos morales, por lo que su validez surge únicamente en razón de su corrección material, de manera que su positivación, institucionalización o efectividad social no juegan ningún papel como criterio de validez. Así, lo característico de los derechos humanos es su fundamentalidad, es decir, que protegen y satisfacen intereses y necesidades fundamentales. *Cfr.* Borowski, Martín, *La estructura de los derechos fundamentales*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 30 y 31.

⁵⁷ Häberle, Peter, *Europäische Rechtskultur*, Frankfurt del Meno, Suhrkamp, 1997, pp. 291 y 299.

⁵⁸ *Idem.*

Cfr. también Häberle, Peter, *El Estado constitucional*, trad. de Héctor Fix-Fierro, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp. 182 y 183.

manos” son una clase muy específica de “derechos fundamentales”: aquellos que son primarios de las personas y conciernen indistintamente a todos los seres humanos, como serían el derecho a la vida o la libertad personal,⁵⁹ pero de cualquier manera previstos en una norma jurídica positiva.⁶⁰

Mientras que Gregorio Peces-Barba prefiere hablar de “derechos fundamentales” que de “derechos humanos”, pues estima que esta última expresión es más ambigua, en tanto que la primera abarca las dos dimensiones en que aparecen estos derechos, sin incurrir en reduccionismos iusnaturalistas o iuspositivistas.⁶¹

Por lo que hace a la expresión “garantías constitucionales”, Fix-Zamudio y Valencia Carmona explican que ella fue utilizada como sinónimo de “derechos humanos” en varias constituciones latinoamericanas, en las que anteriormente había prevalecido la primera expresión, aunque ahora se ha introducido en esos ordenamientos una terminología más moderna,⁶² razón por la cual el maestro Fix-Zamudio considera anacrónica la expresión “garantías individuales y sociales”.⁶³ También Villaseñor explica esa connota-

⁵⁹ Los otros tipos de derechos fundamentales, según este autor, serían los “derechos públicos” (derechos primarios reconocidos sólo a ciudadanos, como el derecho de residencia o el de reunión), los “derechos civiles” (derechos secundarios adscritos a todas las personas capaces de obrar, como la libertad contractual o el derecho de accionar en juicio), y los “derechos políticos” (derechos secundarios de los ciudadanos con capacidad de obrar, como el derecho al voto o el de acceso a cargos públicos). *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, trad. de Andrea Greppi y Perfecto Andrés Ibáñez, 3a. ed., Madrid, Trotta, 2002, p. 40.

Más adelante en el presente capítulo ahondamos en el pensamiento de Ferrajoli.

⁶⁰ *Ibidem*, p. 37.

⁶¹ Peces-Barba Martínez, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales. Teoría general*, Madrid, Universidad Carlos III de Madrid, Boletín Oficial del Estado, 1999, p. 37.

⁶² Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, 4a. ed., México, Porrúa UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 204.

En otro estudio, Fix-Zamudio explica que este concepto tradicional que identifica las garantías constitucionales con los derechos humanos, tiene su origen en la revolución francesa, en tanto se pensaba que “era suficiente inscribir en un texto constitucional aquellos derechos del hombre que consideraban esenciales para el respeto de la dignidad humana, para que los mismos fuesen conocidos y respetados por las autoridades”, lo cual resultó no ser cierto a la postre, en tanto la mera positivización no fue, por sí misma, suficiente. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor, “Introducción al estudio de la defensa de la constitución”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, nueva serie, año 1, núm. 1, enero-abril 1968, p. 105.

⁶³ Fix-Zamudio, Héctor, *Ensayos sobre el derecho de amparo*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1999, p. 620.

En este sentido, Carbonell explica que la Constitución mexicana conservó una nomenclatura que tuvo sus mejores momentos hace cerca de dos siglos. *Cfr.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 30.

De igual forma, Corcuera Cabezut advierte que el vocablo “garantía” no es sinónimo de “derecho”, por lo que el primer capítulo de nuestra Constitución debería llamarse “De

ción de la expresión “garantías individuales” en el caso de la Constitución mexicana (claro está, antes de la reforma de 2011).

Una definición clásica en nuestra doctrina es la de Ignacio Burgoa Orihuela, quien conceptúa a las garantías individuales como las relaciones jurídicas de supra a subordinación que se establecen entre el gobernado (sujeto activo), por un lado, y cualquier autoridad y el Estado (sujetos pasivos), por el otro; relación de la que surge un derecho público subjetivo a favor del gobernado y un deber para el Estado y sus autoridades consistente en respetar ese derecho del gobernado (objeto), previsto y regulado por la Ley Fundamental (fuente).⁶⁴ Incluso en la actualidad, y a pesar del texto constitucional vigente, no falta en nuestro medio jurídico quien haga una apasionada apología del vetusto y confuso término “garantías individuales” (o sus derivados: “garantías del gobernado” o “garantías constitucionales”), como sucede con el profesor Alberto del Castillo del Valle.⁶⁵

La terminología de nuestra Constitución Política no es, ni ha sido, uniforme. Tradicionalmente había predominado el término “garantías individuales”, utilizado en el texto originario de 1917. Sin embargo, el 10 de junio de 2011 se publicó en el *DOF* una reforma constitucional en donde se sustituye la expresión “garantías individuales” por “derechos humanos” en diversas partes de nuestra ley suprema, destacadamente en su artículo 1o. y en la nomenclatura del capítulo I de su título primero.

Empero, la terminología de nuestra Constitución sigue sin ser uniforme, pues continúa empleando indistintamente expresiones como “derechos fundamentales” (cuarto párrafo del artículo 18) o “garantías” —en alusión al tipo de derechos que ahora nos interesa—⁶⁶ (artículos 2o., apartado A, fr.

los derechos fundamentales”. *Cfr.* Corcuera Cabezut, Santiago, *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*, 2a. reimp. de la 1a. ed., México, Oxford University Press, 2006, pp. 38 y 39.

⁶⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Las garantías individuales*, 32a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 187.

Cabe destacar que esta definición es algo redundante, en tanto estima a la garantía individual como una relación (que entendemos como un derecho subjetivo) de la que surge un derecho público subjetivo (otro derecho subjetivo); de hecho, afirma este autor que las garantías individuales serían la consagración jurídico-positiva de los derechos del hombre.

⁶⁵ Del Castillo del Valle, Alberto, *Derechos humanos, garantías y amparo*, 2a. ed., México, Ediciones Jurídicas Alma, 2011, p. 97.

⁶⁶ A partir de la reforma de 2011, la expresión “garantías” se refiere, más bien, a su significado técnico-constitucional, es decir, como mecanismo o medio procesal contra una transgresión a la Constitución (como por ejemplo, el juicio de amparo).

Sobre esta acepción, señala con acierto Villaseñor: “En sentido moderno, una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales”. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *Pro-*

II; y 107, fr. XII). Aunque, desde luego, la expresión que predomina en el texto constitucional es “derechos humanos”.

En esta investigación utilizaremos preferentemente la expresión “derechos humanos” por ser la usada en el texto de nuestra Constitución⁶⁷ y en los tratados en la materia, y por ende, utilizaremos el término “derechos humanos” tanto para referirnos a los que se desprenden de las normas jurídicas nacionales como de las internacionales.

Asimismo, usaremos como sinónimos las expresiones “derechos humanos” y “derechos fundamentales”, dado que nuestra Constitución los utiliza indistintamente, al grado de que a los derechos humanos reconocidos formalmente, les sigue llamado “derechos humanos” y no “derechos fundamentales”. Si bien es viable hacer una argumentación jurídica plausible a favor de la mayor corrección del término “derechos fundamentales”,⁶⁸ no es nuestro propósito en este trabajo ahondar en las discusiones terminológicas, por lo que, como apuntamos, utilizaremos las expresiones “derechos fundamentales” y “derechos humanos” como sinónimos, aludiendo siempre a derechos positivados.

Una vez hechas esas aclaraciones, pasemos a ver dos de las más destacadas concepciones de los derechos humanos o fundamentales en la doctrina actual.

2. Concepción de Luigi Ferrajoli

La primera concepción de derechos humanos o fundamentales que estudiaremos es la de Ferrajoli. Dicho catedrático elabora una definición de carácter teórico y no dogmático, en tanto no se refiere a las normas per-

porcionalidad y límites a los derechos fundamentales, México, Porrúa, ELD, Universidad Complutense, 2011, p. 171.

En el mismo sentido, *cf.* Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, pp. 80 y ss.; Corcuera Cabezut, Santiago, *op. cit.*, nota 63, pp. 31 y ss.; Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 62, p. 92.

En contra, Del Castillo del Valle, Alberto, *op. cit.*, nota 65, pp. 104 y 105.

⁶⁷ “En la actualidad, en el derecho constitucional mexicano la única acepción correcta es la de derechos humanos, corriente a la que más países se adhieren conforme transcurre el tiempo”. Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 53, p. 17.

⁶⁸ “Aunque la reforma utiliza la denominación ‘derechos humanos’ para designar a los derechos de rango constitucional establecidos o reconocidos por la Constitución mexicana, me parece que a nivel teórico sigue teniendo sentido utilizar la mucho más moderna e incluso apropiada denominación ‘derechos fundamentales’”. Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del Estado en el artículo 1o. de la Constitución mexicana”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 63.

tenecientes a un ordenamiento concreto (como podría ser la Constitución italiana o la francesa); de ahí una de sus principales ventajas: el poder ser fácilmente utilizable para cualquier sistema jurídico.

Luigi Ferrajoli nos dice que

...son “derechos fundamentales” todos aquellos derechos subjetivos que corresponden universalmente a “todos” los seres humanos en cuanto dotados del *status* de personas, de ciudadanos o personas con capacidad de obrar; entendiendo por “derecho subjetivo” cualquier expectativa positiva (de prestaciones) o negativa (de no sufrir lesiones) adscrita a un sujeto por una norma jurídica; y por “*status*” la condición de un sujeto, prevista asimismo por una norma jurídica positiva, como presupuesto de su idoneidad para ser titular de situaciones jurídicas y/o autor de los actos que son ejercicio de éstas.⁶⁹

Un primer elemento destacable de esta definición es la imputación *universal* de los derechos fundamentales. Ferrajoli entiende la expresión “universal” en un sentido que él llama “lógico y avalorativo” de la cuantificación de los titulares de esos derechos, de manera que si tales derechos fueran alienables, serían “virtualmente no universales” (de aquí se desprende que, en la teoría ferrajoliana, la “universalidad” estaría vinculada con la “indisponibilidad”); e incluso señala que si se estableciera como universal un derecho fútil, como el de ser saludado al caminar por la calle, ese sería un “derecho fundamental”.⁷⁰

Riccardo Guastini explica claramente la imputación universal de los derechos fundamentales en la teoría de Ferrajoli de la siguiente manera: “un derecho es fundamental si se confiere a ‘todos’. Si, en resumen, la norma que lo confiere está formulada mediante el cuantificador universal (‘todos’)”.⁷¹

Un segundo elemento relevante de la definición citada, son las condicionantes para ser titular de los diversos derechos fundamentales, es decir, la calidad de “persona” y/o de “ciudadano” y/o “capaz de obrar” (el *status*).

⁶⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, p. 37.

Como se observa, el autor en comento se decanta por una postura positivista: “con la asimilación de los derechos fundamentales a la categoría de los derechos subjetivos, Ferrajoli toma partido —en la secular diatriba entre las visiones iusnaturalistas y iuspositivistas— por la concepción iuspositivista, la cual reconduce los derechos subjetivos a normas del derecho objetivo”. Rentería Díaz, Adrián, “Derechos fundamentales, constitucionalismo y iuspositivismo en Luigi Ferrajoli”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 121.

⁷⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, p. 38.

⁷¹ Guastini, Riccardo, “Tres problemas para Luigi Ferrajoli”, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 59.

Explica Ferrajoli que los presupuestos para ser titular de derechos fundamentales se han ido eliminando históricamente, pues en otras épocas existían requisitos en cuanto al sexo, nacimiento, censo, instrucción o nacionalidad, aunque en la actualidad todavía persisten los criterios de ciudadanía y capacidad de obrar, como las únicas diferencias de *status* que delimitan la igualdad de los seres humanos.⁷²

Con base en esos *status*, Ferrajoli hace dos grandes clasificaciones de los derechos fundamentales: la primera distingue entre derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía, mientras que la segunda clasificación divide a los derechos fundamentales entre derechos primarios y derechos secundarios.⁷³ Veamos en qué consisten esas clasificaciones.

- a) *Derechos de la personalidad y derechos de ciudadanía*. Los primeros corresponden a todos los seres humanos, mientras que los segundos únicamente corresponden a aquellos que tienen el estatus de ciudadanos.⁷⁴
- b) *Derechos primarios y derechos secundarios*. Los primarios (sustanciales) pertenecen a todos, en tanto los secundarios (instrumentales o de autonomía) corresponden sólo a las personas con capacidad de obrar.⁷⁵

Cruzando esas clasificaciones, Ferrajoli obtiene cuatro tipos de derechos fundamentales, a saber:⁷⁶

- aa) *Derechos humanos*. Son derechos primarios de las personas y conciernen en forma indistinta a todos los seres humanos, como sería el caso del derecho a la vida, la libertad personal, el derecho a la salud, el derecho a la educación, las garantías penales y procesales, etcétera.
- bb) *Derechos públicos*. Derechos primarios concedidos únicamente a los ciudadanos. Por ejemplo: derecho de circulación en el territorio nacional, derecho de asociación, derecho al trabajo, etcétera.
- cc) *Derechos civiles*. Derechos secundarios que tienen todas las personas capaces de obrar, como sería el caso de la libertad contractual, la libertad de empresa, el derecho de accionar en juicio, etcétera.
- dd) *Derechos políticos*. Son derechos secundarios que se reservan sólo a los ciudadanos con capacidad de obrar, como por ejemplo, el derecho al voto, el derecho de acceder a los cargos públicos, etcétera.

⁷² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, pp. 38 y 39.

⁷³ *Ibidem*, p. 40.

⁷⁴ *Idem*.

⁷⁵ *Idem*.

⁷⁶ *Idem*.

El propio Ferrajoli esquematiza su tipología de la siguiente manera:⁷⁷

D. fundamentales	D. de la persona	D. del ciudadano
D. primarios	D. humanos	D. públicos
D. secundarios	D. civiles	D. políticos

Ahora bien, muchos podrán pensar que la definición de derechos fundamentales proporcionada por Ferrajoli no da muchas luces para poder ubicar o distinguir a estos derechos. Empero, nuestro autor explica que su definición se refiere a un concepto *teórico*, por lo cual no puede decir nada en cuanto al contenido de los derechos fundamentales, sino que sólo puede identificar la forma o estructura lógica de dichos derechos, es decir, tal definición nos dice “qué son” los derechos fundamentales, pero no “cuáles son”.⁷⁸

En cambio, la respuesta a la pregunta “¿cuáles son los derechos fundamentales?” no la proporciona la teoría del derecho, sino el derecho positivo, esto es, la *dogmática constitucional o internacional*. De tal forma que son derechos fundamentales en Italia o Alemania (por ejemplo), los derechos universales e indisponibles establecidos en el derecho positivo italiano o alemán; mientras que son derechos fundamentales en el ordenamiento internacional, los derechos universales e indisponibles establecidos en la DUDH de 1948, los pactos internacionales de 1966 y en los demás tratados sobre derechos humanos.⁷⁹ Esto nos será de utilidad al momento de referirnos a los derechos fundamentales o humanos en México y, especialmente, al momento de resolver la pregunta relativa a si los derechos de autor son o no derechos humanos.⁸⁰

Por último, Ferrajoli indica que le corresponde a la *filosofía política* responder la pregunta “¿cuáles derechos deben ser garantizados como fundamentales?”.⁸¹ Para tener una visión, así sea panorámica del pensamiento de autor que ahora se estudia, sintetizaremos la respuesta que formula a esta tercera pregunta.

⁷⁷ Ferrajoli, Luigi, “Los fundamentos de los derechos fundamentales”, en VV.AA., *Los fundamentos de los derechos fundamentales*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2005, p. 294.

⁷⁸ Ferrajoli, Luigi, “Sobre los derechos fundamentales”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, trad. de Miguel Carbonell, México, núm. 15, julio-diciembre 2006, p. 117.

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ Este problema lo abordamos en el capítulo tercero de la presente investigación.

⁸¹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 78, p. 117.

En otro trabajo, Ferrajoli formula una cuarta pregunta (múltiple): “¿qué derechos, por qué razones, a través de qué procedimientos y con qué grado de efectividad son, de hecho, garantizados como fundamentales?”, cuya respuesta corresponde, por un lado, a la sociología del derecho y, por otro lado, a la historiografía jurídica. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 77, p. 291.

Para responder tal cuestión, Ferrajoli identifica diversos criterios axiológicos que se refieren al valor del ser humano asumido como fin y nunca como un medio, y que sirven, por un lado, para inclinarse a favor de los valores de las personas —vida, dignidad, libertad, supervivencia las opciones ético-políticas—, y por otro lado, son sugeridos por la experiencia histórica, estatal e internacional, del constitucionalismo democrático.⁸² En este sentido, el citado jurista italiano destaca los siguientes criterios axiológicos que fundamentarían a los derechos fundamentales:⁸³

- Deben estar garantizados como derechos fundamentales aquellos cuya garantía es condición indispensable para la paz. Este criterio lo deriva nuestro autor del nexo entre derechos humanos y paz que establece el preámbulo de la DUDH;
- El segundo criterio es el nexo entre derechos fundamentales e igualdad. Esta igualdad debe ser en los derechos de libertad (que garantizan igual valor a las diferencias personales) y también en los derechos sociales (que garantizan la reducción de las desigualdades económicas y sociales);⁸⁴
- Por último, tenemos el papel de los derechos fundamentales como “leyes del más débil”, en tanto alternativa a las leyes del más fuerte que imperarían ante su ausencia.⁸⁵ Así, el derecho a la vida es una

⁸² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 77, p. 315.

⁸³ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 78, pp. 117 y 118.

⁸⁴ En relación con este criterio, Ferrajoli desarrolla su idea de vinculación entre derechos fundamentales y democracia substancial (*Ibidem*, pp. 126 y 127). Dicha vinculación a veces aparece en los trabajos del jurista citado como un cuarto criterio axiológico (Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 77, p. 316), y no como parte del desarrollo del criterio que consiste en vincular los derechos fundamentales con la igualdad. De acuerdo con este autor, la democracia tiene una dimensión *formal* y una *substancial*; la democracia formal se refiere al “quién” y al “cómo” se toman las decisiones, estando garantizada por normas formales que rigen, precisamente, la forma de tomar decisiones; mientras que la democracia substancial hace referencia a “qué” es lo que se debe decidir y lo que no puede decidirse por cualquier mayoría, y se encuentra garantizada por normas substanciales que regulan la substancia o significado de las decisiones, vinculándolas a los derechos fundamentales, bajo pena de invalidez en caso de contravenir tales derechos. Sobre este punto, *cf.* Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, p. 23.

En este sentido, el criterio axiológico que vincula los derechos fundamentales con la democracia substancial, consiste en sostener que los primeros son límites y vínculos impuestos a la mayoría al momento de tomar decisiones. Para un desarrollo más amplio de esta idea, véase, Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 77, pp. 316 y ss.

⁸⁵ “Siempre estos derechos han sido conquistados como limitaciones de correlativos poderes y en defensa de sujetos más débiles contra la ley del más fuerte —iglesias, soberanos, mayorías, aparatos policíacos o judiciales, empleadores, potestades paternas o maritales— que regía en su ausencia. Y han correspondido, cada vez, a un ‘nunca más’ estipulado contra

ley en contra del que es físicamente más fuerte, los derechos de inmunidad y libertad son una ley contra aquel que es más fuerte políticamente, y los derechos sociales son ley en contra del más fuerte social y económicamente.

Con relación a este tercer criterio hay una idea que queremos resaltar: la pertenencia de los derechos fundamentales a la *esfera de lo indecidible*, es decir, su indisponibilidad incluso ante las mayorías democráticamente electas.⁸⁶

De forma distinta a las cuestiones pertenecientes a lo que he llamado “esfera de lo decidible”, los derechos fundamentales están de hecho sustraídos a la esfera de la decisión política y pertenecen a lo que he llamado la “esfera de lo no decidible (que sí o que no)”. Esta es por tanto su característica específica: tales derechos son establecidos en las constituciones como límites y vínculos a la mayoría justamente porque están siempre —de los derechos de libertad a los derechos sociales— contra las contingentes mayorías. Es más: esta es la forma lógica que asegura su garantía. Siempre que se quiere tutelar un derecho como fundamental se lo sustrae de la política, es decir a los poderes de la mayoría, y por otro lado al mercado, como derecho inviolable, indisponible e inalienable. Ninguna mayoría, ni siquiera por unanimidad, puede decidir su abolición o reducción.⁸⁷⁻⁸⁸

la violencia o la prevaricación generadas por la ausencia, en relación a una y otra, de límites y reglas”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 78, p. 127.

⁸⁶ Esta es una de las características más relevantes del Estado constitucional de derecho, toda vez que nos pone en evidencia la pérdida de omnipotencia del legislador.

⁸⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 78, p. 131.

Ideas similares podemos encontrar en Ronald Dworkin cuando afirma: “Los derechos individuales son triunfos políticos en manos de los individuos. Los individuos tienen derechos cuando, por alguna razón, una meta colectiva no es justificación suficiente para negarles lo que, en cuanto individuos, desean tener o hacer, o cuando no justifica suficientemente que se les imponga alguna pérdida o perjuicio”. Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, trad. de Marta Guastavino, 5a. reimp., Barcelona, Ariel, 2002, p. 37.

Coincide también Robert Alexy, jurista cuyas ideas expondremos con mayor amplitud más adelante, quien indica: “los derechos fundamentales son posiciones tan importantes que su otorgamiento o no otorgamiento no puede quedar en manos de la simple mayoría parlamentaria”. Alexy, Robert, *Teoría de los derechos fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, 3a. reimp., Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2002, p. 432.

Giancarlo Rolla explica que el juicio de constitucionalidad es, en la actualidad, una garantía “en favor de los derechos fundamentales de los individuos contra los abusos del legislador, en beneficio de las minorías y de las oposiciones políticas contra las decisiones arbitrarias de la mayoría parlamentaria y del gobierno”. Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 47, p. 91.

Por su parte, Zagrebelsky señala, respecto al derecho en general, que este implica un conjunto de condiciones en las que se deben mover las actividades privadas y públicas para que

Esto nos será de utilidad en la presente investigación, pues en ella habremos de constatar si el debate actual sobre las restricciones a los derechos de autor (o incluso, en general, la polémica acerca de la llamada propiedad intelectual), está tocando puntos que se encuentran dentro de la esfera de lo no decidible; lo que a su vez nos permitirá medir la validez material de muchas propuestas y políticas en materia autoral a la luz de las exigencias de los derechos humanos.

Ahora bien, ya que vimos qué son los derechos fundamentales para Luigi Ferrajoli, y cuáles son los criterios axiológicos que en el pensamiento de este autor sirven para dar contenido a esos derechos, culminaremos esta síntesis con las cuatro tesis que desprende de su definición de “derechos fundamentales”, y que estima esenciales para una teoría de la democracia constitucional, a saber: *a)* la diferencia estructural de los derechos fundamentales y los derechos patrimoniales, *b)* los derechos fundamentales como fundamento y parámetro de la igualdad y, por consiguiente, de la democracia substancial, *c)* la naturaleza supranacional de buena parte de los derechos fundamentales, y *d)* la relación entre los derechos fundamentales y sus garantías.⁸⁹ Para los efectos de la presente investigación nos serán de utilidad la primera y cuarta tesis, las que expondremos con un poco más de amplitud.

La *primera tesis* es la distinción entre derechos fundamentales y derechos patrimoniales. Como bien explica Ferrajoli, en la Declaración de los

queden salvaguardados intereses materiales no disponibles, siendo un orden objetivo para limitar la inestabilidad de las voluntades, es decir, sería un orden superior tanto a las voluntades en lo individual, como a su expresión a través del principio de mayoría. *Cfr.* Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 16, p. 94.

De hecho, en México, la SCJN ya se ha pronunciado también en ese sentido, al afirmar que “uno de los caracteres esenciales de las garantías individuales se traduce en su capacidad de operar como límite a las decisiones mayoritarias (sea bajo la denominación de interés público o de derechos constitucionales de terceros): las garantías constitucionales son indisponibles —en su núcleo esencial— para todos los poderes públicos, incluido el legislador”. Pleno de la SCJN, sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 93.

⁸⁸ Ferrajoli indica que los derechos fundamentales son las “reglas del estado de derecho”, mismas que establecen qué no se debe o se debe decidir, imponiendo prohibiciones y obligaciones a los poderes del Estado. *Cfr.* Ferrajoli, Luigi, *Derecho y razón. Teoría del garantismo penal*, trad. de Perfecto Andrés Ibáñez, Alfonso Ruiz Miguel, Juan Carlos Bayón Mohino, Juan Terradillos Basoco y Rocío Cantarero Bandrés, 5a. ed., Madrid, Trotta, 2001, p. 858.

A mayor abundamiento, el citado jurista italiano indica que: “Incluso la democracia política más perfecta, representativa o directa, sería un régimen absoluto y totalitario si el poder del pueblo fuese en ella ilimitado”. *Ibidem*, p. 859.

⁸⁹ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, pp. 42 y 43.

Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789 se concibió a la propiedad como un derecho “sagrado e inviolable”, considerado a la par del derecho a la vida y a la libertad, lo cual es un postulado del primer liberalismo. Según el mencionado catedrático, en tal postura hay un equívoco ocasionado por el carácter polisémico de la expresión “derecho de propiedad”, con el que se designa al mismo tiempo el “derecho a ser propietario” y el “concreto derecho de propiedad sobre este o aquel bien”.⁹⁰

En este tenor, el “derecho a ser propietario” sería un derecho fundamental (concretamente, uno de los llamados “derechos civiles” en la doctrina ferrajoliana), mientras que el “concreto derecho de propiedad sobre un bien” sería un derecho de los que califica de “patrimonial”. Entre ambos tipos de derechos existen cuatro diferencias estructurales:⁹¹

- La primera diferencia consiste en que los derechos fundamentales son universales (*omnium*) mientras que los derechos “patrimoniales” son singulares (*singuli*), en tanto la titularidad de los primeros pertenecen a todos, mientras que en los segundos existe un titular determinado para cada uno de ellos con exclusión de todos los demás, es decir, los derechos fundamentales son inclusivos, en tanto los derechos “patrimoniales” son exclusivos. Y nos ejemplifica Ferrajoli diciendo que todos somos igualmente libres de manifestar nuestra forma de pensar, igualmente inmunes frente a detenciones arbitrarias, e igualmente titulares del derecho a la salud o a la educación; pero cada uno es acreedor o propietario de diferentes cosas y en diferente medida (*u.gr.* una persona es propietaria de un vestido o de una casa, es decir, de objetos diversos a los que otras personas son propietarios).⁹²

De este modo se resuelven muchas aparentes aporías. Cuando se habla del “derecho de propiedad” como de un “derecho de ciudadanía” o “civil” semejante a los derechos de libertad, se alude elípticamente al derecho a convertirse en propietario, conexo (como el derecho de hacerse deudores, acreedores, empresarios o trabajadores dependientes) a la capacidad jurídica, así como al derecho a disponer de los bienes de propiedad, conexo (como el derecho de disponer de un bien o de obligarse a una prestación) a la capacidad de obrar: esto es, a derechos civiles que son, sin duda, fundamentales porque conciernen a todos, en el primer caso en cuanto personas y en el segundo como capaces de obrar. Pero estos derechos son completamente diversos de los derechos

⁹⁰ *Ibidem*, p. 45.

⁹¹ *Idem*.

⁹² *Ibidem*, p. 46.

reales sobre bienes determinados adquiridos o alienados gracias a ellos; del mismo modo que el derecho patrimonial de crédito al resarcimiento de un daño concretamente sufrido es diverso al derecho fundamental de inmunidad frente agresiones.⁹³

- La segunda diferencia, a decir de Ferrajoli, es que los derechos fundamentales son indisponibles, inalienables, inviolables, intransigibles, personalísimos (se los sustrae de decisiones de la política y del mercado); en tanto los derechos “patrimoniales” (desde la propiedad privada hasta los derechos de crédito) son disponibles, negociables y alienables.⁹⁴ Mientras que no hay posibilidad de ser jurídicamente más libres, sí es posibles hacerse jurídicamente más ricos. Luigi Ferrajoli distingue entre indisponibilidad activa y pasiva, consistente la primera en la imposibilidad del sujeto titular de alienar su derecho, mientras que la segunda consistiría en que los derechos no son expropiables ni limitables por otros sujetos; así, los derechos patrimoniales pueden ser objeto de cambio en el mercado y expropiables por el Estado, mientras que los derechos fundamentales no pueden ser materia de expropiación o privación alguna. De tal forma, que si una norma permitiera la disposición de los derechos fundamentales (por ejemplo, admitiendo la esclavitud o la alienación del voto), esto significaría su “degradación” a derechos patrimoniales, ya que “la vida, la libertad personal o el derecho al voto son fundamentales no tanto porque corresponden a valores o intereses vitales, sino porque son universales e indisponibles”.⁹⁵

⁹³ *Idem* y p. 47.

⁹⁴ Esta segunda diferencia de Ferrajoli no es tan acertada como la primera. De hecho existen derechos subjetivos que son “patrimoniales” pero son indisponibles (en tanto no son renunciables ni transmisibles por actos *inter vivos*) a pesar de tener contenido económico, como por ejemplo, los derechos autorales conocidos como “derechos de simple remuneración” y, en particular, el más común de estos derechos: el *droit de suite*, contemplado con esas características en ordenamientos como el Convenio de Berna, la LFDA mexicana o la Directiva 2001/84/CE de la Unión Europea relativa al “derecho de participación”, entre otros ordenamientos.

Únicamente para ejemplificar las características del *droit de suite*, y a reserva de tratar con mayor amplitud los derechos de simple remuneración en el capítulo segundo de la presente investigación, citaremos el artículo 14 Ter.1 del Convenio de Berna: “En lo que concierne a las obras de arte originales y a los manuscritos originales de escritores y compositores, el autor —o, después de su muerte, las personas o instituciones a las que la legislación nacional confiera derechos— gozarán del derecho inalienable a obtener una participación en las ventas de la obra posteriores a la primera cesión operada por el autor”.

⁹⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, pp. 47 y 48.

La tercera diferencia radica en que los derechos “patrimoniales” están destinados a ser constituidos, modificados o extinguidos por actos jurídicos (contratos, donaciones, testamentos, sentencias, decisiones administrativas, etcétera); mientras que los derechos fundamentales tienen su título inmediato en la ley (son conferidos *ex lege*), por lo general en normas de rango constitucional. Esta idea trata de ser simplificada por Ferrajoli indicando que los derechos fundamentales *son normas*, mientras que los derechos patrimoniales estarían *predispuestos por normas*;⁹⁶ los derechos fundamentales serían normas téticas (disponen situaciones expresadas mediante ellas), mientras que las normas que prevén los derechos patrimoniales sería normas hipotéticas (no imponen ni adscriben inmediatamente nada, sino que predisponen situaciones jurídicas como efectos de los actos previstos en ellas).⁹⁷

La cuarta diferencia es que los derechos patrimoniales son horizontales, mientras que los fundamentales son verticales. Esto en un doble sentido. En primer lugar, porque las relaciones de los titulares de los derechos patrimoniales son de tipo “civilista”, mientras las de los titulares de derechos fundamentales son de tipo publicista, es decir, del individuo (sólo o también) ante el Estado.⁹⁸ Y en segundo lugar,

...en el sentido de que los derechos patrimoniales corresponden la genérica prohibición de no lesión en el caso de los derechos reales o bien obligaciones de deber en el caso de los derechos personales o de crédito, a los derechos fundamentales cuando tengan expresión en normas constitucionales, corresponden prohibiciones y obligaciones a cargo del Estado, cuya violación es causa de invalidez de las leyes y de las demás decisiones públicas y cuya observancia es, por el contrario, condición de legitimidad de los poderes públicos.⁹⁹

De estas cuatro diferencias con las que Ferrajoli sustenta su tesis de distinción entre los derechos fundamentales y los derechos “patrimoniales”, estimamos como la más importante (y acertada) la primera, es decir, aquella que toma en cuenta si el derecho es universal o si está atribuido singularmente a alguien.

En cuanto a la *segunda tesis* del autor que se estudia, esta consiste en vincular los derechos fundamentales a la democracia substancial. Cuando se quiere garantizar un interés o necesidad vital, se le sustrae del mercado y de las decisiones de la mayoría, tutelándose a través de un derecho

⁹⁶ Como se verá más adelante, a diferencia de Ferrajoli, Robert Alexy distingue claramente entre derechos fundamentales y normas de derecho fundamental (lo cual es, a nuestro entender, más acertado).

⁹⁷ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, pp. 48 y 49.

⁹⁸ *Ibidem*, pp. 49 y 50.

⁹⁹ *Ibidem*, p. 50.

fundamental. Por lo tanto, el contenido de los derechos fundamentales dan substancia y límites a las decisiones de las mayorías en una democracia; así el principio formal de la democracia política, es decir, quién decide y cómo se decide (soberanía popular y regla de la mayoría) se subordina a los contenidos substanciales expresados por los derechos fundamentales y relativos “a lo que no es lícito decidir” y “a lo que no es lícito no decidir”.¹⁰⁰

La *tercera tesis* se refiere a la internacionalización de los derechos fundamentales. Como consecuencia de las cartas y tratados sobre “derechos humanos” de la ONU, ya no sólo hay derechos fundamentales dentro de los estados y previstos en sus respectivas constituciones, sino que se convirtieron en derechos supranacionales a los que los estados se encuentran vinculados y sometidos. No habría ya, derechos de ciudadanía, sino derechos de las personas con independencia de su ciudadanía.¹⁰¹

La *cuarta tesis*, y la más importante para Ferrajoli, es la relación entre derechos fundamentales y sus garantías.

De acuerdo con Luigi Ferrajoli, las garantías son las técnicas idóneas para asegurar la efectiva tutela o satisfacción de un derecho.¹⁰² Originalmente, la expresión “garantía” se refería a una institución derivada del derecho romano, dirigida para asegurar el cumplimiento de las obligaciones y la tutela de los relativos derechos patrimoniales (así, existen garantías reales como la prenda o la hipoteca, y garantías personales como la fianza o el aval). Sin embargo, el significado del término “garantías” se ha ampliado, pudiendo aplicarse a la teoría del derecho y, en particular, al campo de los derechos subjetivos, sean fundamentales o patrimoniales.¹⁰³

En efecto, todas las garantías tienen en común el dato de haber sido previstas a sabiendas de que su falta daría lugar a la violación del derecho que, en

¹⁰⁰ *Ibidem*, p. 51 y 52.

¹⁰¹ *Ibidem*, p. 55. De hecho, nuestro autor advierte que, ante el fenómeno de la inmigración masiva a las naciones económicamente acomodadas en Europa, se está pretendiendo negar el carácter universal de los derechos fundamentales, y concederlos sólo con base en criterios de ciudadanía.

¹⁰² Ferrajoli, Luigi, *Garantismo penal*, trad. de Marina Gascón, México, UNAM, Facultad de Derecho, 2006, p. 10.

Cabe destacar que desde hace algunos años, lo mejor de la doctrina mexicana ya había puesto en evidencia la distinción entre derechos subjetivos y sus garantías. En este sentido, Fix-Zamudio indica que, desde un punto de vista preciso y técnico, las garantías constitucionales son los “medios procesales para hacer efectivas las disposiciones constitucionales cuando las mismas son infringidas o desconocidas por las autoridades, reintegrando el orden jurídico violado”. Fix-Zamudio, Héctor, *op. cit.*, nota 62, p. 108.

¹⁰³ Ferrajoli, Luigi, *Sobre los derechos fundamentales y sus garantías*, trad. de Antonio de Cabo y Gerardo Pisarello, México, CNDH, 2006, pp. 29-31.

cada caso, constituye su objeto. Es decir, una suerte de desconfianza en la satisfacción o el respeto espontáneo de los derechos, y, en particular, por lo que se refiere a los derechos fundamentales, en el ejercicio espontáneamente legítimo del poder.¹⁰⁴

Nuestro autor diferencia rotundamente a los derechos subjetivos de sus garantías, indicando que ignorar esa distinción (y confundir derechos y garantías) significaría la descalificación jurídica de las dos conquistas más importantes del constitucionalismo del siglo XX: la internacionalización de los derechos fundamentales y la constitucionalización de los derechos sociales.¹⁰⁵

En este orden de ideas, Ferrajoli entiende por *derecho subjetivo* las expectativas positivas (de prestaciones) o negativas (de no lesiones) atribuidas a un sujeto por una norma jurídica.¹⁰⁶

Y en cambio, las *garantías* serían los correspondientes deberes dictados por las normas jurídicas. Estas garantías serían *primarias*, si se tratan de las obligaciones o prohibiciones correlativas a los derechos subjetivos; o bien, *secundarias*, si son las obligaciones de segundo grado, es decir, de aplicar una sanción o declarar la nulidad de la violación a las garantías primarias.¹⁰⁷⁻¹⁰⁸

A las normas jurídicas que disponen obligaciones y prohibiciones (que incluyen las garantías primarias) Ferrajoli las denomina normas primarias, mientras que son normas secundarias las que predisponen las garantías se-

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 31.

¹⁰⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, p. 59.

¹⁰⁶ *Idem*.

¹⁰⁷ *Idem*.

Miguel Carbonell explica claramente esta clasificación: “Existen también, en la caracterización de Ferrajoli, garantías primarias o sustanciales y garantías secundarias o jurisdiccionales. Las primeras corresponden a las conductas, en forma de obligaciones de hacer o prohibiciones, señaladas por los derechos subjetivos garantizados. Las segundas son las obligaciones que tiene el órgano jurisdiccional para sancionar o declarar la nulidad cuando constate actos ilícitos (a los que corresponde una sanción) o actos no válidos (a los que corresponde la anulación) que violen las garantías primarias. Podría decirse, en este sentido, que las garantías secundarias requerirían para su activación y entrada en funcionamiento al menos de una presunta violación a las garantías primarias, de las cuales serían dependientes. Sin embargo, las garantías primarias son normativa y conceptualmente autónomas, por lo que pueden existir aún en ausencia de las garantías secundarias”. *Cfr.* Carbonell, Miguel, “Presentación”, en Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 102, p. 5.

¹⁰⁸ Ferrajoli hace también otra clasificación de garantías: las positivas y las negativas. Son garantías positivas las obligaciones de prestación (obligación de comisión), mientras que las garantías negativas son las prohibiciones de lesión (obligación de omisión); ambas se derivan de las expectativas de prestaciones o de no lesiones que se derivan del derecho subjetivo. Véase Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 88, p. 33.

cundarias de anulación o sanción para los casos de violación a las normas y garantías primarias.¹⁰⁹

Como consecuencia, el autor en estudio señala que es posible que no exista “la obligación o prohibición correlativa a un derechos subjetivo”, lo que se traduciría en una *laguna primaria*; de igual forma, estaríamos frente a una *laguna secundaria* por el “defecto de institución de los órganos obligados a sancionar o invalidar” las violaciones a las garantías primarias. Sin embargo, Ferrajoli indica que esas lagunas no deben llevarnos a negar la existencia de los derechos subjetivos, sino que únicamente se puede lamentar la laguna que los hace “derechos de papel” y afirmar la obligación de colmar esas lagunas.¹¹⁰

En fin, cabe indicar que en la teoría jurídica contemporánea, la expresión “garantismo” nos remite inmediatamente al pensamiento de Luigi Ferrajoli;¹¹¹ de hecho es él mismo quien establece que el término “garantismo” se utiliza en tres sentidos o acepciones:¹¹²

- a) Como un modelo normativo de derecho. En materia constitucional será garantista el sistema si tiene técnicas coercitivas (garantías) idóneas de invalidación y reparación, para asegurar la *efectividad* de los derechos proclamados:
- b) Como una teoría jurídica de la *validez y efectividad* de las normas. Lo que implica distinguir entre derecho válido y derecho efectivo, reclamándose a los jueces y juristas una crítica a ambos aspectos del derecho vigente;
- c) Como una filosofía política. Que impone al derecho y al Estado la justificación externa (ética y política) conforme a los bienes e intereses cuyo propósito es tutelar y garantizar.

Para los efectos de esta investigación no es necesario profundizar sobre la teoría general del garantismo de Ferrajoli, bástenos destacar —como lo

¹⁰⁹ *Ibidem*, pp. 33 y 34.

¹¹⁰ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, pp. 61 y 62.

¹¹¹ Marina Gascón nos refiere este fenómeno, e indica que la obra de Ferrajoli está sustentada en una teoría general del derecho, que resulta actualmente imprescindible, aunque se disienta de ella en todo o en parte. Esta teoría sería la teoría propia del Estado constitucional de derecho, cuyo fin y fundamento es la tutela de las libertades individuales frente al ejercicio arbitrario del poder, “particularmente odioso” en materia penal. *Cfr.* Gascón Abellán, Marina, “La teoría del garantismo: rasgos principales”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coords.), *Garantismo. Estudios sobre el pensamiento jurídico de Luigi Ferrajoli*, Madrid, Trotta, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 21.

¹¹² Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 88, pp. 851-853.

hace ese pensador— que tal teoría puede aplicarse a diversos sectores del ordenamiento jurídico (civil, penal, constitucional, administrativo, laboral, etcétera).¹¹³

3. *Concepción de Robert Alexy*

La teoría de los derechos fundamentales desarrollada por el catedrático alemán, Robert Alexy, es una teoría jurídica general de tales derechos; con ello —nos explica en su principal obra sobre el tema: *Teoría de los derechos fundamentales*— pretende distinguirla de otros tipos de teorías sobre los derechos fundamentales, como por ejemplo las históricas, las filosóficas o las sociológicas.¹¹⁴ Esto, en nuestra opinión, es algo bastante positivo, pues genera precisión sobre el nivel discursivo en el que se encuentra, así como los alcances que se le puede dar a dicha teoría.

Las tres características que tal autor puntualiza de su teoría son las siguientes:¹¹⁵

- Es una teoría de los derechos fundamentales de la Ley Fundamental de Bonn; lo que la distingue de teorías sobre derechos fundamentales vigentes en el pasado (teorías histórico-jurídicas), como de las teorías acerca de los derechos fundamentales en general (teorías teórico-jurídicas), y de las teorías sobre derechos fundamentales contempladas en otros ordenamientos;¹¹⁶

¹¹³ *Ibidem*, p. 854.

¹¹⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 27 y 28.

¹¹⁵ *Ibidem*, pp. 28-35.

¹¹⁶ Al estar circunscrita a la Constitución alemana, la teoría de Alexy nos muestra su vocación dogmática, lo que la distingue de la de Ferrajoli, pues esta última no está restringida a ningún ordenamiento jurídico concreto. No obstante lo anterior, creemos que buena parte de la teoría de Alexy puede aplicarse a México (o a cualquier país de tradición neorromañista) dado su fuerte énfasis en los aspectos estructurales, y dado que su principal aportación o núcleo (la teoría de los principios) no es de aplicación exclusiva al sistema jurídico alemán, como nos demuestran las sentencias de otros países europeos y latinoamericanos (incluido México).

Coincide en esta observación en cuanto a la aplicación de la teoría alexiana a México, Fix-Fierro, Héctor, *Los derechos políticos de los mexicanos*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 26 y 27.

Asimismo, Sergio López-Ayllón ha utilizado la teoría de Alexy como marco conceptual de análisis de la Constitución mexicana. *Cfr.* López-Ayllón, Sergio, “El derecho a la información como derecho fundamental”, en Carbonell, Miguel, y Carpizo, Jorge (coords.), *Derecho a la información y derechos humanos. Estudios en homenaje al maestro Mario de la Cueva*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, pp. 158 y ss.

- Es una teoría jurídica de los derechos fundamentales; en tanto está orientada a la tarea práctica del derecho y está inserta en las tres dimensiones de la dogmática jurídica: la analítica, la empírica y la normativa,¹¹⁷ y
- Es una teoría general de los derechos fundamentales; en tanto considera los problemas relativos a todos los derechos fundamentales (o a todos los de un determinado tipo), y no se tratan problemas específicos de algunos de los derechos fundamentales.

Ahora bien, según su teoría ¿qué es un derecho fundamental para Alexy? De acuerdo con este autor, el *derecho fundamental como un todo* es un haz de posiciones definitivas y *prima facie* vinculadas en forma recíproca y adscritas a una disposición iusfundamental.¹¹⁸ Para comprender a cabalidad esta idea de Alexy, es necesario explicar cada uno de los elementos que la componen.

En primer lugar, hay que distinguir entre derecho fundamental y norma de derecho fundamental, pues aunque existan conexiones estrechas entre esas nociones, no son lo mismo: siempre que alguien tiene un derecho fundamental es porque existe un norma derecho fundamental que le confiere ese derecho, pero resulta dudoso que toda norma de derecho fundamental otorgue derechos.¹¹⁹ Es decir, sin norma no hay derechos, pero pueden existir normas que no otorguen derechos.

Una vez hecha esa distinción, nuestro autor procede a explicar lo que debe entenderse por “norma de derecho fundamental”, para lo cual, y a través de una concepción semántica, define previamente a la “norma” en general y la distingue de los “enunciados normativos”.

De hecho, García Manrique destaca la trascendencia de la teoría de Alexy para juristas españoles y de otros países, afirmando que “el alto grado de abstracción de la teoría de Alexy, que es una teoría general, permite aplicarla en buena parte sin alteraciones a un marco jurídico diferente del germano”. *Cfr.* García Manrique, Ricardo, “Presentación”, en García Manrique, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, pp. 18 y 19.

En igual, sentido *cfr.* Calderón Villegas, Juan Jacobo, *Una aproximación al influjo dogmático de la teoría iusfundamental de Robert Alexy en la jurisprudencia constitucional de los derechos fundamentales*, Colombia, Universidad de Caldas, 2004, p. 127.

¹¹⁷ Para una explicación de esas tres dimensiones *cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 30-33.

¹¹⁸ *Ibidem*, p. 244.

En lugar de la expresión “derecho fundamental como un todo” (*Grundrecht als Ganzes*), Bernal Pulido prefiere hablar de “derecho fundamental en sentido lato”. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, pp. 77 y 78.

¹¹⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 47. Como ya se vio (*supra* subcapítulo III, numeral 2), Luigi Ferrajoli no hace esa diferenciación.

La diferenciación entre “norma” y “enunciado normativo” (o “disposición normativa”) es muy común en la teoría jurídica contemporánea. Riccardo Guastini nos explica que “disposición” es todo aquel enunciado que pertenece a una fuente del derecho, mientras que la “norma” sería el contenido *significativo* de la disposición; de forma que la disposición es el objeto de la actividad interpretativa, mientras que la norma es el resultado de esa actividad.¹²⁰

Como ejemplo, Alexy se refiere al enunciado normativo: “Ningún alemán puede ser extraditado al extranjero”, del cual se desprende una norma que prohíbe la extradición de alemanes al extranjero. Así las cosas, la norma es el significado del enunciado normativo. Empero, la misma norma puede ser expresada a través de diversos enunciados normativos: “Está prohibido extraditar alemanes al extranjero”, “Los alemanes no pueden ser extraditados al extranjero” o “Los alemanes no serán extraditados al extranjero”. Incluso, las normas pueden expresarse sin necesidad de enunciados normativos, como sucede con las luces de un semáforo. Por lo tanto, queda manifiesto que no es lo mismo la norma que el enunciado normativo.¹²¹

Una vez hechas esas aclaraciones, se puede avanzar hacia una noción de “norma de derecho fundamental”. Son normas de derecho fundamental aquellas que son expresadas por medio de *disposiciones de derecho fundamental* o *disposiciones iusfundamentales*.¹²² Esto nos plantea una nueva cuestión: ¿cuáles son los enunciados normativos que pueden considerarse disposiciones de derecho fundamental?

Alexy afirma que esta pregunta debe contestarse con base en criterios formales, y no en criterios materiales o estructurales. Por lo tanto, con especial referencia la Ley Fundamental alemana, son disposiciones de derecho fundamentales las contenidas en el capítulo intitulado “Derechos fundamentales” y las disposiciones derivadas del catálogo de derechos contenido

¹²⁰ Guastini, Riccardo, *Distinguiendo. Estudios de teoría y metateoría del derecho*, Barcelona, trad. de Jordi Ferrer i Beltrán, Gedisa, 1999, pp. 100 y 101.

La misma distinción es hecha por Atienza y Ruiz Manero, aunque con un lenguaje menos ortodoxo; para ellos las “oraciones jurídicas” son el objeto de la interpretación, mientras que los “enunciados jurídicos” serían las normas, es decir, el resultado de la interpretación. *Cfr.*, Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *Las piezas del derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*, 2a. ed., Barcelona, Ariel, 2004, p. 19.

¹²¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 51.

¹²² *Ibidem*, pp. 62 y 63. Para evitar la expresión “enunciado normativo de derecho fundamental”, la cual es considerada “algo pesada” por nuestro autor, Alexy se inclina por el término “disposición de derecho fundamental”. Esta expresión es también usada por Borowski, quien afirma: “La disposición de derecho fundamental es un caso especial de un enunciado, específicamente, el enunciado de un derecho fundamental”. Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 56, p. 27.

en el artículo 93, párrafo primero, núm. 4, de la mencionada Ley Fundamental, derechos respecto de los que procede el recurso de inconstitucionalidad. Así las cosas, si son disposiciones de derecho fundamental las formuladas en los artículos 1o. a 19, 20 párrafo 4, 33, 38, 101, 103 y 104 de la Ley Fundamental, son *normas de derecho fundamental* las que se desprendan de esos enunciados.¹²³

Sin embargo, con lo anterior no se agotan las normas de derecho fundamental en la teoría alexiana, pues en muchos casos también pueden ser consideradas con tal carácter normas adscritas,¹²⁴ que permiten el “descubrimiento de nuevas normas de derechos fundamentales”.¹²⁵ La determinación de si una norma adscrita es o no una norma de derecho fundamental, dependerá de si se puede lograr o no dar una argumentación iusfundamental correcta,¹²⁶ es decir, dar razones jurídicas de peso para concluir que cierta norma es una norma adscrita de derecho fundamental.

Profundizando sobre las normas adscritas, hay que distinguir entre estas y las normas directamente estatuidas, lo cual no es una diferencia de cualitativa o de rango, sino en cuanto a su grado de generalidad y forma de fundamentación. Las *normas de derecho fundamental directamente estatuidas* se fundan inmediata y directamente en el texto constitucional, por lo que el vínculo entre una disposición iusfundamental y su norma directamente estatuida es

¹²³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 65.

Aplicando este criterio formal a México, serían disposiciones de derecho fundamental las contenidas en el capítulo I del título primero de nuestra Constitución (artículos 1o.-29), así como las contenidas en los tratados en la materia que se incorporen al derecho mexicano en términos del artículo 133 constitucional. Normas de derecho fundamental serían las que interpretativamente se desprendan de todas esas disposiciones.

No obstante reconocer que estos criterios formales referidos a los catálogos positivos de derechos humanos son útiles desde un punto de vista práctico, Alexy afirma que en el trasfondo deben siempre existir criterios materiales. Véase, Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 52, p. 23.

¹²⁴ Hay casos en que la norma de derecho fundamental es semánticamente abierta, por lo que se dictan normas legales que las precisan, a las que se les llama normas adscritas. Entre el primero y segundo tipo de normas hay una relación de precisión, así como una relación de fundamentación (pues la norma adscrita o precisante, debe estar fundamentada en la norma precisada). *Cfr. ibidem*, pp. 66-70.

Por su parte, Bernal Pulido explica que la mayor parte de las disposiciones de derecho fundamental tienen un alto grado de indeterminación normativa, lo que ocasiona que a cada una de esas disposiciones pueda serle adscrita interpretativamente una multiplicidad de normas de derecho fundamental; esa interpretación puede hacerse mediante todos los métodos tradicionales de interpretación jurídica, desde el literal hasta el teleológico, siendo este último el que suele jugar un rol destacado. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, pp. 79 y 621.

¹²⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 72.

¹²⁶ *Ibidem*, p. 71.

de “traducción inmediata”; mientras que las *normas adscritas* surgen de una fundamentación interpretativa suplementaria que parte de las normas directamente estatuidas, lo que se presenta en los casos en que la solución no emane directamente del texto constitucional (que son la mayoría). El juez constitucional tiene un deber de fundamentar correctamente la concreción de normas adscritas, toda vez que esa concreción no implica la creación ni imposición de una nueva norma, sino una aseveración interpretativa; esto implica el deber de considerar todos los argumentos que jueguen a favor y en contra de la adscripción de la norma.¹²⁷

La importancia de las normas de derecho fundamental deriva de dos aspectos: su fundamentalidad formal y su fundamentalidad material. La fundamentalidad formal deriva de su ubicación en la cúspide del sistema jurídico, mientras la fundamentalidad material deriva de que en estas normas se toman decisiones sobre la estructura normativa básica del Estado y de la sociedad.¹²⁸

Ahora bien, un punto clave en la teoría de Robert Alexy es la *estructura* de las normas de derecho fundamental. Dado el especial interés que para la presente investigación tienen los temas relativos a la estructura de las normas de derecho fundamental (distinción entre principios y reglas, la colisión entre estos y aquellos, el principio de proporcionalidad, etcétera), los trataremos por separado y con mayor detalle dentro de este mismo capítulo (véase infra subcapítulo IV, numeral 1, p. 49), por lo que a continuación sólo haremos unas menciones mínimas para no cercenar el hilo expositivo de las ideas del profesor Alexy.

Según el autor en glosa, en cuanto a las distinciones teórico-estructurales, la más importante para los derechos fundamentales es la distinción entre reglas y principios, en tanto es la base de la argumentación iusfundamental y clave para resolver problemas torales de la dogmática de los derechos

¹²⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, pp. 110, 111, 113, 126 y 127.

Adaptando a nuestro texto constitucional un ejemplo de Bernal Pulido, podríamos decir que una norma directamente estatuida por nuestra Constitución sería la que deriva del siguiente texto: “No se podrá coartar el derecho de asociarse o reunirse pacíficamente con cualquier objeto lícito” (artículo 9o.), la cual establecería la libertad positiva de asociación, es decir, el derecho a asociarse. Sin embargo, si el juez constitucional tiene que resolver sobre la constitucionalidad de una ley que obligue a los comerciantes a asociarse, no encontrará en el texto constitucional una norma directamente estatuida que establezca la libertad negativa de asociación (derecho a no asociarse), sin embargo mediante una argumentación iusfundamental correcta, el juez puede llegar a una norma adscrita de derecho fundamental que establezca que toda persona tiene derecho a no asociarse; esa norma adscrita se fundamentaría en la norma directamente estatuida por el artículo 9o. constitucional.

¹²⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 503 y 505.

fundamentales. Sin dicha distinción es imposible la existencia de una teoría adecuada de los límites, ni una satisfactoria teoría de la colisión, ni una teoría suficiente sobre el papel que le corresponde a los derechos fundamentales en el sistema jurídico.¹²⁹ La distinción entre principios y reglas es expuesta *infra*; bástenos por el momento adelantar que en la teoría en estudio los principios son concebidos como mandatos de optimización.¹³⁰

En cuanto a la estructura de las normas de derecho fundamental, Alexy sustenta un sistema mixto, en el sentido de que

...no basta concebir a las normas de derecho fundamental sólo como reglas o sólo como principios. Un modelo adecuado al respecto se obtiene cuando las disposiciones iusfundamentales se adscriben tanto a reglas como a principios. Ambas pueden reunirse en una norma de derecho fundamental con carácter doble.¹³¹

Una vez explicados los conceptos de disposición de derecho fundamental y norma de derecho fundamental, hay que pasar a otro concepto esencial en la teoría de Alexy: el derecho fundamental como derecho subjetivo.

El citado académico alemán indica que lo importante en una teoría estructural de los derechos fundamentales son, principalmente, las cuestiones analíticas, por lo que para una consideración analítica de los derechos subjetivos, hay que distinguir entre *norma* y *posición*. La norma, como ya se vio, es lo que expresa un enunciado normativo; en cambio, la posición será la situación de los sujetos regulados por la norma. Así, cuando la Constitución alemana establece que cada cual tiene derecho a expresar libremente su opinión, se está formulando una norma universal, que puede individualizarse en los siguientes términos: “*a* tiene frente al Estado el derecho a expresar libremente su opinión”, en donde *a* se encuentra frente al Estado en una *posición* (consistente, precisamente, en tener un derecho frente a alguien, en este caso el Estado); por lo tanto, si *a* tiene frente a *b* un derecho a *G* (que se podría sintetizar en “*DabG*”), la posición jurídica de *a* es la de tener frente a *b* un derecho a *G*.¹³²

¹²⁹ *Ibidem*, p. 81.

¹³⁰ *Ibidem*, p. 86.

La consecuencia de esta concepción es que, como se detalla más adelante en este mismo capítulo, los conflictos entre principios se resuelven mediante *ponderación*, y no mediante *subsunción* como sucedería en las colisiones de reglas. Este es uno de los puntos centrales de la tesis que se sustenta en la presente investigación.

¹³¹ *Ibidem*, p. 138.

¹³² *Ibidem*, pp. 177 y 178.

Si bien lo anterior pudiera parecer superfluo, es importante mencionarlo para poder conocer las *propiedades normativas* de personas y acciones, así como las *relaciones normativas* entre personas y entre personas y acciones. Esto dado que, generalmente, las normas pueden ser consideradas como cualificaciones de acciones o personas; por ejemplo, si una norma prohíbe a *a* hacer *h*, le confiere a *a* la propiedad de ser alguien a quien le está prohibido *h* (posición en la que *a* es colocado a través de la norma); y las relaciones se darán entre los sujetos aludidos por las normas, por ejemplo, cuando se dice que *a* tiene un derecho frente a *b*, habrá una relación entre *a* y *b*. Es por eso que Alexy aconseja “concebir a los derechos subjetivos como posiciones y relaciones de este tipo”.¹³³

Desde hace tiempo Hohfeld denunció que la expresión “derecho subjetivo” tiende a ser usada amplia e indiscriminadamente para referirse a cuestiones diversas.¹³⁴ Ante esta problemática, Robert Alexy se plantea la siguiente disyuntiva: “¿Debe reservarse la expresión ‘derecho (subjetivo)’, cuya ambigüedad y vaguedad es realmente extraordinaria, sólo para algunas posiciones o debe ser utilizada en un sentido lo más amplio posible?”.¹³⁵ A lo que contesta que la primera vía implica el peligro de generar una polémica estéril sobre el concepto de “derecho subjetivo”; por lo que se decanta por utilizar dicha expresión conforme al uso corriente, como un concepto general para posiciones muy diferentes, para luego hacer las correspondientes distinciones y caracterizaciones terminológicas, pues lo que estima más importante es conocer la estructura de las diferentes posiciones.¹³⁶

En la vena de la mejor escuela analítica, Alexy nos dice que las posiciones designadas como “derechos” pueden ser tres:¹³⁷

- Derechos a algo;
- Libertades, y
- Competencias.¹³⁸

¹³³ *Ibidem*, p. 178.

¹³⁴ Hohfeld, Wesley Newcomb, *Conceptos jurídicos fundamentales*, 5a. reimp., trad. de Genaro R. Carrió, México, Fontamara, 2004, pp. 50 y ss.

¹³⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 185.

¹³⁶ *Idem*.

¹³⁷ *Ibidem*, p. 186.

¹³⁸ Aunque Borowski apunta que, en el campo de los derechos fundamentales, son los “derechos a algo” los que casi siempre aparecen en el trasfondo. *Cfr.* Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 56, p. 26.

En el mismo sentido, Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 82

En primer lugar, habremos de referirnos a *los derechos a algo*. Estos derechos se pueden concebir como una relación triádica en la que el primer elemento es el titular del derecho (el que será referido como *a*), el segundo elemento es el destinatario del derecho (*b*), y el tercer elemento es el objeto del derecho (*G*). La forma más común de enunciar un derecho a algo es la siguiente:¹³⁹

a tiene frente a *b* un derecho a *G*.

Lo anterior puede sintetizarse mediante una fórmula añadiendo el operador “*D*”, que indica que se trata de un derecho:¹⁴⁰

DabG

El objeto (*G*) siempre es una acción del destinatario, ya sea una acción positiva (un hacer) o una acción negativa (una omisión). Esto, incluso, en casos de derechos expresados mediante estructuras diádicas, como por ejemplo: “Todos tienen derecho a la vida”, que puede ser expresado con la fórmula triádica *DabG* así: “*a* tiene frente al Estado el derecho a que éste proteja su vida frente a intervenciones arbitrarias de terceros”, e incluso: “*a* tiene frente al Estado el derecho a que éste no lo mate”. En ambos casos quedan evidenciadas las acciones a cargo del destinatario (*b*) que constituyen el objeto del derecho (*G*). Así, la frase “Todos tienen derecho a la vida” es sólo una simplificación que en realidad expresa un derecho a algo.¹⁴¹

Continúa exponiéndonos nuestro autor que las diferencias entre acciones positivas y negativas constituyen el criterio principal para dividir los derechos a algo, según su objeto. De forma que en el ámbito de los derechos frente al Estado, los derechos a acciones negativas suelen llamarse “derechos de defensa”, y los derechos a acciones positivas coinciden parcialmente con los llamados “derechos a prestaciones”.¹⁴² Dado lo útil que nos será esa distinción para el desarrollo de la presente investigación, ahondaremos un poco en ella.

Los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) se dividen en tres grupos: derechos a la no obstaculización o impedimento de acciones, derechos a la no afectación de propiedades y situaciones, y derechos a la no

¹³⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 186.

¹⁴⁰ *Ibidem*, p. 187.

¹⁴¹ *Ibidem*, pp. 187 y 188.

¹⁴² *Ibidem*, p. 188.

eliminación de posiciones jurídicas.¹⁴³ Expliquemos brevemente cada uno de esos grupos.

En los derechos a la no obstaculización o impedimento de acciones, lo que se busca es que el Estado no estorbe al titular del derecho en la realización de cierta acción, como podría ser la expresión de una opinión, la creación de una obra de arte, la elección de una profesión, la reunión en la calle, la educación de los hijos, etcétera. El estorbamiento de la acción puede realizarse de dos formas: el impedimento o la obstaculización. El impedimento se da cuando el Estado crea circunstancias que hacen fácticamente imposible que una persona realice cierta acción, como por ejemplo, cuando se detiene a una persona se impide su libre desplazamiento, o cuando a alguien se le desprende de sus hijos, queda impedido para educarlos. La obstaculización se da cuando el Estado crea circunstancias que pueden impedir la realización de la acción; por ejemplo, el aumento de los requisitos para acceder a una profesión (los cuales pueden ser cubiertos con grandes esfuerzos por una persona), no impide el acceso a la profesión pero sí la obstaculiza; también hay obstaculizaciones mediante el establecimiento de prohibiciones jurídicas, en donde el sujeto respectivo puede asumir el riesgo derivado de violar la prohibición y realizar la acción (de donde se desprende que no es un impedimento, por ser fácticamente posible la realización de la acción)¹⁴⁴. La forma estándar de un enunciado relativo a un derecho a la no obstaculización o impedimento de acciones, es la siguiente:¹⁴⁵

a tiene frente al Estado un derecho a que éste no le estorbe
la realización de la acción *h*.

La cual puede ser sintetizada de la siguiente manera, utilizando “*e*” por Estado, “*Ha*” por “*a* realiza la acción *h*”, y utilizando el signo “ \neg ” para negación:¹⁴⁶

$Dae (\neg \text{ estorba } e(Ha))$

El segundo grupo de los derechos a acciones negativas (derechos de defensa) son los derechos a la no afectación de propiedades, en los cuales el Estado no debe afectar ciertas propiedades o situaciones del titular del derecho. Por ejemplo, son propiedades que pueden ser afectadas, la de vivir o la

¹⁴³ *Ibidem*, p. 189.

¹⁴⁴ *Ibidem*, pp. 189 y 190.

¹⁴⁵ *Ibidem*, p. 191.

¹⁴⁶ *Idem*.

de estar sano; el Estado afectaría esas propiedades matando al titular del derecho o causándole daños a su salud. Un ejemplo de situación que puede ser afectada, es la inviolabilidad del domicilio.¹⁴⁷ La forma estándar de enunciado sobre este tipo de derechos, es la que se presenta a continuación:¹⁴⁸

a tiene frente al Estado un derecho a que éste no afecte
la propiedad *A* (la situación *B*) de *a*.

Misma que puede ser representada utilizando “*Sa*” tanto para “*a* tiene la propiedad *A*” como para “*a* se encuentra en la situación *B*”, de la siguiente forma:¹⁴⁹

Dae (\neg afecta *e(Sa)*)

Como tercer y último grupo están los derechos a la no eliminación de posiciones jurídicas. Un ejemplo es la posición jurídica de un propietario, la cual se configura a través de las normas jurídicas que definen la institución jurídica de la propiedad, mismas que se refieren a la creación, finalización y consecuencias jurídicas de la posición de propietario.¹⁵⁰ El enunciado estándar sería:¹⁵¹

a tiene frente al Estado un derecho a que éste no elimine
la posición jurídica *Pj* de *a*.

Tal frase puede sintetizarse en la siguiente fórmula, utilizando “*Pja*” para indicar “*a* se encuentra en la posición jurídica *Pj*”:¹⁵²

Dae (\neg elimina *e(Pja)*)

Una vez indicados someramente los tres grupos que integran los derechos a acciones negativas, nos referiremos a los derechos a acciones positivas (que son el segundo tipo de derechos a algo).

¹⁴⁷ *Ibidem*, pp. 191 y 192.

¹⁴⁸ *Ibidem*, p. 192.

¹⁴⁹ *Idem*.

¹⁵⁰ *Ibidem*, pp. 192-194. Resulta interesante que Alexy indique que hay casos en que la eliminación de una posición jurídica también puede ser considerada como el estorbamiento de una acción.

¹⁵¹ *Ibidem*, p. 194.

¹⁵² *Idem*.

Los derechos a acciones positivas pueden dividirse en dos grupos: aquellos cuyo objeto es una acción fáctica y aquellos que su objeto es una acción jurídica. Los del primer grupo se refiere a acciones positivas fácticas y Alexy los denomina *derechos a prestaciones en sentido estricto*, como por ejemplo, el derecho del dueño de una escuela privada a recibir subvenciones del Estado. Los derechos del segundo grupo con aquellos cuyo objeto son acciones positivas normativas, a los que nuestro autor llama *derechos a prestaciones en sentido amplio*; un ejemplo de este tipo de derechos, es el derecho a que el Estado dicte medidas indispensables para proteger la libertad de ciencia.¹⁵³

Estos dos grupos de derechos a acciones positivas pueden ser expresados con los siguientes enunciados:¹⁵⁴

a tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve
a cabo la acción positiva fáctica *hf*.

a tiene frente al Estado un derecho a que éste lleve
a cabo la acción positiva normativa *hn*.

Esos enunciados pueden representarse de la siguiente manera, utilizando “*Hfe*” para “el Estado realiza la acción fáctica positiva *hf*”, y “*Hne*” para “el Estado realiza la acción normativa positiva *hn*”:¹⁵⁵

Dae (Hfe)

Dae (Hne)

El segundo tipo de posiciones a las que se refiere Alexy, son las *libertades*. En particular, tal autor le da relevancia a la libertad jurídica, cuyo concepto constitutivo es la permisión jurídica.¹⁵⁶ Las libertades jurídicas son “libertades negativas”, es decir, aquellas en las que hay alternativa de acción¹⁵⁷ (se puede hacer o no hacer algo). Un ejemplo sería el siguiente enunciado: “Le está (jurídicamente) permitido a *a* expresar su opinión y a *a* le está (jurídicamente) permitido no expresar su opinión”.¹⁵⁸

¹⁵³ *Ibidem*, pp. 194-196.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 196.

¹⁵⁵ *Idem*.

¹⁵⁶ *Ibidem*, p. 211.

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 214.

¹⁵⁸ *Ibidem*, p. 218.

El jurista en estudio clasifica a las libertades jurídicas en no protegidas y protegidas. Las *libertades no protegidas* son permisiones en el sentido más amplio, es decir, como libertades negativas para hacer o no hacer algo.¹⁵⁹ Así, para considerar que estamos ante una libertad no protegida se necesita que tanto la acción como la omisión estén calificadas como permitidas; y dicha calificación puede provenir del hecho de que exista una norma explícitamente estatuida que establezca esa permisión (*permisión explícita*), como también puede provenir en la inexistencia de una norma de mandato o prohibición que se refieran a la acción u omisión que se están calificando (*permisión implícita*).¹⁶⁰ Si una libertad está vinculada a un haz de derechos a algo y a normas objetivas que aseguran la posibilidad de realizar las acciones permitidas, estamos ante una *libertad protegida*.¹⁶¹

A mayor abundamiento, en las libertades protegidas existe un vínculo entre una libertad no protegida y un derecho al no estorbamiento de acciones (derecho a una acción negativa), es decir un derecho que el Estado no impida al titular del derecho hacer aquello que le está permitido.¹⁶² De manera que cuando “se habla de derechos fundamentales como ‘derechos de protección’, se hace referencia, la mayoría de las veces, a los derechos frente al Estado a acciones negativas que protegen libertades iusfundamentales”.¹⁶³ Esos derechos se vinculan con la *competencia* para hacer valer sus violaciones en vía judicial, de manera que se puede hablar de un derecho de libertad negativo perfecto frente al Estado cuando se unen esas tres posiciones: una libertad jurídica, un derecho a no estorbamiento por parte del Estado y una competencia para hacer valer judicialmente la violación a este derecho.¹⁶⁴

Por último, el tercer tipo de posiciones son las *competencias*. Tanto la celebración de un matrimonio como la emisión de un acto administrativo constituyen el ejercicio de competencias, pues a través de esas acciones se modifica una situación jurídica, es decir, las competencias son las capacidades para modificar situaciones jurídicas.¹⁶⁵ Toda competencia deriva de una “norma de competencia”, que son aquellas que crean la posibilidad de actos jurídicos y la consiguiente capacidad de modificar posiciones jurídicas a través de actos jurídicos (estas normas de competencia se distinguen de las “normas

¹⁵⁹ *Ibidem*, p. 219.

¹⁶⁰ *Ibidem*, pp. 222 y 223.

¹⁶¹ *Ibidem*, p. 225.

¹⁶² *Ibidem*, p. 226.

¹⁶³ *Idem*.

¹⁶⁴ *Idem*.

¹⁶⁵ *Ibidem*, pp. 228 y 230.

de comportamiento”).¹⁶⁶ En materia de derechos fundamentales existe un vínculo entre libertad y competencia, ya que, a decir de Alexy,¹⁶⁷ el otorgamiento de competencias amplía el campo de acción del individuo.

Si se presupone que el ejercicio de la competencia no será ni ordenado ni prohibido, una ampliación de las competencias del individuo significa un aumento de su libertad jurídica. Por ello, el no otorgamiento o la eliminación de una competencia es un obstáculo a la libertad y, por cierto, de un tipo especialmente eficaz. Por razones conceptuales, hace desaparecer el objeto de la libertad (realizar o no realizar el acto jurídico). La libertad jurídica para realizar un acto jurídico presupone necesariamente la competencia al respecto.¹⁶⁸

Con lo antes dicho, quedan ya explicados los elementos básicos de la noción de “derecho fundamental como un todo”: un haz de posiciones definitivas y *prima facie* (derechos a algo, libertades, competencias), vinculadas recíprocamente, y adscritas a una disposición iusfundamental.¹⁶⁹

Otro aspecto destacable para este trabajo, son las ideas de Robert Alexy sobre los efectos de los derechos fundamentales y las normas iusfundamentales en el resto del sistema jurídico. En este sentido, las normas de derecho fundamental no sólo tienen repercusiones en las relaciones Estado/ciudadano, sino también en las que se dan a nivel ciudadano/ciudadano. Particularmente, esa influencia es apreciable en la jurisdicción civil, lo que implica un efecto de las normas iusfundamentales en las normas de derecho civil.¹⁷⁰

Los derechos fundamentales tienen un efecto de irradiación¹⁷¹ en el resto del ordenamiento jurídico, y este efecto horizontal de las normas iusfun-

¹⁶⁶ *Ibidem*, p. 232.

¹⁶⁷ *Ibidem*, p. 238.

¹⁶⁸ *Idem*.

¹⁶⁹ *Ibidem*, p. 244.

¹⁷⁰ *Ibidem*, p. 507.

Sobre este punto nos explica claramente Mijail Mendoza: “Los derechos fundamentales vinculan en las relaciones jurídico privadas cuando los sujetos de derecho que intervienen en la misma tienen en base a aquéllos un mandato, una prohibición o una permisón”. Mendoza Escalante, Mijail, *Conflictos entre derechos fundamentales. Expresión, información y honor*, Lima, Palestra, 2007, p. 106.

¹⁷¹ Julio Estrada, Alexei, *La eficacia de los derechos fundamentales entre particulares*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2000, pp. 72-74.

Sánchez Gil indica que el ordenamiento fundamental puede tener un efecto de irradiación (*Ausstrahlungswirkung*) sobre los demás componentes del sistema jurídico, y que este efecto de irradiación se manifiesta principalmente de dos formas: la aplicación de derechos fundamentales en las relaciones entre particulares y la interpretación del ordenamiento jurídico conforme a la Constitución. *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 22, p. 47.

damentales lleva a lo que Alexy llama el “problema de la construcción”, es decir, cómo las normas de derecho fundamental influyen en la relación ciudadano/ciudadano. Nuestro autor distingue tres teorías de la construcción, mismas que se indican a continuación.¹⁷²

La primera teoría es la del *efecto mediato* en terceros, y afirma que los derechos fundamentales son principios objetivos que influyen en la interpretación del derecho privado, pudiéndose incluso extender hasta el grado de justificar decisiones en contra del texto de la ley.¹⁷³ La segunda teoría es la del *efecto inmediato*, la cual también establece que la influencia en el resto del ordenamiento por parte de los derechos fundamentales deriva de su calidad de derecho objetivo vinculante, que consistiría en la modificación de las normas de derecho privado; mientras que el alcance de la primera teoría apunta al juez, el de la teoría del efecto inmediato apunta tanto al legislador como al juez.¹⁷⁴ La tercera teoría es la del *efecto producido a través de derechos frente al Estado*, misma que señala que el Estado, al establecer un sistema de derecho privado, participa en las afectaciones a bienes iusfundamentales que, como consecuencia de ese sistema, realiza un ciudadano a otro; se trata de afectaciones imputables al Estado en tanto son intervenciones estatales, pero provocadas privadamente.¹⁷⁵

En este tenor, Alexy explica que los derechos fundamentales pueden aparecer en todas partes y ser relevantes en cualquier asunto jurídico, de modo que se expanden a todas las áreas del derecho. *Cfr.* Alexy, Robert, “Derecho constitucional y derecho ordinario - Jurisdicción constitucional y jurisdicción ordinaria” en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p. 45.

¹⁷² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 88, p. 511.

¹⁷³ *Ibidem*, pp. 511 y 512.

Mijangos, alude a esta vía como “mediación judicial o instrumentalización alemana”, respecto de la cual indica: “En esta posición se considera preponderante el papel del órgano judicial, ya que el legislador ordinario no puede abarcar las infinitas posibilidades en que los derechos fundamentales pueden entrar en colisión, sino que es el juez, como última parte de la cadena operativa, quien tendrá que determinar, *in situ*, la incidencia de los derechos fundamentales”. Mijangos y González, Javier, *La vigencia de los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, 2004, p. 19.

Asimismo, *cf.* Julio Estrada, Alexei, *op. cit.*, nota 171, pp. 109-116.

¹⁷⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 512 y 513.

Mijangos se refiere a esta teoría como de “mediación legislativa”, afirmando que conforme a la misma, los derechos fundamentales son interpretados primeramente por el legislador, quien los desarrolla y despliega normativamente; si bien esta posición no niega el papel del juzgador, lo relega a un nivel secundario frente al legislador. *Cfr.* Mijangos y González, Javier, *op. cit.*, nota 173, p. 16.

Véase también Julio Estrada, Alexei, *op. cit.*, nota 171, pp. 103-109.

¹⁷⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 513.

Si bien las tres teorías tienen diverso alcance, se puede decir que sus resultados son equivalentes en cuanto a la actividad judicial. En ninguna de ellas se soslaya que el destinatario de los derechos fundamentales es el Estado, y no el ciudadano, es decir, no traspasa los derechos fundamentales a la relación ciudadano/ciudadano.¹⁷⁶ Además —y esto es algo muy relevante para la presente investigación—:

Para todas ellas, la medida del efecto iusfundamental en la relación ciudadano/ciudadano es, en última instancia, una cuestión de ponderación. Por cierto, de acuerdo con la teoría del efecto mediato en terceros, la ponderación debe realizarse dentro del marco de aplicación del derecho civil respectivamente válido; pero, bajo el presupuesto de un concepto de la aplicación del derecho que en casos especiales admite también decisiones en contra del texto de la ley (por ejemplo, reducción teleológica), de aquí no resulta ninguna exclusión definitiva de resultados posibles en las otras construcciones. También según las otras construcciones, el apartamiento del texto legal debe ser fundado. En las tres teorías, la ponderación puede conducir a reglas relativamente generales de acuerdo con las cuales, en determinados campos del derecho privado, determinados derechos fundamentales son desplazados total o parcialmente a segundo plano.¹⁷⁷

Alexy sostiene que cada una de las tres teorías sobre la construcción, subraya acertadamente algunos de los aspectos de las relaciones jurídicas derivadas de los efectos frente a terceros, por lo que ninguna de ellas es completa, pero ninguna de ellas es incorrecta.¹⁷⁸

Por tal motivo, Robert Alexy considera que la solución completa se puede obtener mediante un modelo de tres niveles de implicación recíproca: el de los deberes del Estado, el de los derechos frente al Estado y el de las relaciones jurídicas entre sujetos de derecho privado. La teoría del efecto mediato está situada en el nivel de los deberes del Estado, pues los derechos fundamentales deben ser objetivamente obedecidos tanto en las leyes civiles, como en la jurisprudencia civil. En el segundo nivel encontramos los

¹⁷⁶ *Ibidem*, p. 514.

¹⁷⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 514 y 515.

¹⁷⁸ *Ibidem*, p. 515.

Con base en el análisis jurisprudencial y a nuestro sistema de amparo, Silva García y Silva Meza estiman que en México hay una eficacia horizontal indirecta de los derechos fundamentales, porque aunque los conflictos entre particulares se resuelven en la jurisdicción ordinaria, la última instancia corresponde a un análisis constitucional (amparo) donde puede haber un pronunciamiento sobre los derechos fundamentales involucrados en esas relaciones entre particulares. *Cfr.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *Derechos fundamentales. Bases para la reconstrucción de la jurisprudencia constitucional*, México, Porrúa, 2009, p. 127.

derechos frente al Estado relevantes para su influencia en terceros. Y en el tercer nivel, se analizan los efectos iusfundamentales en las relaciones entre sujetos privados, lo cual no significa cambiar el destinatario de los derechos fundamentales del Estado a los ciudadanos, toda vez que en una relación ciudadano/ciudadano ambos tienen derechos fundamentales, mientras que el Estado no es titular de un derecho de este tipo. Por cuestiones de funcionalidad, cada uno de los tres niveles mencionados será elegido en cada caso concreto en la respectiva fundamentación jurídica, sin que ningún nivel pretenda primacía sobre los demás.¹⁷⁹

Por último, explica Alexy que el juez civil está sujeto *prima facie* al derecho civil vigente (leyes, precedentes y dogmática consensuada), de manera que si, sobre la base de principios iusfundamentales se va a apartar de lo anterior, tiene que asumir la carga de la prueba, es decir, hay una exigencia de fundamentación especial.¹⁸⁰

IV. LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS COMO PRINCIPIOS

Actualmente se reconoce que las normas de derecho fundamental son preponderantemente principios. Esto trae importantes consecuencias, sobre todo al momento de su aplicación, por lo que a continuación procederemos a caracterizar a los principios y distinguirlos de las reglas, señalando su importancia en la moderna concepción de los derechos humanos, para concluir indicando dónde podemos encontrar estos principios iusfundamentales en nuestro derecho, es decir, cuáles son las fuentes de los derechos humanos en México.

1. *Distinción entre principios y reglas*

Una consecuencia de la preponderancia del positivismo tradicional (Kelsen o el primer Hart), fue que durante mucho tiempo se concibió al derecho como un sistema de *reglas*. En la actualidad, se reconoce que, además de las reglas, existen otro tipo de normas jurídicas: los principios. Sobre el particular, Riccardo Guastini nos refiere:

Como ya se ha mencionado, si se entiende por “norma”, como suele hacerse, cualquier enunciado dirigido a guiar el comportamiento, parece obvio que

¹⁷⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 516, 520-522.

¹⁸⁰ *Ibidem*, p. 523.

los principios no son más que normas o, si se prefiere, una *especie* del género normas: las “normas de principio”, específicamente.¹⁸¹

Aunque los principios no eran un tema desconocido en la teoría jurídica y en la praxis judicial, lo cierto es que estaban en una especie de abandono. Fue Ronald Dworkin quien, al atacar la visión positivista imperante que veía al derecho como un sistema de reglas, puso a los principios en el centro del debate jurídico, y desde entonces son uno de los tópicos más importantes en la teoría del derecho contemporánea.¹⁸²

Una de las principales críticas que hizo Dworkin a la teoría del derecho de H. L. A. Hart, fue que el segundo desconocía la existencia de principios y su importancia en el razonamiento judicial.¹⁸³ Para demostrar su crítica, Dworkin utilizó como ejemplo de la distinción entre principios y reglas el caso *Riggs vs. Palmer*, decidido en 1889 por un tribunal de Nueva York. En este asunto, una persona había matado a su abuelo para obtener su herencia, toda vez que el abuelo lo había designado heredero en su testamento; sin embargo, el tribunal decidió que el homicida no recibiera la herencia,

¹⁸¹ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 120, p. 144.

De igual forma, Alexy explica: “Tanto las reglas como los principios pueden concebirse como normas. En tal caso, de lo que se trata es de una distinción dentro de la clase de las normas”. Alexy, Robert, *Derecho y razón práctica*, trad. de Manuel Atienza, 3a. reimp., México, Fontamara, 2006, p. 9.

En otro trabajo, el propio Alexy advierte que: “Tanto las reglas como los principios son normas porque ambos dicen lo que debe ser. Ambos pueden ser formulados con la ayuda de las expresiones deónticas básicas del mandato, la permisón y la prohibición. (...) La distinción entre reglas y principios es pues una distinción entre dos tipos de normas”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 83.

En el mismo sentido, *cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 111; Gil Rendón, Raymundo, *op. cit.*, nota 38, pp. 18 y 19; Grau, Eros, *Interpretación y aplicación del derecho*, Madrid, Dykinson, 2007, p. 143; y Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *La unificación conceptual de los derechos humanos*, México, Porrúa, UNAM, Facultad de Derecho, 2002, p. 73.

¹⁸² Si bien Esser y Kaufmann estudiaron el tema de los principios antes que Dworkin, la verdad es que las aportaciones de Dworkin tuvieron mayor impacto en la teoría del derecho. *Cfr.* Santos, José Antonio, “Sobre normas y principios en la doctrina alemana”, *Ars iuris. Revista del Instituto Panamericano de Jurisprudencia*, México, Universidad Panamericana, núm. 39, 2008, pp. 266 y ss.; Ávila, Humberto, *Theory of legal principles*, Países Bajos, Springer, 2007, p. 8; y Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 26, p. 76.

¹⁸³ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 87, p. 72.

La traducción al español en la que nos basamos utiliza las expresiones “principios” y “normas”, cuando la versión original en inglés habla “*principles*” y “*rules*” (*cfr.* Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, EUA, Harvard University Press, 1978, pp. 14 y ss.); para mayor claridad en los conceptos y para seguir la terminología imperante en la teoría del derecho, nos alejaremos de la literalidad de la traducción española, y utilizaremos los términos “principios” y “reglas”.

Cfr. también Ávila, Humberto, *op. cit.*, nota 182, p. 9.

toda vez que aplicó un principio por virtud del cual nadie puede aprovecharse de su propio fraude, sacar provecho a su propia injusticia o adquirir una propiedad por su propio delito.¹⁸⁴

Otro ejemplo proporcionado por Dworkin es el caso *Henningsen v. Bloomfield Motors, Inc.*, resuelto por un tribunal de Nueva Jersey en 1960. En tal asunto, el señor Henningsen sufrió un accidente automovilístico, y reclamó a Bloomfield Motors, Inc. que se responsabilizara por los gastos médicos; sin embargo, la empresa demandada alegó que había celebrado un contrato de compraventa con el actor en el que se pactaba que la responsabilidad del fabricante por defectos quedaba únicamente limitada a la reparación de partes defectuosas, y que esa garantía “expresamente reemplaza a cualesquiera otras garantías, obligaciones o responsabilidades”,¹⁸⁵ por lo que no estaba obligada a cubrir los gastos médicos. El tribunal falló el asunto a favor de la parte actora, realizando una argumentación a partir de principios, y señalando, entre otras cosas, que la “libertad de contratación no es una doctrina tan inmutable como para no admitir restricción alguna en el ámbito que nos concierne”, que “el fabricante se encuentra bajo una especial obligación en lo que se refiere a la construcción, promoción y venta de sus coches”, que “los tribunales deben examinar minuciosamente los acuerdos de compra para ver si los intereses del consumidor y del público han sido equitativamente tratados”, que es un principio “que los tribunales no se dejarán usar como instrumentos de desigualdad e injusticia”, y que “los tribunales se niegan generalmente a prestarse a la imposición de un ‘pacto’ en que una de las partes se ha aprovechado injustamente de las necesidades económicas de la otra”.¹⁸⁶

Si bien a Dworkin le debemos que haya puesto a los principios en el centro del debate,¹⁸⁷ ha sido Robert Alexy quien mayores desarrollos y aportaciones ha hecho sobre el tema,¹⁸⁸ llegando a elaborar una “teoría de los

¹⁸⁴ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 87, p. 73.

¹⁸⁵ Como comentario al margen, cabe destacar que cláusulas de este tipo (*limited warranties*) han proliferado en la práctica autoral mexicana en los contratos de licencia de programas de computación (*software*), como consecuencia de que en la mayoría de los casos son traducciones de formatos hechos en los EUA. Cláusulas de ese tipo suelen ser problemáticas a la luz de las normas mexicanas de responsabilidad civil y de protección al consumidor.

¹⁸⁶ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 87, pp. 73 y 74.

¹⁸⁷ Vigo, Rodolfo L., *Los principios jurídicos. Perspectiva jurisprudencial*, Buenos Aires, Depalma, 2000, p. 2.

¹⁸⁸ Cianciardo, Juan, “Principios y reglas: una aproximación desde los criterios de distinción”, *Boletín mexicano de derecho comparado*, México, nueva serie, año XXXVI, núm. 108, septiembre-diciembre 2003, p. 893; Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 56, p. 47; Ávila, Humberto, *op. cit.*, nota 182, pp. 9-11; Sobrevilla, David, “El modelo jurídico de reglas, principios y

principios”¹⁸⁹ (que nos será de suma utilidad en la presente investigación) cuyos postulados son comúnmente aplicados por jueces europeos y, como se verá más adelante, también se empiezan a utilizar por tribunales mexicanos.¹⁹⁰

Así las cosas, queda claro que, en la actualidad, las normas jurídicas se clasifican en principios y reglas. El estudio de los derechos de autor no puede permanecer ajeno a esta evolución jurídica, por lo que es importante diferenciar los tipos de normas aplicables a la materia, máxime cuando se hace análisis constitucional de la propiedad intelectual, ya que es aceptado que la distinción entre principios y reglas es un tema clave¹⁹¹ de la hermenéutica jurídica, en general, y del constitucionalismo moderno, en particular.

Ahora bien, ¿cómo distinguir entre principios y reglas? Para mayor facilidad en el tratamiento de este tema, comenzaremos por caracterizar a las reglas.

Las *reglas* son un tipo de normas jurídicas a las que “se obedece”, pues nos indican cómo debemos, no debemos o podemos actuar en ciertas situaciones específicas.¹⁹² Se trata normalmente de mandatos definitivos, por lo que sólo pueden ser cumplidas o no (en caso de que sean válidas),¹⁹³ pues su aplicación es “todo o nada”, es decir, de una forma disyuntiva.¹⁹⁴ Así, si se cumplen los supuestos fácticos indicados en la regla, entonces se aplican las consecuencias previstas en la misma.¹⁹⁵

procedimientos de Robert Alexy”, *Isonomía. Revista de teoría y filosofía del derecho*, México, núm. 4, abril 1996, p. 97; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 571.

¹⁸⁹ Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, “Las contribuciones del neoconstitucionalismo en la teoría política y jurídica contemporánea”, en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega Gómeo, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 8.

¹⁹⁰ Véase *infra* el número 4 del presente subcapítulo.

¹⁹¹ Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 34, p. 14; Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 188, p. 893; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 81; Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 16, p. 109.

¹⁹² Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 16, p. 110.

¹⁹³ Alexy, Robert, “On structure of legal principles”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, vol. 13, núm. 3, septiembre 2000, p. 295.

¹⁹⁴ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 87, p. 75; y Moreso i Mateos, Josep Joan, *Lógica, argumentación e interpretación en el derecho*, Barcelona, UOC, 2006, p. 158.

¹⁹⁵ Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, nota 45, p. 135.

Es por eso que Atienza y Ruiz Manero afirman que: “Las reglas están destinadas, pues, a que, cuando se dan sus condiciones de aplicación, los órganos jurisdiccionales excluyan, en cuanto a base de su resolución, su propio juicio acerca del balance de razones aplicables y adopten como tal base el contenido de la regla”. Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 120, p. 35.

Asimismo, véase, Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 163.

Por consiguiente, la estructura lógica de la regla es la de un juicio hipotético: “si A es, deber ser B”, lo cual se puede simbolizar como “ $A \supset B$ ” (en donde “ \supset ” es un conector que representa la condicional simple, que se lee “si...entonces”).¹⁹⁶ De manera que resulta evidente que, en estos casos, la labor del juez consiste básicamente en revisar si se cumple con la hipótesis normativa (A): si la respuesta es afirmativa, entonces se aplica mecánica y automáticamente la consecuencia jurídica (B); si la respuesta es negativa, resulta que la norma no es aplicable al caso concreto (y por lo tanto, $\sim B$). Es decir, en las reglas hay un hecho condicionante, y una consecuencia que se le sigue lógicamente.

Por lo tanto, la forma de aplicar las reglas es la *subsunción*.

Los conflictos entre reglas se resuelven ya sea introduciendo una excepción en una de las dos reglas que se contradicen, o declarando inválida al menos a una de ellas.¹⁹⁷ Los tres criterios clásicos de solución de antinomias entre reglas son el cronológico (*lex posterior derogat priori*), el jerárquico (*lex superior derogat inferiori*) y el de especialidad (*lex specialis derogat generali*).¹⁹⁸ En todo caso, se excluye una regla en beneficio de la otra.

Por lo que hace a la caracterización de los *principios*, existen multiplicidad de tesis o criterios para distinguirlos de las reglas, muchos de los cuales suelen ser complementarios.¹⁹⁹ Sin embargo, no es este el lugar apropiado para entrar al análisis detallado y crítico de cada uno de ellos, sino que nos

¹⁹⁶ Berumen Campos, Arturo, *Apuntes de filosofía del derecho*, México, Cárdenas, 2003, pp. 59 y 60.

Por su parte, el maestro García Máynez, explica lo siguiente respecto de la estructura lógica de las reglas: “Ello indica que tienen dos partes o elementos: supuesto jurídico y disposición normativa. Supuesto jurídico es la hipótesis cuya realización condiciona el nacimiento de las consecuencias de derecho; disposición normativa es la parte de la norma que abstractamente señala cuáles son los deberes (o las facultades) condicionados por la realización del supuesto”. García Máynez, Eduardo, *Filosofía del derecho*, 11a. ed., México, Porrúa, 1999, p. 264.

¹⁹⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 193, p. 295.

Véase también, Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 181, p. 73; y Villa, p. 85.

¹⁹⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 127.

En el mismo sentido, *cf.* Barroso, Luis Roberto, *op. cit.* nota 34, p. 10.

A estos criterios tradicionales, se les suele sumar otros como el de competencia y el de prevalencia. *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 127; y Celotto, Alfonso, *Teoría general del ordenamiento jurídico y la solución de antinomias*, trad. de Liliana Rivera Rufino, México, FUNDAP, 2003, pp. 168 y ss.

¹⁹⁹ Por ejemplo, en virtud de su formulación, su contenido normativo, su estructura lógica, su ubicación jerárquica, su función en el razonamiento jurídico, etcétera. Para una revisión de estos criterios, *cf.* Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 120, pp. 145 y ss.; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, pp. 111 y 112; Ávila, Humberto, *op. cit.*, nota 182, pp. 11 y ss.; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 187, pp. 9 y ss.

enfocaremos a exponer el que, en nuestra opinión, es el más decisivo (y a su vez el más útil para la presente investigación): el estructural.

Al exponer la tesis que caracteriza a los principios en atención a su estructura lógica, Guastini señala que

...los principios no son reducibles a la forma estándar de las normas, en la que una consecuencia normativa está vinculada a un hecho condicionante (“Si se produce el hecho *F*, entonces se sigue la consecuencia jurídica *G*”), ya que o bien están, sin más privados del hecho condicionante o bien, al menos, presentan un hecho condicionante abierto.²⁰⁰

Alexy caracteriza a los principios atendiendo a su estructura. Siguiendo su “teoría de los principios”,²⁰¹ el jurista alemán indica que el punto decisivo para distinguir los principios de las reglas, es que los primeros son *mandatos de optimización* (utilizando la expresión “mandato” en término amplio, para incluir también permisiones y prohibiciones). Es decir, los principios son normas “que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes”.²⁰²

Por lo tanto, a diferencia de las reglas, los principios pueden ser cumplidos en diferente grado, dependiendo esa medida de cumplimiento de las posibilidades reales (fácticas) y de las posibilidades jurídicas (principios y reglas opuestas).²⁰³ Es por eso que Guastini indica que, contrario a lo que sucede con las reglas, los principios no imponen obligaciones absolutas (definitivas)

²⁰⁰ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 120, p. 145.

Posteriormente, este autor (además de criticar esa concepción de principios) establece que los principios se distinguen de las reglas por una o más combinaciones de algunas de las tesis, entre ellas, las de la estructura lógica. *Ibidem*, pp. 147, 148, 150 y 151.

²⁰¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 193, pp. 294 y 295.

²⁰² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 86.

Coinciden también: Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 56, pp. 48 y 49; Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 188, p. 895; Fernández Nieto, Josefa, *El principio de proporcionalidad y derechos fundamentales: una perspectiva desde el derecho público común europeo*, Madrid, Dykinson, Universidad Rey Juan Carlos, 2008, pp. 252 y 258; Sieckmann, Jan-R., “Las propiedades lógicas de los principios”, trad. de Cecilia Añaños Meza, en Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 24.

Entre nosotros, los principios son concebidos como mandatos de optimización por Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, pp. 62 y ss.; por Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 163; Galindo Sifuentes, Ernesto, *Argumentación jurídica. Técnicas de argumentación del abogado y del juez*, 4a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 169; y por Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 79.

²⁰³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 86.

sino sólo obligaciones *prima facie*, que pueden ser superadas o derogadas por otros principios.²⁰⁴

Esta es, pues, la clave de la distinción entre principios y reglas, toda vez que mientras las segundas son *mandatos definitivos*, los primeros son *mandatos de optimización*.²⁰⁵

Una consecuencia directa de concebir a los principios como mandatos de optimización, es la particular forma de solucionar las colisiones entre dos principios, lo que probablemente sea la característica que hace más evidente la distinción entre reglas y principios.²⁰⁶ Las colisiones de principios se resuelven en forma diversa que los conflictos de reglas, pues no se invalidará uno de los principios ni se introducirá una cláusula de excepción, sino que un principio cederá ante el otro; es decir, bajo ciertas circunstancias un principio precede al otro, pero en otras circunstancias la precedencia puede ser al revés. Por ende, en cada *caso concreto* los principios tienen diferente peso y prevalece el principio con mayor peso. De ahí que se diga que, mientras los conflictos de reglas se resuelven en la dimensión de la validez, la colisión de principios tiene lugar en la dimensión del peso.²⁰⁷

Es por eso que Dworkin advirtió con acierto que:

Los principios tienen una dimensión que falta en las normas: la dimensión del peso o importancia. Cuando los principios se interfieren (la política de la protección a los consumidores interfiere con los principios de libertad de contratación, por ejemplo), quien debe resolver el conflicto tiene que tener en cuenta el peso relativo de cada uno.²⁰⁸

Así, de acuerdo con las circunstancias del caso en particular, el juzgador debe establecer una relación de precedencia condicionada, en la que se señalarán las condiciones en las que un principio precede al otro.²⁰⁹ A esta

²⁰⁴ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 120, p. 151.

En este sentido, Borowski indica: “Los principios contienen un deber *prima facie*, las reglas un deber definitivo”, y añade: “Los principios son... gradualmente realizables. El grado de realización y la importancia de esta determinan en cada caso concreto qué principio se impone en una colisión entre principios”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 30, pp. 48 y 49.

En el mismo tenor, véase, Moreso i Mateos, Josep Joan, *op. cit.*, nota 194, p. 158.

²⁰⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 193, p. 295.

²⁰⁶ *Idem*; y Cianciardo, Juan, *op. cit.*, nota 188, p. 895.

²⁰⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 89.

²⁰⁸ Dworkin, Ronald, *op. cit.*, nota 87, p. 77.

Cfr. también Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *Sobre neoconstitucionalismo, principios y ponderación. Notas desde la teoría y la filosofía del derecho*, Guayaquil, Edilex, 2011, pp. 114 y 115; Moreso i Mateos, Josep Joan, *op. cit.*, nota 194, p. 158; Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 187, pp. 13 y 14.

²⁰⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 92.

actividad se le llama *ponderación*,²¹⁰ y sobre ella profundizaremos más adelante en el apartado 6.3 del presente capítulo.

A esta tesis que determina que la diferencia entre principios y reglas consiste en que los primeros son mandatos de optimización, se le ha objetado que los mandatos de optimización tienen la estructura de reglas, pues se cumple con el mandato o no se cumple, es decir, el destinatario de la norma “optimiza o no optimiza” (y por lo tanto, hay una aplicación “todo o nada” como en las reglas).²¹¹ Alexy, a nuestro parecer, ha respondido satisfactoriamente a esas críticas, como se demuestra a continuación.

Robert Alexy distingue entre “mandatos a ser optimizados” y “mandatos de optimizar”. Los “*mandatos a ser optimizados*” son los objetos o materia de la ponderación, y pueden ser calificados como “ideales” o “deber ser ideales”. Un “deber ser” ideal es algo destinado a ser optimizado y, entonces, a transformarse en un “deber ser” real.²¹²

En cambio, los “*mandatos de optimizar*”, es decir, los mandatos de optimización, imponen la obligación de realizar en la mayor medida de lo posible

²¹⁰ La “ponderación resulta un procedimiento idóneo para resolver casos donde entran en juego principios tendencialmente contradictorios que en abstracto pueden convivir sin dificultad”. Prieto Sanchís, Luis, Voz “Ponderación (Juicio de)”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 479.

Por su parte, Carlos Bernal Pulido indica: “La ponderación es entonces la actividad consistente en sopesar dos principios que entran en colisión en un caso concreto para determinar cuál de ellos tiene un peso mayor en las circunstancias específicas, y, por tanto, cuál de ellos determina la solución para el caso”. Bernal Pulido, Carlos, “La ponderación como procedimiento para interpretar los derechos fundamentales”, en Cáceres, Enrique, Flores, Imer B., Saldaña, Javier, y Villanueva, Enrique (coords.), *Problemas contemporáneos de la filosofía del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 19.

En igual sentido, Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 181, p. 73; Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 47, p. 81; y Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 202, p. 14.

²¹¹ Esta crítica se encuentra en Aarnio, Aulis, “Taking Rights Seriously”, *Archives for philosophy of law and social philosophy*, suplemento 42, 1990, p. 187, citado por Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 193, p. 300.

Una crítica similar es formulada por Atienza y Ruiz Manero, quienes clasifican a los principios en directrices (“norma que estipula la obligación de perseguir determinados fines”) y principios en sentido estricto (“norma que expresa valores superiores de un ordenamiento jurídico..., de un sector del mismo, de una institución, etcétera”). Para estos autores, el caracterizar a los principios como mandatos de optimización que pueden ser cumplidos en diversos grados, sólo vale para las directrices y no para los principios en estricto sentido; y ponen como ejemplo el principio de igualdad, afirmando que el mismo “exige un cumplimiento pleno: o se cumple o no se cumple (o se realiza o no se realiza una acción discriminatoria), pero no caben modalidades graduables de cumplimiento”. *Cfr.* Atienza, Manuel, y Ruiz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 120, pp. 26, 27, 31 y 33.

²¹² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 193, p. 300.

Cfr. también, Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 202, pp. 15 y ss.

su objeto (los mandatos a ser optimizados). Los mandatos de optimización no se optimizan, sino que se *cumplen* cuando se realiza la optimización.²¹³

Por lo tanto, los principios no son en realidad mandatos de optimización, sino el objeto de la ponderación (mandatos a ser optimizados). Hay una conexión indispensable entre el “deber ser” ideal (es decir, el principio propiamente dicho) y el mandato de optimización, que es en realidad una regla. El principio implica el mandato de optimización y viceversa; son las dos caras de una misma moneda.²¹⁴

Esto puede esquematizarse de la siguiente forma:

- Principio —————> Es un mandato a ser optimizado (su aplicación no es todo o nada).
- Mandato de optimización —————> No es un principio, sino una *regla* que viene adherida a un principio. Esta regla se cumple o se incumple (su aplicación es todo o nada); es decir, se optimiza o no se optimiza el principio al que está adherida.

El mandato de optimización no es lo que se pondera, sino lo que se pondera es el principio al cual va adherido el mandato de optimización.

Así, concluye Alexy que el mandato de optimización está comprendido en el concepto de principio. Sin embargo, por razones de simplicidad, recomienda designar a los principios como mandatos de optimización (como usualmente lo hace este autor), y sólo acudir a estas precisiones o tecnicismos cuando sea necesario.²¹⁵ De manera que la forma técnicamente correcta de caracterizar a los principios es como mandatos a ser optimizados, en tanto que los mandatos de optimización son otro tipo de normas diferentes (pues son reglas), aunque hay un nexo necesario entre los mandatos a ser

²¹³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 193, p. 300.

²¹⁴ *Ibidem*, pp. 300 y 301.

Respecto a la crítica de Atienza y Ruiz Manero (la cual expusimos en la nota al pie 211), Alexy la rebate afirmando que la propiedad de los principios en sentido estricto, consistente en ser cumplidos o no cumplidos, es trivial, pues se llega a ella cuando el intérprete les agrega una cláusula general de reserva que dice: “y cuando otro principio con mayor peso no ordene otra cosa”; pero sin esa cláusula, los principios en sentido estricto no se pueden aplicar todo o nada, de manera que son mandatos *prima facie* respecto de los que primero debería descartarse existieran otros principios “de mayor peso” (lo que implica una ponderación), para entonces convertirse en mandatos definitivos de aplicación todo o nada. *Cfr.* Alexy, Robert, “Sobre la estructura de los principios jurídicos”, en Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal Pulido, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, pp. 118-122.

²¹⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 193, p. 301.

optimizados y los mandatos de optimización. Y con esto se aprecia que, estructuralmente, los principios son diferentes a las reglas.

2. *La importancia de los principios en la teoría de los derechos humanos*

Las normas jurídicas a las que se les ha identificado con principios, son de capital importancia en materia de derechos humanos. La principal razón de esto es que la mayoría de las normas de derecho fundamental son principios.²¹⁶ Claramente dice Carbonell que “los textos constitucionales modernos están llenos de principios, no de reglas”.²¹⁷

Aunque desde luego, las normas de derechos humanos no necesariamente serán siempre principios, sino que también puede haber reglas. Por lo tanto, existe un sistema mixto en donde las disposiciones iusfundamentales pueden contener principios y reglas.²¹⁸

En esta tónica, e incluso fuera del ámbito estrictamente constitucional, los principios han cobrado más relevancia, pues antes eran una fuente del derecho a la que se recurría como última opción, mientras que ahora son la fuente primordial.²¹⁹

3. *Fuentes de los derechos humanos*

Para saber cuáles son los derechos humanos protegidos en México, tenemos que acudir a la dogmática jurídica, es decir, hay que estudiar las fuentes de estos derechos en nuestro sistema jurídico.

²¹⁶ Kumm, Mattias, “Fundamental rights as principles: on the structure and domain of constitutional justice”, en Eriksen, Erik O., y Menéndez, Agustín J. (coords.), *Constitutional rights through discourse. On Robert Alexy’s legal theory. European and theoretical perspectives*, Noruega, Universidad de Oslo, Universidad de León, 2004, p. 203; Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 56, pp. 47 y 48; Brage Camazano, Joaquín, *Los límites a los derechos fundamentales*, Madrid, Dykinson, 2004, p. 41; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, “El caso Castañeda Gutman. El juicio de proporcionalidad en sede internacional”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Facultad de Derecho, t. LX, núm. 251, enero-junio 2009, p. 393.

²¹⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 127.

²¹⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 135 y 138.

Asimismo, Rolla afirma que “la garantía constitucional en la casi totalidad de los derechos reconocidos como fundamentales está asegurada por la presencia simultánea de principios y de reglas”. Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 47, p. 47.

De igual forma, Barroso nos explica que muchas normas de derecho fundamental están plasmadas constitucionalmente como principios (libertad, igualdad, por ejemplo), mientras que otras como reglas (como sería el caso de la irretroactividad de la ley). *Cfr.* Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 34, p. 14.

²¹⁹ Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 27, p. 354.

Siguiendo a Miguel Carbonell,²²⁰ podemos decir que las fuentes de los derechos fundamentales en México son: *a)* la Constitución, *b)* la reforma constitucional, *c)* los tratados sobre derechos humanos, y *d)* la jurisprudencia. Haremos una breve referencia a cada una de esas fuentes.

a) La Constitución. La Constitución es la ley fundamental de un Estado, se refiere a la forma en que se arreglan u organizan los principios y los órganos públicos de ese Estado, siendo piedra de toque del orden jurídico e instrumento que define el ser político de un país.²²¹ A pesar de que parezca una obviedad,²²² hay que recalcar que las normas contenidas en la Constitución son *jurídicas*, y por lo tanto, vinculantes e imperativas, por lo que expresan verdaderos mandatos jurídicos que deben acatarse.²²³

²²⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, pp. 52 y ss.

²²¹ Fix-Zamudio, Héctor, y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 62, p. 51.

²²² Afirma Vigo que “el problema del carácter normativo de la Constitución no genera mayores conflictos doctrinarios en la actualidad”. Vigo, Rodolfo Luis, *op. cit.*, nota 15, p. 61.

De igual manera, Carbonell establece: “El que la Constitución sea, ante todo, un orden jurídico, un ordenamiento o una parte de él supone que deba considerársele, en primer lugar, como norma. De ello se deriva que sus preceptos tienen que concebirse como vinculantes para la conducta de los sujetos a los que se destinan”. Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 39, p. 149.

En igual sentido, Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 105.

²²³ Explica Cossío Díaz que hay dos posibilidades iniciales en cuanto a la manera de representar la Constitución: un enfoque normativo (comprender a la Constitución a partir de las funciones que desempeña dentro del orden jurídico) y un enfoque político (explicar la Constitución como un producto del poder); y advierte ese autor que los juristas mexicanos del siglo XX siguieron mayoritariamente el enfoque político, habiendo poco interés por el estudio normativo de la Constitución, y sí, en cambio, se le presentó a esta como un objeto de estudio sustantivo y emotivo. *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, *Dogmática constitucional y régimen autoritario*, 2a. ed., México, Fontamara, 2000, pp. 43-45 y 69.

En el mismo tenor, Carbonell nos refiere que el constitucionalismo decimonónico consideraba a la Constitución como un programa de acción política, mientras que el constitucionalismo moderno estima, sin la menor duda, que la Constitución es una norma con todos sus extremos y con todas sus consecuencias. *Véase*, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 39, p. 175.

De igual forma, Aguilera y López explican que tradicionalmente el tipo de lectura que se hacía de la Constitución en México era siempre de carácter político, por lo que el cambio de paradigma es reciente. *Cfr.* Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, nota 31, pp. 182 y 183.

Asimismo, *cf.* Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, “La justicia constitucional en México. Balance y resultados”, en Corzo Sosa, Edgar, y Vega Gómez, Juan (coords.), *Tribunales y justicia constitucional. Memoria del VII congreso iberoamericano de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 424 y 426; y La Torre, Massimo, *op. cit.*, nota 18, p. 21.

Para más datos sobre el desarrollo y aceptación de la concepción normativa de la Constitución, *cf.* García de Enterría, Eduardo, *op. cit.*, nota 15, pp. 55 y ss.

Al ser nuestro país una federación, tiene una Constitución Federal y constituciones de cada uno de los estados que la integran; empero las segundas emanan de la primera, en tanto el artículo 41 de la federal prevé la existencia de constituciones “particulares” de los estados, las cuales están subordinadas a las “estipulaciones del Pacto Federal”, mientras que el artículo 133 establece que los jueces estatales se deben arreglar a lo que diga la Constitución Federal a pesar de que hubieran disposiciones en contrario en las constituciones de los estados. Tanto la Constitución federal, como las constituciones locales (y el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal), contienen derechos humanos,²²⁴ por lo que ambas son fuentes de esta clase de derechos. No obstante, dado su alcance territorial general y su supremacía, en el resto del presente estudio nos referiremos a los derechos humanos previstos en la Constitución Federal.

Si bien, teóricamente se suele distinguir entre la parte orgánica y la parte dogmática de la Constitución,²²⁵ la verdad es que podremos encontrar derechos humanos en diversas partes del texto constitucional, y no sólo en los primeros 29 artículos.²²⁶

b) *La reforma constitucional.* El listado de derechos humanos contemplado en la Constitución no es un universo cerrado, sino que puede irse ampliando mediante adiciones,²²⁷ y el procedimiento mediante el cual se adicionan estos derechos es la reforma constitucional.²²⁸ Según el artículo 135 constitucional, para realizar la reforma a la ley suprema se requiere un acuerdo del Congreso de la Unión mediante el voto de las dos terceras partes de los presentes, así como la aprobación de la mayoría de las legislaturas de los estados.

²²⁴ Apreza Salgado, Socorro, y Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “Algunos alcances sobre la eficacia de los derechos fundamentales en México”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, UNAM, Facultad de Derecho, t. LVII, núm. 248, julio-diciembre 2007, p. 160.

²²⁵ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, 33a. ed., México, Porrúa, 2000, p. 23.

En cambio, Cossío estima que no es válido distinguir entre parte dogmática y parte orgánica, pues toda Constitución está animada por los mismos valores y las partes de tal ordenamiento tienden a una finalidad común. *Cfr.* Cossío Díaz, José Ramón, *Estado social y derechos de prestación*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1989, p. 47.

²²⁶ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 52.

En el mismo sentido, *cfr.* Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 64, p. 188; Mijangos y González, Javier, *Los derechos fundamentales en las relaciones entre particulares*, México, Porrúa, IMDPC, 2007, p. 71; y Rojas Caballero, Ariel Alberto, *Las garantías individuales en México*, 3a. ed., México, Porrúa, 2004, p. 58.

²²⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 60.

²²⁸ Por reforma constitucional, debemos entender la actividad de carácter normativo por medio de la cual se modifica el texto constitucional, mediante la intervención de los órganos que crean la ley y cumpliendo con un procedimiento preestablecido. *Cfr.* Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *op. cit.*, nota 62, p. 103.

c) *Los tratados*. Esta es una fuente de derechos fundamentales de enorme trascendencia práctica, pues además de ser un motor primordial del desarrollo mundial de tales derechos en tiempos recientes, las convenciones internacionales contemplan derechos que no están previstos en la Constitución o proporcionan perspectivas complementarias a nuestro texto constitucional.²²⁹ De acuerdo con el artículo 133 constitucional, los tratados celebrados por el presidente y que sean aprobados por el Senado, son Ley Suprema de toda la Unión; de ahí que, cuando se cumplen esos requisitos, los tratados se convierten en derecho mexicano y puedan ser aplicados por nuestro país.

Respecto de la jerarquía normativa de los tratados de derechos humanos, la reforma constitucional de 2011 los ubica al mismo nivel que la propia Constitución, como se desprende de su artículo 1o: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte”.²³⁰ Sin embargo, incluso antes de esa reforma, existían pronunciamientos judiciales que ubican a los tratados iusfundamentales exactamente al mismo nivel que la Constitución, por implicar una ampliación de los derechos ahí protegidos.²³¹

Esto encuentra un feliz complemento en materia de garantías, pues con las reformas constitucionales en materia de amparo (artículo 103, fr. I), también de 2011, dicho medio de control de la constitucionalidad es procedente inmediatamente por violación a los tratados de derechos humanos (y no sólo por contravención al principio de legalidad previsto en los artículos 14 y 16 constitucionales, como tradicionalmente se entendía). Esto sin men-

²²⁹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 61.

En términos semejantes, *cf.* Apreza Salgado, Socorro, y Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, nota 224, pp. 160 y 165; y Olivos Campos, José René, *Los derechos humanos y sus garantías*, 2a. ed., México, Porrúa, 2011, p. 37 (quien ignorando el artículo 133, no sólo incluye los tratados, sino también las declaraciones).

²³⁰ “Uno de los temas más relevantes que significarán un partaguas en el orden jurídico mexicano es el otorgamiento de rango constitucional a las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales, con la correspondiente obligación de su acatamiento por parte de los operadores jurídicos”. Carmona Tinoco, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales”, en Carbonell, Miguel, y Salazar, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 44.

²³¹ *Cfr.* Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito, “TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena Época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 2079.

cionar sobre el deber de aplicar dichos tratados, dado el control difuso de convencionalidad que ahora opera en nuestro país.²³²

d) *La jurisprudencia.* La jurisprudencia es una verdadera fuente del derecho,²³³ y consiste en las interpretaciones y consideraciones jurídicas integrativas uniformes que hace una autoridad judicial designada para tal efecto por la ley, respecto de uno o varios puntos de derechos especiales y determinados que surgen en un cierto número de casos concretos semejantes que se presenten, en la inteligencia de que dichas consideraciones e interpretaciones son obligatorias para los inferiores jerárquicos de las mencionadas autoridades y que expresamente señala la ley.²³⁴

El artículo 94 constitucional establece que corresponde al legislador fijar los términos de obligatoriedad de la jurisprudencia que establezcan los tribunales federales sobre la interpretación de la Constitución, las leyes y reglamentos (locales y federales), y los tratados internacionales.

Explicadas las fuentes, corresponde ahora hacer una referencia a la posibilidad de clasificar los derechos humanos.

V. TIPOS DE DERECHOS HUMANOS

La tipología y clasificación de los derechos fundamentales es un tema bastante socorrido por los estudiosos en la materia, por lo que se suelen hacer múltiples clasificaciones a partir de los más variados criterios.

Sin embargo, la clasificación más extendida es aquella de carácter preponderantemente histórico, y que distingue, por un lado, los derechos civiles y políticos, de los derechos económicos, sociales y culturales, por el otro lado.²³⁵ Es así que se habla de distintas “generaciones”²³⁶ de derechos

²³² Véase del Pleno de la SCJN: “PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Décima época, libro III, diciembre de 2011, p. 551; y “CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Décima época, libro III, diciembre de 2011, p. 535.

²³³ Cfr. Góngora Pimentel, Genaro, *Introducción al estudio del juicio de amparo*, Décima ed., México, Porrúa, 2004, pp. 622 y 623; y Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, nota 26, p. 72.

²³⁴ Burgoa Orihuela, Ignacio, *El juicio de amparo*, 33a. ed., México, Porrúa, 1997, p. 821.

²³⁵ Atienza, Manuel, “Una clasificación de los derechos humanos”, *Anuario de derechos humanos*, Madrid, núm. 4, 1986-87, p. 29.

²³⁶ Por ejemplo, Labrada Rubio se adhiere a esta clasificación de los derechos en generaciones, encontrando una “primera generación” integrada por los derechos civiles y políticos, en la “segunda generación” estarían los derechos sociales y económicos, habría una “tercera generación” que abarcaría los derechos culturales, y hasta una “cuarta generación” integra-

humanos, cuya distinción se basa en dos criterios: su aparición en el tiempo y su régimen de tutela.²³⁷

El criterio de aparición en el tiempo se basa en la idea simplista de que los derechos humanos han surgido y se han agrupado progresivamente y de manera lineal. Empero, se puede constatar que existen países que han reconocido primero los derechos sociales y, luego, algunos derechos políticos. En cuanto al criterio de su régimen de tutela, se considera que las libertades públicas tradicionales están plenamente garantizadas, mientras que los derechos políticos están en una situación intermedia, y los derechos sociales serían poco más que declaraciones huecas.²³⁸

No obstante, nos sumamos a las posturas que consideran más perjudicial que benéfica la clasificación de los derechos humanos en generaciones,²³⁹ en tanto sirve de pretexto para el incumplimiento (o protección devaluada) de los derechos que tradicionalmente se ubican en la “segunda generación”. De hecho, como bien ha destacado Cruz Parceró,²⁴⁰ se trata de una clasi-

da por los resultados del desarrollo de la técnica. *Cfr.* Labrada Rubio, Valle, *Introducción a la teoría de los derechos humanos: Fundamento. Historia. Declaración universal de 10 de diciembre de 1948*, Madrid, Civitas, 1998, pp. 122-125.

En términos similares, véase, Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 181, pp. 49 y 50, quien también expone (aunque no comparte) esa clasificación.

Dentro de nuestra doctrina, también clasifica los derechos humanos en generaciones: Olivos Campos, José René, *op. cit.*, nota 229, pp. 24 y ss.

²³⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 45.

²³⁸ *Idem.*

A mayor abundamiento, Montemayor explica tres criterios que se invocan para distinguir los derechos de la primera y segunda generaciones: 1) Inmediata aplicación de los derechos de la primera generación y no de los de la segunda; 2) La complejidad de crear condiciones para el cumplimiento de los derechos de segunda generación; y 3) El problema de la justicia-bilidad de los derechos de segunda generación. Véase, Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 181, p. 51.

²³⁹ Por ejemplo, Pisarello, Gerardo, *Los derechos sociales y sus garantías. Elementos para una reconstrucción*, Madrid, Trotta, 2007, p. 19; Hernández Cruz, Armando, *Los derechos económicos, sociales y culturales y su justiciabilidad en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2010, pp. 16 y 17; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 45; Montemayor Romo de Vivar, Carlos, *op. cit.*, nota 181, pp. 52 y ss.

En este sentido, Ansuátegui indica que “la concepción generacional de los derechos se ha considerado como problemática en tanto que constituiría un cliché o un molde que, cargado de implicaciones teóricas y prácticas, condicionaría (y deformaría) el sentido de los derechos”. Ansuátegui Roig, Francisco Javier, “Argumentos para una teoría de los derechos sociales”, *Revista de derecho del Estado*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, núm. 24, julio de 2010, p. 53.

²⁴⁰ Cruz Parceró, Juan Antonio, “Derechos sociales: clasificaciones sospechosas y delimitación conceptual”, en Cantón J., Octavio, y Corcuera C., Santiago (coords.), *Derechos económicos, sociales y culturales. Ensayos y materiales*, México, Porrúa, UIA, 2004, pp. 3 y ss.

ficación relativamente arbitraria y que no es consecuente con sus propios criterios de distinción. Veamos.

Un primer criterio de distinción que se suele alegar es que los derechos civiles y políticos sólo generan deberes negativos o de abstención a los estados (un no hacer), mientras que los derechos económicos, sociales y culturales generan deberes positivos (un hacer) que normalmente implican erogaciones del erario público.²⁴¹ Sin embargo, tal aseveración es falsa, en tanto los derechos individuales también traen aparejados deberes jurídicos positivos a cargo del Estado, y no meras abstenciones;²⁴² mientras que, de igual forma, los derechos tradicionalmente calificados de “sociales”, no sólo generan a cargo del Estado deberes de hacer, sino también de abstención.

Desde esta perspectiva, las diferencias entre derechos civiles y políticos y derechos económicos, sociales y culturales son diferencias de grado, más que diferencias sustanciales. Puede reconocerse que la faceta más visible de los derechos económicos, sociales y culturales son las obligaciones de hacer, y es por ello que a veces se los denomina “derechos-prestación”. Sin embargo, no resulta difícil descubrir cuando se observa la estructura de estos derechos la existencia concomitante de obligaciones de no hacer: el derecho a la salud conlleva la obligación estatal de no dañar la salud; el derecho a la educación supone la obligación de no empeorar la educación; el derecho a la preservación de un medio ambiente sano implica la obligación de no destruir el medio ambiente... En suma, los derechos económicos, sociales y culturales también pueden ser caracterizados como un conjunto de obligaciones positivas y negativas por parte del Estado, aunque en este caso las obligaciones positivas revistan una importancia simbólica mayor para identificarlos.²⁴³

²⁴¹ Cfr. Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *Los derechos sociales como derechos exigibles*, 2a. ed., Madrid, Trotta, 2004, p. 21.

²⁴² “En síntesis, la estructura de los derechos civiles y políticos puede ser caracterizada como un conjunto de obligaciones negativas y positivas de parte del Estado: obligación de abstenerse de actuar en ciertos ámbitos y realizar una serie de funciones, a efectos de garantizar el goce de la autonomía individual e impedir su afectación por otros particulares”. *Ibidem*, p. 24.

En el mismo sentido, Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 782; Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 240, p. 5; y Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 47, p. 47.

²⁴³ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 241, pp. 24 y 25.

Asimismo, cfr. Cruz Parceró, Juan Antonio, *op. cit.*, nota 240, p. 5; y Donnelly, Jack, *Universal human rights in theory and practice*, 2a. ed., EUA, Cornell University, 2003, p. 30.

En términos semejantes, aunque negando que se trate de una mera diferencia de grado, Cossío estima que el elemento prestacional es el que nos permite caracterizar a los derechos sociales (siendo dicho elemento el objeto mismo de tales derechos). Cfr. Cossío Díaz, José Ramón, *op. cit.*, nota 225, p. 88.

Un segundo criterio de distinción es que los derechos sociales no son, supuestamente, verdaderos derechos humanos, en tanto no son exigibles o justiciables, y son libremente configurables por el legislador ordinario.²⁴⁴ Empero, como bien demuestra Ferrajoli, no se debe confundir el derecho con su garantía,²⁴⁵ de manera que el hecho de que un derecho carezca de garantía (o esta sea deficiente), no le quita el carácter de derecho fundamental. De igual forma, y amén de que cualquier clase de derechos humanos exigen concreciones legislativas,²⁴⁶ Alexy nos recuerda que todos los derechos fundamentales (incluyendo los llamados “sociales”) limitan la competencia del legislador (incluso afectando su competencia presupuestaria),²⁴⁷ por lo que también tienen un contenido mínimo indisponible.

Asimismo, se suele decir que, a diferencia de los derechos civiles y políticos, los derechos sociales no son exigibles, en tanto no imponen verdaderos deberes jurídicos a los estados. Como bien afirma Courtis, sólo basta con leer para advertir el contenido obligacional de los derechos sociales, pues los órganos internacionales de supervisión de los tratados sobre derechos humanos han generado documentos específicos para comprender los deberes derivados de los derechos sociales.²⁴⁸ Por ejemplo, el Comité DESC de las Naciones Unidas ha emitido diversos documentos sobre el particular, como los Principios de Maastricht o la observación general núm. 3, relativa a la naturaleza de las obligaciones de los estados parte del PIDESC.

En este sentido, las obligaciones de los estados en materia de derechos sociales suelen clasificarse en tres grupos: obligaciones de respeto, de protección y de satisfacción.²⁴⁹ Una obligación será de *respeto* cuando el Estado (noción que incluye a todos sus organismos o agentes) tiene un deber de abstenerse de cualquier conducta que atente contra la libertad de las per-

²⁴⁴ Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, nota 239, p. 79.

²⁴⁵ Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 59, pp. 59 y 64.

Inclusive, Alexy establece, con base a la jurisprudencia alemana, que ante un legislador inoperante, los tribunales pueden constatar desde una mera violación a la Constitución, la fijación de un plazo dentro del cual se deba legislar, y hasta la formulación judicial directa de lo ordenado por la Ley Fundamental. *Cfr.* Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, trad. de Ernesto Garzón Valdés, en Carbonell, Miguel, Cruz Parcero, Juan A., y Vázquez, Rodolfo (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2000, p. 81.

²⁴⁶ Pisarello, Gerardo, *op. cit.*, nota 239, p. 79.

²⁴⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 245, p. 80.

²⁴⁸ Courtis, Christian, “Derechos sociales y justiciabilidad”, en VV.AA., *Memoria del coloquio sobre derechos sociales*, México, SCJN, 2006, p. 160.

²⁴⁹ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 241, p. 31, y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 786.

sonas, de los grupos sociales o arriesgue sus derechos; la obligación se caracterizará como de *proteger* cuando el Estado debe adoptar medidas para evitar que ciertos sujetos violen los derechos de otros (lo que no sólo incluye mecanismos reactivos ante las violaciones, sino también preventivos); y las obligaciones son de *satisfacción* (cumplir o realizar) cuando el Estado ha de adoptar medidas activas (inclusive, acciones positivas a favor de grupos vulnerables) para que las personas puedan disfrutar sus derechos cuando no puedan hacerlo por sí mismos.²⁵⁰

En particular, dentro de las obligaciones que los derechos sociales imponen a los estados, destaca la de *progresividad y no regresividad*²⁵¹ que deriva del artículo 2.1 del PIDESC, la cual es un reconocimiento de que la plena satisfacción de los derechos sociales no es inmediata, sino que se debe ir dando progresivamente conforme a las posibilidades reales de cada Estado.²⁵² Asimismo, a partir de la reforma constitucional de 2011, esto se encuentra previsto en el artículo 1o. de nuestra carta magna, como se observa en la siguiente frase: “Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y *progresividad*”.

De la obligación de progresividad se desprende también la prohibición de regresividad, es decir, la prohibición de que los Estados parte den marcha atrás en los niveles alcanzados de satisfacción de los derechos; por eso se puede afirmar que la obligación de los Estados parte en relación con los derechos establecidos en el Pacto es de carácter ampliatorio.²⁵³

Las anteriores consideraciones sobre la obligatoriedad de los derechos sociales frente al Estado fueron ignoradas por la doctrina jurídica dominan-

²⁵⁰ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, pp. 786 y 787.

²⁵¹ Por ejemplo, *cf.* Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 241, pp. 92 y ss.; Álvarez, Clara Luz, *op. cit.*, nota 50, pp. 135 y 136; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, pp. 792 y ss.; Carpizo, Jorge, *op. cit.*, nota 53, p. 21.

²⁵² Para más detalles, véase Noguera Fernández, Albert, “Los derechos sociales y la recepción del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales en el derecho constitucional argentino”, *Revista Latinoamericana de Derecho Social*, México, núm. 11, julio-diciembre 2010, pp. 145 y 146.

²⁵³ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 793.

Por tal razón, al ser de carácter ampliatorio la obligación del Estado, este no puede disminuir o derogar los derechos ya existentes. *Cfr.* Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 241, p. 94.

Esta idea la retomaremos en los capítulos tercero y quinto, en relación con el debate sobre privarles o disminuirles su protección a los autores.

te del siglo XX en México, en donde las llamadas “garantías sociales” eran concebidas como una serie de limitaciones a grupos poderosos (principalmente patrones y terratenientes) frente a sectores sociales desfavorecidos (trabajadores y campesinos señaladamente).²⁵⁴ Como bien explica Cossío, el texto constitucional original de 1917 no imponía al Estado obligaciones de carácter prestacional (con excepción de la educación básica gratuita),²⁵⁵ mientras que los derechos introducidos con posterioridad al año 1970 (protección a la familia, derecho a la salud, a la vivienda, de los consumidores, de los indígenas, etcétera) fueron concebidos como meras normas programáticas.²⁵⁶ La consecuencia de esta concepción dominante fue que, para nuestra doctrina mayoritaria del siglo XX, los derechos sociales no eran jurídicamente exigibles frente al Estado, y por ende, no era procedente la principal garantía constitucional: el amparo.²⁵⁷

Recapitulando: los derechos sociales no son diferentes a los derechos de libertad o autonomía, pues ambos tipos de derechos son obligatorios para el Estado y están integrados tanto por deberes de abstención y de prestación.

Entonces, si no hay diferencias esenciales entre los derechos de libertad y los sociales, ¿por qué hacer esa distinción y conservar el concepto de “derechos sociales”? Como apuntan Abramovich y Courtis, la distinción es de utilidad porque refleja la operación de dos *paradigmas político-ideológicos* de regulación jurídica: el modelo del “derecho privado clásico” y el del “derecho social”;²⁵⁸ señalando que el segundo no sustituye al primero, sino que

²⁵⁴ Ejemplos de esta concepción puede encontrarse en Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 64, p. 704; Del Castillo del Valle, Alberto, *op. cit.*, nota 65, p. 109; Olivios Campos, José René, *op. cit.*, nota 229, p. 251; Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op. cit.*, nota 226, pp. 621 y 622; y Trueba Urbina, Alberto, *Derecho social mexicano*, México, Porrúa, 1978, p. 522.

Para una reseña de este fenómeno y para una distinción entre *derechos sociales* y *derechos de clase*, *cf.* Castro y Castro, Juventino V., “Los derechos sociales en la Constitución de 1917”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Derechos fundamentales y tutela constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Marcial Pons, IMDPC, 2008, t. IV, pp. 665-667.

²⁵⁵ Cossío Díaz, José Ramón, *Bosquejos constitucionales*, México, Porrúa, 2004, p. 74.

²⁵⁶ *Ibidem*, p. 79; y Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, pp. 776 y 777.

²⁵⁷ A manera de ejemplo, ideas como estas pueden encontrarse en: Castro y Castro, Juventino V., *op. cit.*, nota 254, pp. 668 y 669, y Rojas Caballero, Ariel Alberto, *op. cit.*, nota 226, p. 620.

²⁵⁸ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 241, pp. 47-49.

En este orden de ideas, Ferrajoli indica que cuando un ordenamiento constitucional “incorpore también obligaciones, que requieren prestaciones *positivas* en garantía de derechos sociales, se le caracterizará como *estado de derecho social*”. Ferrajoli, Luigi, *op. cit.*, nota 88, p. 861.

corrige sus disfunciones (mediante la intervención del Estado en los casos en que el mercado no puede garantizar resultados aceptables).²⁵⁹

Lo aquí puntualizado sobre los derechos sociales es relevante para la presente investigación, pues nos ayudará a entender el alcance jurídico de la protección a los autores prevista en el PIDESC, el Protocolo de San Salvador y diversos textos constitucionales, como se explica en el capítulo tercero. Asimismo, en el capítulo cuarto analizamos determinados derechos sociales, en tanto algunos de estos eventualmente colisionan con los derechos de los autores.

Una vez hecha la clasificación de los derechos humanos, pasemos a analizar una de las herramientas más destacadas en la materia: el principio de proporcionalidad (mismo que es pieza clave para la propuesta que hacemos en el capítulo quinto del presente trabajo).

VI. EL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD

Uno de los aspectos más destacados del constitucionalismo contemporáneo es el llamado principio de proporcionalidad, el cual es utilizado con natural frecuencia por la jurisdicción constitucional europea y americana.²⁶⁰

En términos generales, se puede decir que la función del principio de proporcionalidad es estructurar el procedimiento interpretativo para la de-

²⁵⁹ Abramovich, Víctor, y Courtis, Christian, *op. cit.*, nota 241, pp. 52 y 53.

²⁶⁰ En efecto, según advierte Sánchez Gil, la proporcionalidad se aplica en forma casi generalizada en el mundo jurídico occidental, sin importar que se trate de tribunales internos (como por ejemplo: Alemania, España y Francia, en Europa; o los Estados Unidos y Argentina, en América) o internacionales (como el Tribunal Europeo de Derechos Humanos). *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 5.

En el mismo sentido, *cf.* Silva Meza, Juan N., “Derechos fundamentales: algunos retos institucionales para el siglo XXI”, *Revista del posgrado en derecho de la UNAM*, México, UNAM, vol. 3, núm. 4, enero-junio 2007, p. 390.

Igualmente, Alexy indica que el principio de proporcionalidad se aplica, explícita o implícitamente, casi en todo lugar donde se ejercen facultades de revisión constitucional. *Cfr.* Alexy, Robert, “On balancing and subsumption. A structural comparison”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 4, diciembre 2003, p. 436.

Cfr. también Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, “Proportionality, balancing and global constitutionalism”, *Columbia journal of transnational law*, EUA, vol. 47, núm. 1, 2008-2009, pp. 73, 74 y 112 (quienes afirman que el análisis de proporcionalidad se ha expandido por toda Europa —incluyendo el Reino Unido por influencia del derecho comunitario— y se abre brecha en América Central y Sudamérica).

También *cf.* Beatty, David M., *The ultimate rule of law*, Nueva York, Oxford University Press, 2004, p. 163.

terminación del contenido de los derechos fundamentales que resulta vinculante para las autoridades,²⁶¹ por lo que tal principio impone ciertas pautas de decisión a aquellos órganos estatales ante los que se ventilan colisiones de principios y/o bienes jurídicos con el fin de armonizar su satisfacción.²⁶² Esas pautas “se refieren al examen de elementos objetivos y buscan eliminar en lo posible la arbitrariedad subjetiva en la resolución correspondiente (sea judicial, legislativa o administrativa) y procuran hacerla racional”.²⁶³

Si bien es cierto que el principio de proporcionalidad se aplica en materia constitucional para lograr una justa solución de “conflictos” entre derechos fundamentales y otros principios constitucionales,²⁶⁴ no lo es menos que también puede aplicarse a otros sectores del sistema jurídico²⁶⁵ siempre que estemos en presencia de normas jurídicas que adopten la forma de principios, como se podrá constatar a continuación.

En fin, antes de concluir este preámbulo sobre el principio de proporcionalidad y de entrar de lleno a sus cuestiones estructurales, haremos una elemental referencia a su evolución para tener un panorama medianamente satisfactorio de esta institución, lo cual estimamos importante dada la carta

²⁶¹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 77.

Véase, asimismo, Carpizo, Enrique, *Derechos fundamentales. Interpretación constitucional. La Corte y los derechos*, México, Porrúa, IMDPC, 2009, p. 90.

²⁶² Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 1.

De igual forma, *cfr.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 75.

²⁶³ Sánchez Gil, *Idem*.

Cfr. también Nowak, Manfred, *Introduction to the international human rights regime*, Países Bajos, Brill, 2003, p. 61.

²⁶⁴ Alvez, Amaya, “¿Made in Mexico? El principio de proporcionalidad adoptado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación ¿La migración de un mecanismo constitucional?”, *Revista de la Facultad de Derecho de México*, México, t. LX, núm. 253, enero-junio 2010, p. 363; Valentini, Chiara, “The reasonable adjustment of basic liberties. Liberalism and judicial balancing”, Ponencia presentada en el VIII Congreso Mundial de la Asociación Internacional de Derecho Constitucional: Constitución y principios, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 6 al 10 de diciembre de 2010, p. 3 (quien explica que, con excepción de EUA, el principio de proporcionalidad es el mecanismo más socorrido para solucionar los conflictos entre normas constitucionales); y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 3.

En este sentido, Cárdenas Gracia reconoce la importancia social del principio de proporcionalidad en las democracias modernas caracterizadas por su heterogeneidad, afirmando que: “En nuestro tiempo no es aceptable acudir al expediente que jerarquiza los principios *a priori* y de manera absoluta. De darse, significaría entronizar ciertos derechos sobre otros y romper con el carácter abierto y tolerante de las sociedades contemporáneas”. Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 154.

²⁶⁵ De acuerdo con Lopera Mesa, la difusión del principio de proporcionalidad alcanza casi todas las áreas del derecho. *Cfr.* Lopera Mesa, Gloria Patricia, *Principio de proporcionalidad y ley penal. Bases para un modelo de constitucionalidad de las leyes penales*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2006, p. 43.

de naturalización que el principio de proporcionalidad está comenzando a tener en nuestros tribunales (como se verá más adelante) y lo poco conocido que —todavía— es tal principio para el grueso de la comunidad jurídica mexicana.

Según refiere Carlos Bernal Pulido, el principio de proporcionalidad no es una creación de la doctrina y jurisprudencia constitucional de la segunda mitad del siglo XX (como algunos piensan), sino que se trata de una noción usada desde tiempos remotos en las matemáticas y otras áreas del conocimiento, y hasta se reveló como forma de pensamiento en la filosofía práctica de la Grecia clásica.²⁶⁶ Incluso, Sánchez Gil advierte la existencia de proporcionalidad en la naturaleza y en el arte.²⁶⁷

En materia jurídica, se puede encontrar el antecedente del principio de proporcionalidad en el derecho romano, alcanzando importancia en diversos ámbitos del llamado derecho privado. En el derecho público, el principio en estudio aparece junto al contractualismo, como parte de la gestación de los primeros controles jurídicos de la actividad del Estado.²⁶⁸ Paulatinamente, se empezó a gestar la idea de que las intervenciones estatales en la libertad individual deben ser proporcionadas (recuérdense las ideas de César Bonnesana, marqués de Beccaria, sobre la proporcionalidad de las penas).²⁶⁹

Particularmente, durante la etapa del derecho de policía en Prusia (finales del siglo XVII y principios del XVIII) el principio de proporcionalidad tuvo un importante desarrollo, siendo determinante la doctrina de Carl Glottieb Svarez (quien esbozó los subprincipios de necesidad y de ponderación).²⁷⁰ A partir de ahí, el principio de proporcionalidad se ha expandido en forma incesante en el derecho público europeo.²⁷¹

²⁶⁶ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 40.

Cfr. también, Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 30.

²⁶⁷ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, pp. 9-11.

²⁶⁸ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 40.

Como bien explica Sarmiento Ramírez-Escudero: “El principio de proporcionalidad no es sólo una norma de Derecho administrativo, sino una máxima histórica del Derecho público e incluso del Derecho privado”. Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *El principio de proporcionalidad en el derecho administrativo*, tesis para obtener el grado de doctor en derecho, Madrid, Universidad Complutense de Madrid, 2003, p. 203.

²⁶⁹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 42.

²⁷⁰ *Idem*; García Jaramillo, Leonardo, “Buenos tiempos para el neoconstitucionalismo (sobre la aparición de *El examen de proporcionalidad en el derecho constitucional*)”, *Vniversitas*, Bogotá, núm. 120, enero-junio 2010, p. 319; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 33; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 98.

²⁷¹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 43.

A lo largo del siglo XIX, el principio de proporcionalidad comenzó a aplicarse a diversas áreas del derecho administrativo alemán, generalizándose en las jurisdicciones administrativas europeas, al grado de ser aplicado continuamente para controlar la *legalidad* de actos administrativos en países como Italia o Francia.²⁷² Inclusive, el principio de proporcionalidad es comúnmente aplicado en disciplinas tales como el derecho del trabajo, penal, procesal penal, ambiental e incluso, atómico,²⁷³ es decir, el mencionado principio ha logrado “irradiarse a todo el ordenamiento jurídico”.²⁷⁴

Sin embargo, fue el Tribunal Constitucional alemán el primero en aplicar el principio de proporcionalidad al control de la constitucionalidad de la actividad pública; tendencia que se ha generalizado en la jurisdicción constitucional europea tras la Segunda Guerra Mundial.²⁷⁵ Así, el principio de proporcionalidad, procedente del derecho de policía y el derecho administrativo, tiene en la actualidad una muy relevante aplicación en el ámbito constitucional.²⁷⁶

Una vez hecha esta nota introductoria sobre el principio de proporcionalidad, entremos de lleno a su análisis.

²⁷² Hartwig, Matthias, “La ‘proporcionalidad’ en la jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal de Alemania”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, Morales Antoniazzi, Mariela, y Von Bogdandy, Armin (coords.), *La justicia constitucional y su internacionalización. ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Instituto Max Planck, Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2010, t. I, p. 782; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 44; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 35; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 101.

²⁷³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 48.

²⁷⁴ Castaño Vallejo, Raúl, “Intervenciones corporales y principio de proporcionalidad”, *Anuario de derecho constitucional latinoamericano 2007*, Montevideo, Konrad Adenauer Stiftung, t. II, 13er año, 2007, p. 520.

²⁷⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, pp. 49, 51 y 52.

Cfr. también Kumm, Matthias, “Political liberalism and the structure of rights: on the place and limits of the proportionality requirement”, en Pavlakos, George (coord.), *Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy*, Portland, Hart, 2007, p. 132; Valentini, Chiara, *op. cit.*, nota 264, pp. 2 y 3; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 333; Hartwig, Matthias, *op. cit.*, nota 272, p. 782; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 36; y Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, pp. 107 y 112.

²⁷⁶ Häberle, Peter, *La garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales*, Madrid, trad. de Joaquín Brage Camazano, Dykinson, 2003, p. 67.

Coinciden en este punto Nierhaus, Michael, “Administrative law”, en Reimann, Matthias, y Zekoll, Joachim (coords.), *Introduction to german law*, 2a. ed., La Haya, Kluwer Law International, 2005, p. 90; y García Jaramillo, Leonardo, *op. cit.*, nota 270, p. 319.

1. *La máxima observancia de los derechos fundamentales como mandato de optimización*

Como ya se explicó en el subcapítulo IV, número 1, de este capítulo, las normas jurídicas identificadas como principios implican mandatos de optimización; es decir, exigen que algo sea cumplido en la mayor medida de lo posible.

Acertadamente, Alexy indica que hay una conexión estrecha entre los principios y la máxima de proporcionalidad (*Verhältnismäßigkeitsgrundsatz*), afirmando que “el carácter de principio implica la máxima de proporcionalidad, y ésta implica aquella”.²⁷⁷ Así, pues, hay una implicación recíproca entre los principios y la proporcionalidad;²⁷⁸ por lo tanto, quien rechace la teoría de los principios debe rechazar también el principio de proporcionalidad, de manera que la disputa sobre la teoría de principios, es un reflejo de la disputa sobre el principio de proporcionalidad.²⁷⁹

A mayor abundamiento, “el carácter de principios de los derechos fundamentales se sigue lógicamente del principio de proporcionalidad”,²⁸⁰ de manera que los tres subprincipios de la proporcionalidad (que a continuación se estudian) definen lo que debe entenderse por “optimización”.²⁸¹ Por lo tanto, la máxima de proporcionalidad deriva de *todo tipo de normas que tengan la estructura de principios*, ya sean normas de derecho fundamental o cualquier otro tipo de norma que sea un principio (por ejemplo, principios contenidos en la legislación autoral o en un código civil).

Respecto a los derechos humanos, las colisiones o conflictos entre estos pueden resolverse de dos formas, según indica el jurista peruano, Mijail Mendoza: el establecimiento de una jerarquización de derechos o el principio de concordancia práctica (que se obtiene a través de la proporcionalidad). En la primera hipótesis, hay que establecer una jerarquía de derechos, por lo que en caso de conflicto prevalece el que sea superior o de mayor rango; en el segundo supuesto, se busca proteger a todos los derechos con el

²⁷⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 111.

²⁷⁸ Señala Bernal Pulido que “es indiscutible que la teoría de los principios logra explicar que el principio de proporcionalidad es el correlato de carácter jurídico de algunas normas iusfundamentales, las normas de principio”. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 586.

Asimismo, véase Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 216, p. 394; Mathews, Jud y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 94; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, pp. 29 y 30.

²⁷⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 193, p. 297.

²⁸⁰ Alexy, Robert, “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, trad. de Carlos Bernal Pulido, *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 22, núm. 66, septiembre-diciembre 2002, p. 26.

²⁸¹ *Idem.*

Cfr., asimismo, Kumm, Mattias, *op. cit.*, nota 275, p. 137.

fin de que todos puedan realizarse.²⁸² Desde luego, la primera opción (jerarquización) es incompatible con el mandato de optimización de los derechos fundamentales que se deriva del carácter de principio de la mayor parte de las normas iusfundamentales que los prevén, por lo que ha sido descartada en el constitucionalismo contemporáneo.

En cambio, el principio de proporcionalidad desarrolla la fuerza normativa de las disposiciones iusfundamentales y bienes constitucionales, tratando de atribuirles la máxima efectividad posible, por lo que si se prescindiera del principio de proporcionalidad, habría de negarse la efectividad y fuerza normativa de todas o algunas de esas normas y posiciones.²⁸³

El fundamento del principio de proporcionalidad no es expreso, ya que normalmente ha sido una creación jurisprudencial derivada de una actividad interpretativa y argumentativa de los tribunales.²⁸⁴ En este sentido, si bien se admite la posibilidad de varios fundamentos complementarios del principio de proporcionalidad, se suele reconocer como el más sólido aquél que alude al carácter jurídico de los derechos fundamentales.²⁸⁵ Dicho

²⁸² Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, p. 83.

De igual forma, Vigo explica estas dos teorías, a las que llama “teoría de la jerarquía” y “teoría del balanceo o ponderación de bienes”, respectivamente, pero añade una tercera teoría: la del contenido esencial. *Cfr.* Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 187, pp. 181-186.

La postura de Vigo es acertada a la luz de la teoría absoluta del contenido esencial de los derechos fundamentales, pero no vale (por redundante) bajo la teoría relativa en la materia, pues en esta última teoría hay una relación indisoluble entre el contenido esencial de los derechos y la ponderación. Sobre ambas teorías, véase *infra* el subcapítulo VI, numeral 4 del presente subcapítulo.

Cfr. también Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 264, pp. 368-370; y Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 87.

²⁸³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 558.

²⁸⁴ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, pp. 33 y 34, y Nierhaus, Michael, *op. cit.*, nota 276, p. 90.

Caso excepcional es el artículo 52.1 de la Carta de Derechos Fundamentales de la Unión Europea, el cual contempla expresamente el principio de proporcionalidad en los siguientes términos: “Sólo se podrá introducir limitaciones respetando el principio de proporcionalidad, cuando sean necesarias y respondan efectivamente a objetivos de interés general reconocidos por la Unión o a la necesidad de protección de los derechos y libertades de los demás”.

Otro caso de excepción es el artículo 3.2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional de Ecuador, el cual indica: “Cuando existan contradicciones entre principios o normas, y no sea posible resolverlas a través de las reglas de solución de antinomias, se aplicará el principio de proporcionalidad. Para tal efecto, se verificará que la medida en cuestión proteja un fin constitucionalmente válido, que sea idónea, necesaria para garantizarlo, y que exista un debido equilibrio entre la protección y la restricción constitucional”.

²⁸⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, pp. 596 y 597.

Los otros fundamentos que, aunque más débiles, coadyuvan al sustento del principio de proporcionalidad son: la idea de justicia (en tanto la noción justicia material proscribía todo

fundamento atiende a la implicación que hay entre las normas de principio y la máxima de proporcionalidad, ya que si los subprincipios de la proporcionalidad son el correlato de los mandatos de optimización propios de las normas con estructura de principios, siempre que encontremos normas iusfundamentales de principio, podremos derivar el principio de proporcionalidad.²⁸⁶ Tal fundamento es el que nos permite concluir que la ponderación y, en general, la proporcionalidad en sentido amplio, pueden aplicarse fuera del ámbito de los derechos fundamentales o humanos, pues *siempre que estemos ante una norma de principio podremos ponderar*, dada su estructura de mandato de optimización, sin importar que se trate de una norma iusfundamental o de otro tipo.

Por lo que hace al fundamento constitucional del principio de proporcionalidad en México, Sánchez Gil lo encuentra en los artículos 1o. y (sobretudo) 16 de la Constitución. Dicho autor advierte un mandato de optimización de los derechos fundamentales al interpretar a *contrario sensu* el primer párrafo del artículo 1o. constitucional, ya que los gobernados tienen una posición asegurada por los derechos humanos que debe respetarse al máximo posible, y sólo podrá limitarse (no optimizarse) en los casos y con las condiciones que establece la Constitución.²⁸⁷

Además del artículo 1o. de la Ley Suprema, el principio de proporcionalidad encuentra sustento constitucional en el deber de motivación material del artículo 16 del mismo ordenamiento. Como se sabe, la tradicionalmente llamada “garantía de motivación” tiene dos aspectos: el formal y el material. La motivación formal consiste en que, en los actos de autoridad, se deben citar las normas jurídicas aplicables y las razones que justifican

sacrificio excesivo a la libertad, como desde hace tiempo sostuvo Aristóteles), el principio de Estado de derecho (ya que limita la acción del poder estatal respecto a los derechos fundamentales), y el principio de interdicción de arbitrariedad (debido a que lo desproporcionado es una especie de lo arbitrario). *Cfr. Ibidem*, pp. 596, 601, 603, 604 y 605.

En términos muy similares, Brage encuentra como fundamento del principio de proporcionalidad, además de la proclamación de Estado de derecho, el valor superior de la justicia y el principio de interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos, la interpretación sistemática de la libertad y los derechos fundamentales como valores constitucionales que admiten límites, lo que exige una “concordancia práctica” o “equilibrio ponderado”. *Cfr. Brage Camazano, Joaquín, op. cit.*, nota 216, p. 341.

²⁸⁶ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 597.

²⁸⁷ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 62.

De hecho, esta idea encuentra sustento en lo resuelto por la Primera Sala de la SCJN en sentencia de 29 de septiembre de 2004, en el amparo directo en revisión 988/2004, al establecer que el primer párrafo del artículo 1o. constitucional “evidencia la voluntad constitucional de asegurar en los más amplios términos el goce de los derechos fundamentales, y de que las limitaciones a los mismos sean concebidas restrictivamente”.

su aplicación al caso concreto (por lo que se cumple con este deber mediante la simple invocación de un artículo acompañada de un argumento jurídico); mientras que la motivación material va más allá, no basta un fundamento legal ni cualquier argumento, sino que se requiere que dicha fundamentación y motivación sea *correcta* (por lo que se cumple cuando el acto de autoridad está *debidamente* fundado y motivado).²⁸⁸ En este orden de ideas, para que un acto de autoridad (legislativo, administrativo o judicial) sea constitucional, no basta que tenga (y se señale) un fundamento jurídico, sino que debe motivarse (y motivarse correctamente) su aplicación al caso. Así, la motivación consiste en determinar si es lícito el grado en que el acto de autoridad está interviniendo o afectando derechos humanos, y esa determinación se hace a la luz de los criterios que nos brinda el principio de proporcionalidad.²⁸⁹ De ahí el nexo entre motivación material y principio de proporcionalidad.²⁹⁰

A pesar de que el principio de proporcionalidad ha sido usado por varios de nuestros tribunales, fue la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la que por primera vez expresó el fundamento constitucional del principio de proporcionalidad, indicando que tal sustento se encuentra en los artículos 14 y 16 de nuestra carta magna, de los que desprende un “principio de prohibición de excesos o abusos”.²⁹¹

Con posterioridad, el Pleno de la SCJN también reconoció como fundamento constitucional a la máxima de proporcionalidad el “principio de legalidad”,²⁹² es decir, el artículo 16 de la Constitución.

Además de este fundamento constitucional, el principio de proporcionalidad puede encontrar algún fundamento explícito en leyes ordinarias, a pesar de no ser estrictamente necesario tal sustento expreso (pues la proporcionalidad siempre viene de la mano cuando encontramos normas de principio). Un ejemplo de un mandato concreto y expreso de optimizar derechos (y por ende, de aplicar la máxima de proporcionalidad) en una ley ordinaria de derecho civil, está en el artículo 8o. de la Ley de Responsabi-

²⁸⁸ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, pp. 67 y 68.

²⁸⁹ *Ibidem*, p. 71.

²⁹⁰ En términos parecidos, Silva Meza estima que el principio de proporcionalidad puede derivarse en México del principio constitucional de legalidad, como prohibición de exceso. *Cfr.* Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 260, p. 392.

²⁹¹ *Cfr. infra* nota al pie 414 del presente capítulo.

²⁹² “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

alidad Civil para la Protección del Derecho a la Vida Privada, el Honor y la Propia Imagen en el Distrito Federal, cuyo texto es el siguiente:

“Artículo 8o. El ejercicio de las libertades de expresión y el derecho a la información y el derecho a informar se debe ejercitar en armonía con los derechos de personalidad”.

Esto no debe sorprendernos, pues la ponderación puede aplicarse para resolver controversias reguladas por el derecho civil, siempre que encontremos normas estructuradas como principios. Bien afirma Prieto Sanchís que “en ningún momento se ha dicho que los principios sean exclusivos de la Constitución”.²⁹³ De hecho, Häberle nos refiere que “al Derecho civil, desde hace mucho tiempo, se le ha confiado la necesidad de ponderaciones para la solución de cuestiones jurídicas”.²⁹⁴

2. Los subprincipios de la proporcionalidad

Existe consenso doctrinal en que el principio de proporcionalidad está integrado por tres subprincipios o máximas parciales: *a*) idoneidad, *b*) necesidad, y *c*) ponderación (o proporcionalidad en sentido estricto).²⁹⁵

²⁹³ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 45, p. 126. Incluso, este autor indica que los principios son aplicados constantemente por jueces ordinarios y constitucionales, p. 181.

²⁹⁴ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 42.

En igual sentido, Sánchez Gil indica que el principio de proporcionalidad se usa desde hace tiempo en varias ramas del derecho, como el civil, el penal, el internacional, etcétera. Cfr. Sánchez Gil, Rubén, “Recepción jurisprudencial del principio de proporcionalidad en México”, *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, México, núm. 21, julio-diciembre 2009, p. 472.

²⁹⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 111 y 112; Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 264, p. 372; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 38; Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 56, p. 129; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, pp. 220, 333 y 415; Carbonell, Miguel, “Reforma del Estado y derechos fundamentales: algunas propuestas”, en Häberle, Peter, y García Belaunde, Domingo (coord.), *El control del poder. Homenaje a Diego Valadés*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, t. I, p. 136; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, pp. 685 y 686; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 142; Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 274, p. 523; Clérico, Laura, “El examen de proporcionalidad: entre el exceso por acción y la insuficiencia por omisión o defecto”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 118; Cote-Barco, Gustavo Emilio, *op. cit.*, nota 28, p. 134; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 216, p. 396; Galindo Sifuentes, Ernesto, *op. cit.*, nota 202, p. 169; Grau, Eros, *op. cit.*, nota 181, p. 171; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 27; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, p. 88; Moreso, José Juan, “Alexy y la aritmética de la ponderación”, en García Manrique, Ricardo (coord.), *Derechos sociales y ponderación*, Madrid, Fundación Coloquio Jurídico Europeo, 2007, p. 226; Nierhaus, Michael, *op. cit.*, nota 276, p. 90; Nogueira Alcalá, Humberto, “El uso del postulado de proporcionali-

Es recomendable que el análisis de tales subprincipios se haga en forma escalonada,²⁹⁶ es decir, que se inicie con la idoneidad y se termine con la ponderación, pues como indica Sánchez Gil,²⁹⁷ toda intervención a un derecho humano debe aprobar el examen de esos tres criterios, ya que si reprobaba alguno, la medida será desproporcionada e ilegítima.²⁹⁸

Antes de entrar al análisis de cada uno de los tres subprincipios de la proporcionalidad, hay que destacar que el principio de proporcionalidad tiene, además, dos prerequisites o presupuestos que deben satisfacerse para su aplicación,²⁹⁹ a saber:

1. La constatación de que la posición en cuestión está protegida por una norma de derecho fundamental,³⁰⁰ y
2. La verificación de que la conducta que se va a juzgar constituye una intervención o afectación negativa a un derecho fundamental.³⁰¹

Existe un vínculo de implicación necesaria entre esos dos presupuestos del principio de proporcionalidad, pues para que exista una intervención a un derecho humano necesitamos que la posición afectada esté protegida por una norma iusfundamental, y viceversa.³⁰² Algunas veces acontece que los tribunales, al explicar los pasos a seguir para interpretar la proporcionalidad, mencionan alguno o los dos de estos presupuestos; sin embargo, esto no significa que esos dos criterios sean estructuralmente parte del principio de proporcionalidad, sino que, como ya se asentó, son requisitos previos indispensables que deben satisfacerse antes de entrar al estudio de la pro-

dad en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre libertad de expresión”, *Estudios constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 9, núm. 1, 2011, pp. 120 y 121; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 1; Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *op. cit.*, nota 268, p. 12; Valentini, Chiara, *op. cit.*, nota 264, p. 5; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 60.

²⁹⁶ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 367; Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 264, p. 373; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 135.

²⁹⁷ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 39.

²⁹⁸ Debido a que cada subprincipio puede satisfacerse o no, se colige que en realidad se trata, en estricto sentido, de reglas, en tanto su cumplimiento es todo o nada. *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 112.

²⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 131.

Esto en virtud de que, como acertadamente sostiene Mijail Mendoza, los subprincipios de la proporcionalidad presuponen que se ha realizado una intervención a un derecho fundamental. *Cfr.* Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, p. 91.

³⁰⁰ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 617.

³⁰¹ *Ibidem*, p. 659.

³⁰² *Ibidem*, pp. 616 y 617.

porcionalidad del acto en cuestión (cuando nos encontramos en materia de derechos humanos).

Una vez comprobada la existencia de los dos presupuestos indicados, el juzgador deberá pasar al análisis escalonado de los tres criterios que integran el principio de proporcionalidad, mismos que a continuación se explican.

A. *Idoneidad*

El subprincipio de idoneidad o adecuación establece que toda intervención a un derecho humano debe conducir a un fin constitucionalmente legítimo.³⁰³

Es decir, no se puede afectar *gratuitamente* un derecho humano o cualquier bien constitucionalmente protegido. Toda intervención debe buscar la observancia o consecución de algún valor previsto en la Constitución.

La máxima parcial de idoneidad impone dos exigencias que necesariamente deben cumplirse: a) la existencia de un fin constitucionalmente legítimo, y b) que la intervención en el derecho fundamental sea idónea para favorecer la obtención de ese fin.³⁰⁴

Con respecto a la *primera* de esas exigencias, lo que hay que preguntarse inicialmente es ¿qué debe entenderse por “fin constitucionalmente legítimo”? Borowski responde a esa interrogante con claridad y precisión: “Un fin es legítimo si su consecución está ordenada o en todo caso permitida constitucionalmente. Los fines ilegítimos son sólo aquellos cuya obtención está prohibida por la Constitución”.³⁰⁵ Esto implica hacer un análisis para

³⁰³ Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 264, p. 373; Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 208, p. 136; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 689; Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 56, p. 130; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 373; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 686; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 142; Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 274, p. 524; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 118; Cote-Barco, Gustavo Emilio, *op. cit.*, nota 28, p. 134; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 387; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, p. 88; Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 295, p. 121; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 260; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 136.

³⁰⁴ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 689; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 40.

Asimismo, véase Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 261.

Cabe destacar que algunos analistas jurídicos separan la primera exigencia y la consideran un subprincipio independiente (y previo) al de idoneidad, llamándole subprincipio de “legitimidad”. *Cfr.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 75; y Kumm, Mattias, *op. cit.*, nota 275, p. 137.

³⁰⁵ Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 56, p. 130.

conocer cuál es el fin que se está persiguiendo y para corroborar que se trata de un fin constitucionalmente legítimo.³⁰⁶

Evidentemente, la mera comprobación de que un acto de intervención a un derecho humano busca un fin legítimo, no implica *per se* que se haya satisfecho el subprincipio de idoneidad (ni mucho menos que deba concluirse que la medida cumplió con la máxima de proporcionalidad), sino que sólo implica que se ha aprobado una de las varias pruebas que impone el principio de proporcionalidad. Sin embargo, con alarmante frecuencia, nuestros tribunales suelen justificar afectaciones a derechos fundamentales cuando constatan la mera existencia de un fin legítimo, sin ir más allá. Como establece Cossío Díaz,³⁰⁷ no basta que la finalidad de la intervención en un derecho fundamental sea compatible con la Constitución, sino que debe haber una racionalidad instrumental para lograr el fin perseguido, entre otros requisitos.

La *segunda* exigencia del subprincipio en estudio, es que la medida de intervención sirva para obtener el fin constitucionalmente legítimo. En este sentido, Bernal Pulido indica que una intervención en un derecho fundamental no es idónea, cuando no contribuye de *ninguna manera* a la obtención del fin; en cambio, será idónea cuando *facilite* de algún modo la realización del fin, independientemente de su grado de eficacia, plenitud, rapidez y seguridad.³⁰⁸ Esta idoneidad debe ser considerada desde un punto de vista abstracto o teórico, en cuanto a la posibilidad de contribuir el fin constitucionalmente legítimo, sin necesidad de constatar en la práctica que la medida haya contribuido en realidad a ese objetivo.³⁰⁹

Se aprecia, entonces, que en la máxima parcial de idoneidad, lo que se hace es un examen “fin-medio”.³¹⁰

³⁰⁶ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 692.

³⁰⁷ Cossío Díaz, José Ramón, “La intención no basta. Objetivos legislativos y discriminación normativa”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, núm. 15, julio-diciembre 2006, pp. 320 y ss.

El trabajo citado reproduce el voto particular del Ministro Cossío en el amparo en revisión 1110/2005, resuelto el 7 de diciembre de 2005 por la Primera Sala de la SCJN, el cual versó sobre una norma de la LFDA que impide ser árbitro en materia de derechos de autor a todo abogado que hubiese prestado sus servicios a una sociedad de gestión colectiva en los últimos cinco años. En dicho asunto, la SCJN se limitó a considerar constitucional esa norma dado que perseguía un fin constitucionalmente legítimo, como lo es la imparcialidad de los árbitros, sin hacer mayor análisis.

³⁰⁸ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, pp. 720-722. Aunque este jurista colombiano nos advierte que, en algunos lugares, la tendencia de la jurisdicción constitucional es que sólo se consideren idóneas las intervenciones que contribuyen a la consecución del fin con mayor eficacia, rapidez y seguridad.

³⁰⁹ *Ibidem*, p. 725.

³¹⁰ Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, p. 89; y Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 60.

Por otro lado, ya se dijo que toda norma de principio implica la máxima de proporcionalidad y cada uno de sus tres subprincipios, dado que los principios son normas jurídicas que exigen que algo se realice en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades fácticas y jurídicas. Pues bien, el subprincipio de idoneidad se sigue del carácter de las normas de principio como mandato de optimización con relación a las posibilidades fácticas.³¹¹

Así, supongamos que para lograr un fin F que es exigido por el principio P_1 , el Estado decide utilizar el medio M_1 ; empero, M_1 impide o afecta la realización de otro principio P_2 . Al hacer un análisis de idoneidad tenemos que ver si F es un fin constitucionalmente legítimo, y luego ver si M_1 es adecuado para lograr F . Si hecho el análisis, vemos que M_1 no es adecuado para realizar el F exigido por P_1 , resulta que M_1 no es exigido por P_1 , por lo que para P_1 es irrelevante la utilización o no de M_1 ; en cambio, esa utilización sí es relevante para P_2 , en tanto M_1 lo afecta negativamente. De lo anterior resulta que M_1 está prohibido por P_2 , lo que implica una optimización de las posibilidades fácticas de realización de P_2 , en tanto ese principio se realiza en una medida mayor si no se utiliza M_1 .³¹²

Pasemos a continuación al siguiente subprincipio del principio de proporcionalidad.

B. Necesidad

Según la máxima parcial de necesidad (también llamada de “indispensabilidad”, “intervención mínima”, “subprincipio del medio más benigno”, “del medio más liviano” o “prohibición de exceso”) toda intervención en un derecho fundamental debe ser la más benigna con tal derecho, de entre todas aquellas opciones que son, por lo menos, igual de idóneas para contribuir a alcanzar el fin constitucionalmente legítimo en cuestión.³¹³

³¹¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 112 y 113; Valentini, Chiara, *op. cit.*, nota 264, p. 5; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, pp. 134 y 135.

³¹² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 114 y 115.

³¹³ Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 264, p. 373; Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 208, p. 137; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 736; Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 221; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 295, p. 136; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 143; Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 274, p. 525; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 134; Cote-Barco, Gustavo Emilio, *op. cit.*, nota 28, pp. 134 y 135; Fernández Nieto, Josefa, *op. cit.*, nota 202, p. 255; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 433; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 75; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, pp. 77, 89 y 90; Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 295, p. 121; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, pp. 260 y 262; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 140.

Es decir, como bien indica Sánchez Gil, este subprincipio implica que la medida que restrinja un derecho fundamental debe ser *estrictamente indispensable* para satisfacer el fin perseguido, por tratarse de la medida menos gravosa para el derecho afectado de entre todas las medidas igualmente idóneas, o porque no existen opciones para satisfacer ese fin.³¹⁴

Por consiguiente, el subprincipio de necesidad implica una *comparación* entre la medida de intervención del derecho humano y las medidas alternativas para lograr el mismo fin; y en tal comparación debe hacerse a la luz de dos criterios bajo los que se examinarán los medios alternos: 1) ver si alguno reviste, al menos, el mismo grado de idoneidad para alcanzar el objetivo buscado, y 2) ver si el medio alternativo afecta negativamente el derecho fundamental intervenido en un grado menor.³¹⁵ Esto implica que los jueces deben hacer una argumentación jurídica de carácter prospectivo.³¹⁶ Desde luego, la búsqueda de medidas alternativas puede ser interminable, por lo que el juzgador debe seleccionar aquellas que habrían podido ser idóneas de acuerdo con los conocimientos científicos, técnicos, dogmáticos y generales.³¹⁷ Sin embargo, el tribunal debe ser muy cuidadoso al momento de hacer esa selección de medidas, pues una elección poco atenta podría llevar a una de las falacias argumentativas más comunes: el olvido de alternativas,³¹⁸ lo cual trae como consecuencia que se pueda dejar fuera la respuesta adecuada, es decir, que al existir una medida más benigna, esta no sea considerada por el juzgador.

Así, y a diferencia del subprincipio de idoneidad que hace un examen “fin-medio”, la máxima parcial de necesidad realiza una comparación “medio-medio”.³¹⁹

³¹⁴ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 45.

Mientras que la jurista argentina, Laura Clérico, indica que “el medio alternativo debe implicar una menor restricción para los derechos afectados y posibilitar así un fomento mayor o mejor de su realización desde un punto de vista empírico”. Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 136.

Las mismas ideas son expuestas por Borowski, pero a partir de un resultado negativo: “Una medida estatal no es necesaria si su finalidad también puede ser alcanzada por otro medio por lo menos igualmente eficaz, y que a la vez no restrinja el derecho fundamental afectado o lo restrinja con una intensidad menor”. *Cfr.* Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 56, p. 130.

Asimismo, véase Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 377.

³¹⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, pp. 737 y 738; y Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 433.

³¹⁶ Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 208, p. 137.

³¹⁷ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, pp. 738 y 739.

³¹⁸ *Cfr.* Weston, Anthony, *Las claves de la argumentación*, Barcelona, trad. de Jorge F. Malem Seña, 11a. reimp., Ariel, 2006, p. 125.

³¹⁹ Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, p. 90.

El subprincipio de necesidad igualmente es una manifestación del mandato de optimización consustancial a las normas de principio, ya que también hay una exigencia de realizar algo en la mayor medida dentro de las posibilidades fácticas.³²⁰ En efecto, si para conseguir un fin F que es ordenado por el principio P_1 , el Estado puede utilizar, por lo menos dos medios M_1 y M_2 , que son igualmente adecuados para lograr o promover F , y resulta que M_2 afecta con menos intensidad que M_1 lo ordenado por otro principio P_2 , se puede observar que para P_1 es indiferente la elección de M_1 o M_2 , es decir, P_1 no exige que se elija M_1 en lugar de M_2 , ni M_2 en lugar de M_1 . En cambio, para P_2 no es igual la elección de M_1 o M_2 , pues P_2 impone una *optimización* en cuanto a las posibilidades fácticas y jurídicas. Y precisamente respecto de las posibilidades fácticas, P_2 puede realizarse en mayor medida si se elige M_2 en lugar de M_1 . Por lo que desde el punto de vista de la optimización en relación a las posibilidades fácticas, y bajo el presupuesto de la validez tanto de P_1 como de P_2 , sólo M_2 está permitido y M_1 está prohibido.³²¹

Por último, coincidimos con Sánchez Gil³²² en que la máxima parcial de necesidad es medular en la aplicación del principio de proporcionalidad, pues muchas intervenciones a un derecho humano tienen visos de ser legítimas, sobre todo cuando se justifica con base en otro interés constitucional; pero un análisis de la necesidad de esas medidas nos puede demostrar que vulneran innecesariamente el derecho fundamental en cuestión, por existir otras alternativas más benignas para alcanzar el interés constitucional invocado.

C. *Proporcionalidad stricto sensu o ponderación*

El subprincipio de ponderación o proporcionalidad en sentido estricto, establece que la importancia de la intervención a un derecho humano ha de encontrar su justificación en la importancia de la consecución del fin perseguido,³²³ es decir, las ventajas que se obtengan con la intervención al derecho fundamental deben compensar el sacrificio para el titular del derecho o para la sociedad en general.³²⁴ Se trata, en pocas palabras, de medir

³²⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 112; Valentini, Chiara, *op. cit.*, nota 264, p. 5; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, pp. 134 y 135.

³²¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 113 y 114.

³²² Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 48.

³²³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 759; Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 144; Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 274, p. 526; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 143; Cote-Barco, Gustavo Emilio, *op. cit.*, nota 28, p. 135.

³²⁴ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 51, p. 686; Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 295, p. 136; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 60.

la *intensidad* de la intervención del derecho, para ver si el fin perseguido justifica esa afectación.³²⁵

De la máxima de ponderación se sigue el carácter de mandatos de optimización de los principios, en tanto establece que algo sea realizado en la mayor medida que lo permitan las posibilidades *jurídicas* (a diferencia de la idoneidad y la necesidad, que se refieren a las posibilidades fácticas),³²⁶ como bien explica Alexy:

Si una norma de derecho fundamental con carácter de principio entra en colisión con un principio opuesto, entonces la posibilidad jurídica de la realización de la norma de derecho fundamental depende del principio opuesto... Como la aplicación de principios válidos, cuando son aplicables, está ordenada y como para la aplicación en el caso de colisión se requiere una ponderación, el carácter de principio de las normas iusfundamentales implica que, cuando entran en colisión con principios opuestos, está ordenada una ponderación. Pero, esto significa que la máxima de proporcionalidad en sentido estricto es deducible del carácter de principio de las normas de derecho fundamental.³²⁷

En el siguiente apartado profundizaremos sobre la ponderación, bástenos aquí haber asentado que este es el tercer subprincipio del principio de proporcionalidad. La razón de esta división en el estudio de la ponderación se basa en que tal figura se aplica, no sólo como parte del principio de proporcionalidad (para medir las intervenciones que hace el poder público en los derechos fundamentales de los gobernados), sino como una forma de resolver controversias entre particulares cuando se da una colisión de principios. Como explica Sarmiento Ramírez-Escudero, en este último tipo de conflictos no es necesario un análisis de idoneidad y necesidad, como por ejemplo, cuando estamos ante casos de colisión entre la llamada libertad de expresión y el derecho al honor.³²⁸ De igual forma, Brage Camazano indica:

³²⁵ Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 56, p. 131; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, pp. 75 y 76; Nogueira Alcalá, Humberto, *op. cit.*, nota 295, p. 122; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 48.

³²⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 112.

Cfr. también Castaño Vallejo, Raúl, *op. cit.*, nota 274, p. 526; Fernández Nieto, Josefa, *op. cit.*, nota 202, p. 258; y Valentini, Chiara, *op. cit.*, nota 264, p. 5.

³²⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 112.

³²⁸ Sarmiento Ramírez-Escudero, Daniel, *op. cit.*, nota 268, p. 389.

En este sentido se ha pronunciado el Tribunal Constitucional español en la sentencia 107/1988; así como hay múltiples ejemplos de tribunales mexicanos, desde la SCJN hasta tribunales colegiados de circuito (*v. gr.* la sentencia dictada por el Cuarto Tribunal Cole-

Pues bien, para resolver los conflictos entre derechos fundamentales se aplicaría exclusivamente este último subprincipio —dice Brage al referirse a la ponderación—. Ello se explica porque los subprincipios de idoneidad y necesidad, no se aplican en general a relaciones inter privados (y en los casos de conflictos entre derechos fundamentales se trata casi siempre de relaciones de ese tipo).³²⁹

3. *La ponderación como forma de solución de conflictos entre derechos fundamentales*

En términos generales, la ponderación es un método de tomar decisiones que implica la contemplación del peso o importancia relativa de dos o más consideraciones a favor o en contra de cierta acción a tomar,³³⁰ o como dice Prieto Sanchís, la ponderación es “la acción de considerar imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión o el equilibrio entre el peso de dos cosas”.³³¹

Si bien es cierto que la ponderación es uno de los postulados centrales del neoconstitucionalismo de factura europea, cabe destacar que es un método que también se utiliza en otros sistemas jurídicos provenientes de familias jurídicas diferentes a la neorromanista. Por ejemplo, desde 1920 la ponderación es conocida y aplicada en los EUA,³³² tomando fuerza a partir del caso *Schneider v. State* (1939) resuelto por la Suprema Corte de este país. En la actualidad, en los EUA es cada vez más común el juicio de pondera-

giado en Materia Civil del Primer Circuito en el amparo directo 14424/2002, sentencia de 13 de enero de 2003).

³²⁹ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 415.

Cfr. también Wagner, Gerhard, “The protection of personality rights against invasions of mass media in Germany”, en Koziol, Helmut, y Warzilek, Alexander (coords.), *Persönlichkeitsschutz gegenüber Massenmedien*, Alemania, Springer, 2005, p. 147.

³³⁰ Porat, Iddo, “The dual model of balancing: a model for the proper scope of balancing in constitutional law”, *Cardozo law review*, Nueva York, vol. 27, núm. 3, 2006, p. 1398.

³³¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 45, p. 128.

En términos similares, *cfr.* Berumen Campos, Arturo, *op. cit.*, nota 196, p. 352.

Por su parte, Sieckmann explica: “Los problemas de ponderación se caracterizan por la colisión de argumentos opuestos que contienen exigencias incompatibles. Esto es, hay argumentos para las alternativas A y B que, sin embargo, no pueden realizarse al mismo tiempo. Entonces, la decisión se ha de tomar en virtud de una ponderación de los argumentos colisionantes. Se deberá determinar, a cuál de los argumentos colisionantes se otorgará la preeminencia en el caso que se decide”. Sieckmann, Jan-R., “Ponderación autónoma”, trad. de Cecilia Añaños Meza, en Sieckmann, Jan-R., *El modelo de los principios del derecho*, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2006, p. 115.

³³² Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, pp. 42 y 43.

ción o *balancing test*.³³³ Desde luego, la ponderación tiene sus rasgos propios en ese sistema jurídico.³³⁴

Otro ejemplo relevante es el de Canadá, donde su Suprema Corte estableció la “prueba *Oakes*” o “juicio *Oakes*” en 1986.³³⁵ A grandes rasgos y sin pretender ahondar en los tecnicismos y evolución de ese método, podemos decir que consiste en cuatro pasos para saber si una ley o acto de gobierno viola la Carta Canadiense de Derechos y Libertades: (a) la afectación a un derecho contemplado en esa carta debe atender a la consecución de un objetivo sustantivo y apremiante, de acuerdo con los valores de una “sociedad libre y democrática”; y (b) debe satisfacerse la prueba de proporcionalidad, misma que consiste en tres subpasos: (b1) que exista una “conexión racional”, es decir, que se hayan elegido cuidadosamente los medios para cumplir el objetivo sustantivo y apremiante, (b2) que la “afectación sea mínima”, o sea, que los medios a usarse para lograr el objetivo sean los que menos afecten el derecho en cuestión, frente a otras opciones que pudo haber tomado la autoridad, y (b3) que exista una proporcionalidad entre el objetivo a con-

³³³ Chen, Alan K., “The ultimate standard: qualified immunity in the age of constitutional balancing tests”, *Iowa law review*, EUA, Universidad de Iowa, vol. 81, 1995, p. 268.

Asimismo, Cárdenas Gracia nos refiere que uno de los dogmas más comunes de la doctrina estadounidense es que el *balancing* resulta totalmente indispensable e inevitable cuando están en juego valores reconocidos en forma directa por el texto constitucional. *Cfr.* Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 149.

³³⁴ Según nos explica Iddo Porat, la ponderación tiene su origen en los EUA con el movimiento progresista en el pensamiento jurídico (Oliver Wendell Holmes, Roscoe Pound y Harlan Fiske Stone), y en particular como una reacción contra la Suprema Corte de la llamada era *Lochner* (en el caso *Lochner* —de 1905— se dijo que era antijurídica la ley laboral de Nueva York por fijar un máximo de horas de trabajo en pastelerías, por lo que se resolvió que dicha legislación limitaba inconstitucionalmente la libertad de contratación), a la que se acusó de pervertir el texto constitucional para amoldarse a su ideología de *laissez faire*. Los críticos dijeron que los derechos constitucionales debían ser ponderados con las políticas públicas con las que entraran en conflicto, y que esa ponderación no debería corresponder a la Suprema Corte, sino dejarse en manos de la mayoría legislativa (de hecho, se acusó a la Suprema Corte de intervenir en el derecho de la mayoría a convertir sus opiniones en leyes). Esa ponderación “temprana” (asociada a la limitación judicial y a la retórica anti-derechos constitucionales) se transformó y terminó asociada con la retórica de los derechos humanos y con el activismo judicial (ponderación “moderna”), lo cual es una consecuencia directa de la experiencia nazi, que generó conciencia en los EUA sobre la necesidad de proteger los derechos de las minorías frente a la tiranía de las mayorías. *Cfr.* Porat, Iddo, *op. cit.*, nota 330, pp. 1427-1432.

En términos semejantes, véase Valentini, Chiara, *op. cit.*, nota 264, p. 3.

³³⁵ Esta prueba nació en el caso *Regina v. Oakes* (1986), pero se terminó de precisar en los casos *R. vs. Edwards Books & Art Ltd.* (1986) e *Irwin Toy Ltd. vs. Quebec (Attorney General)* (1989), todos de la Suprema Corte canadiense.

Cfr. Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 114.

seguir y los efectos que se ocasionarán, es decir, el beneficio de la medida debe tener mayor peso que la afectación al derecho.³³⁶

Empero, dada la influencia que la dogmática constitucional europea (principalmente española, italiana y alemana) está comenzando a tener en la judicatura constitucional mexicana, seguiremos la concepción europea de la ponderación (además de que consideramos que es la más cercana y adaptable a nuestro sistema jurídico).

Como ya se dijo, la colisión entre dos principios se soluciona mediante la ponderación,³³⁷ la cual es una técnica que no implica ni la invalidación de alguna de las normas en colisión, ni la introducción de excepciones en ellas, pues ambas exigen su cumplimiento en el mayor grado posible. O como bien dice Carbonell: “Cuando se da un conflicto entre los respectivos bienes tutelados, no solamente no puede imponerse en definitiva ninguno de ellos, sino que el juez está obligado a preservar ambos hasta donde sea posible”.³³⁸ Por tal razón, Sieckmann explica que los principios colisionantes valen a pesar de su colisión e, incluso, esa validez es condición previa de la colisión.³³⁹ De “lo que se trata es de la ponderación de cuál de los intereses, abstractamente del mismo rango, posee mayor peso en el caso concreto”.³⁴⁰

Por lo tanto, se deben tomar en cuenta las específicas circunstancias del caso particular, para resolver la colisión de principios estableciendo una *relación de precedencia condicionada* para ese asunto. Es decir, como indica Alexy: “La determinación de la relación de precedencia condicionada consiste en que, tomando en cuenta el caso, se indican las *condiciones* bajo las cuales un principio precede al otro. Bajo otras condiciones, la cuestión de la precedencia puede ser solucionada inversamente”.³⁴¹

Avanzando más sobre el tema de la ponderación, y concretamente, por lo que se refiere a sus clases, Giancarlo Rolla hace una clasificación

³³⁶ Para más información sobre la prueba *Oakes*, *cf.* Choudhry, Sujit, “So what is the real legacy of Oakes? Two decades of proportionality analysis under the Canadian Charter’s section 1”, *Supreme Court law review*, Toronto, Universidad de Toronto, vol. 34, núm. 2, 2006, pp. 505 y ss.

³³⁷ Häberle nos indica que la ponderación soluciona los conflictos surgidos entre bienes jurídico-constitucionales que coexisten. *Cf.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 33.

Cf. también Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 208, p. 104; Barroso, Luís Roberto, *op. cit.* nota 34, p. 15; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 144.

³³⁸ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 39, p. 211.

En el mismo sentido, *cf.* Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 260, p. 388.

³³⁹ Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 202, p. 14.

³⁴⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 90.

³⁴¹ *Ibidem*, p. 92.

Véase también Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, pp. 85 y 86.

entre dos tipos de ponderación: la ponderación para solucionar un caso (*ad hoc balancing*) y la realizada por el legislador en virtud de disposiciones normativas puntuales (*definitional balancing*).³⁴² En términos semejantes, la Primera Sala de la SCJN habla de “ponderación concreta” y “ponderación abstracta”.³⁴³

Y es que, si bien la doctrina ha puesto énfasis en la ponderación hecha por jueces, no es raro que, al dictar leyes, el legislador pondere diversos principios constitucionales.³⁴⁴ Empero, la ponderación legislativa siempre estará sujeta al control judicial de la constitucionalidad de leyes, en donde los tribunales revisarán, también mediante una ponderación, lo fundada o no que haya sido la ponderación legislativa desde un punto de vista constitucional; amén de los casos en que los tribunales ponderan principios en situaciones diversas al control constitucional de leyes.

Coincidimos con Bernal Pulido en que, probablemente, es Robert Alexy quien ha expuesto la estructura de la ponderación en forma más clara y precisa,³⁴⁵ al grado que se le atribuye la “teoría estándar del juicio de ponderación”.³⁴⁶ Por lo tanto, a continuación seguiremos al investigador alemán para exponer el tema de la ponderación de principios.

³⁴² Rolla, Giancarlo, *op. cit.*, nota 47, p. 82.

Cfr. en la misma tónica Moreso, José Juan, *op. cit.*, nota 295, p. 234.

Mientras que Villaseñor apunta habla de una “ponderación *in abstracto*” en el momento normativo, y una “ponderación *in concreto*” que es la que realizan los jueces y la administración en el momento aplicativo. *Cfr.* Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 31.

³⁴³ Sentencia del 17 de junio de 2009, dictada en el amparo directo en revisión 2044/2008, p. 19.

³⁴⁴ En este sentido, Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 28, p. 36.

Sobre la posibilidad de ponderaciones legislativas, *cfr.* también, Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 331, p. 124.

Lo que no puede hacer el legislador, como bien advierte Prieto Sanchís (*op. cit.*, nota 45, p. 140), es resolver el conflicto de principios mediante una norma general y absoluta, es decir, a través de una disposición que diga que siempre triunfará uno de ellos. Y es que en esos casos no habría una verdadera ponderación (pues un principio *siempre* desplazaría al otro), lo que implicaría establecer, legislativamente, una jerarquía definitiva de principios constitucionales.

³⁴⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 21.

³⁴⁶ Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 499.

De igual forma, Brage afirma que el de Alexy es uno de los intentos más logrados de racionalizar el proceso de ponderación. *Cfr.* Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 231.

Por su parte, Mijail Mendoza indica que las investigaciones de Alexy han llevado a la ponderación a un alto grado de sofisticación en su análisis y teorización, al grado de haber llegado a un modelo o teoría de la ponderación. Véase, Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, pp. 95 y 96.

En el mismo sentido, Moreso afirma que la concepción más articulada de la ponderación es la de Alexy. *Cfr.* Moreso, José Juan, *op. cit.*, nota 295, p.223.

A. *La ley de colisión*

El punto de partida para hacer una ponderación, es entender en qué consiste lo que Alexy llama la “ley de colisión”, a la que dedicamos los siguientes párrafos.

Si utilizamos el símbolo “P” para representar la relación de precedencia, y “C” para identificar las condiciones bajo las cuales un principio precede al otro, podremos ilustrar así las dos opciones que se tienen:³⁴⁷

$$(P_1PP_2) C$$

$$(P_2PP_1) C$$

En el primer caso, el principio P_1 tiene precedencia sobre el principio P_2 , por lo que en el asunto concreto prevalece P_1 , y P_2 tiene que ceder ante él, siempre que se reúnan las particulares condiciones específicas C . En cambio, en la segunda posibilidad, aunque los principios contendientes son los mismos, las específicas condiciones C de ese caso, hacen que P_2 preceda a P_1 . Por lo tanto, la precedencia de uno u otro principio está determinada por las particulares condiciones del caso específico.

De lo anterior, Alexy desprende la *ley de colisión* que formula en los siguientes términos: “*Las condiciones bajo las cuales un principio precede a otro constituyen el supuesto de hecho de una regla que expresa la consecuencia jurídica del principio precedente*”.³⁴⁸

Es decir, si $(P_1PP_2) C$ —o sea, si prevalece P_1 —, y si P_1 establece cierta consecuencia jurídica (a la que identificaremos como R), se puede formular una regla en donde C es el supuesto de hecho y la consecuencia jurídica sería R , regla que se puede representar como $C \rightarrow R$.³⁴⁹

Tal regla nos resuelve la colisión, sin embargo, la misma es establecida por el juzgador, de manera que no se trata de una regla preexistente, sino de una nueva regla creada en el procedimiento ponderativo para solucionar la colisión.³⁵⁰

Asimismo, sobre la importancia del pensamiento de Alexy, incluso en el principio de proporcionalidad en sentido amplio y en la teoría constitucional contemporánea, *cf.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 93.

³⁴⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 92.

³⁴⁸ *Ibidem*, p. 94.

³⁴⁹ *Idem*.

Asimismo, *cf.* Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 153; Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 546; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, p. 104; y Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 202, p. 26.

³⁵⁰ Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 331, p. 116.

Empero, esta nueva regla puede ser aplicada posteriormente a otros casos (sistema de precedentes) a la luz de las similitudes que pudiera haber en diversos casos posteriores. Pero si el nuevo caso tiene características que lo diferencian del caso previo, no se aplicará la “regla-resultado” de la ponderación del caso previo, sino que se requerirá hacer una nueva ponderación; lo mismo puede suceder si el juzgador encuentra que la ponderación en el caso previo fue incorrecta.³⁵¹

Con esto queda claro, en términos generales, cómo funciona la relación de precedencia condicionada y cómo de ella se puede desprender una regla que ha de aplicar el juez. Sin embargo, falta por establecer cómo se llega a esa relación de precedencia condicionada, es decir, los pasos que debe seguir el juzgador para determinar qué principio tiene mayor peso en el caso concreto; por lo que a continuación nos referiremos a la estructura de la ponderación.

B. *La estructura de la ponderación*

En primer lugar, hay que atender la llamada “ley de ponderación”,³⁵² la cual es formulada por Alexy de la siguiente manera: “*Cuanto mayor es el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción del otro*”.³⁵³

La ley de ponderación indica que el juicio de ponderación se puede dividir en tres pasos, a saber:³⁵⁴

³⁵¹ Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, pp. 145 y 146.

³⁵² O más precisamente, la “primera ley de ponderación”, conforme a la evolución y precisiones que Alexy ha ido introduciendo en su teoría de los principios. *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 446.

También véase Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 261, p. 117.

³⁵³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 161.

En términos similares, indica Brage: “Cuanto más sensiblemente se afecte a los intereses en su derecho fundamental, tanto más intensamente deben ser puestos en peligro los intereses del bien común a los que sirva la regulación sujeta a examen para poder justificar una intervención”. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 223.

Asimismo, *cf.* Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 331, pp. 132 y 133; Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 261, p. 117; Kumm, Matthias, *op. cit.*, nota 275, p. 148; Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 208, p. 115; Fernández Nieto, Josefá, *op. cit.*, nota 202, p. 258; Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 95; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 146.

Resulta interesante que esta formulación de Alexy es retomada, casi literalmente, por el artículo 3.3 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional del Ecuador.

³⁵⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 280, p. 32; Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 208, p. 139; Mendoza Escalante, Mijail, *op. cit.*, nota 170, p. 96; Fernández Nieto, Josefá, *op. cit.*, nota 202, p. 258.

- a) Definir el grado de la afectación o no satisfacción de uno de los principios;
- b) Definir la importancia de la satisfacción del segundo principio que entra en juego, y
- c) Definir si la importancia de la satisfacción del segundo principio justifica la afectación al primero.

Por lo tanto, siempre que realicemos una ponderación, habrá que seguir esos tres pasos. Echemos un breve vistazo a cada uno de los pasos.

En el *primer paso*, existe la necesidad de graduar la intervención o afectación del primer principio, la cual puede medirse conforme a tres rangos: “leve” (*l*), “medio” (*m*), y “grave” (*g*).³⁵⁵ Así el juez debe hacer el análisis respectivo, y calificar la intervención al principio como grave, media o leve.³⁵⁶

Podemos simbolizar al principio intervenido como *P_i*, mientras que el grado de la intervención a ese principio se puede representar como *I_i*³⁵⁷ o como *IP_i*.³⁵⁸ Y, a pesar de no ser estrictamente necesario, Alexy añade la especificación *C* para expresar las circunstancias del caso concreto que han de ser relevantes para la decisión.³⁵⁹

De esta forma, “*IP_iC*” significa “la intensidad de la intervención (*I*) en *P_i* en el caso (*C*), que deber ser decidido”.³⁶⁰

Ahora bien, al graduar la intervención del principio conforme al modelo triádico (“grave”, “media” o “leve”) se les puede asignar a cada uno de esos rangos un valor numérico conforme a una secuencia geométrica: 2⁰, 2¹ y 2², es decir, valores de 1, 2 y 4, de manera que el valor de cada rango de intervención sería: *l* = 1, *m* = 2 y *g* = 4.³⁶¹ Esto será de utilidad al llegar al

³⁵⁵ Alexy, Robert, “Constitutional rights, balancing and rationality”, *Ratio juris. An international journal of jurisprudence and philosophy of law*, Oxford, Universidad de Bolonia, vol. 16, núm. 2, junio de 2003, p. 136; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 440; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 280, p. 37; Fernández Nieto, Josefá, *op. cit.*, nota 202, p. 259.

Entre nosotros, véase Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 50.

³⁵⁶ Un ejemplo de cómo medir la intervención nos es dado por Sánchez Gil: “una medida legislativa que prohíba totalmente a una persona ejercer una profesión, será gravemente intensa, en tanto una que sólo le impide ejercer su actividad bajo circunstancias particulares que representen un 10% del alcance de su ámbito profesional —por decirlo con números para hacerlo más simple y claro—, permitiéndole sin mayores restricciones su ejercicio en el 90% restante, será de intensidad media o leve”. Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 55.

³⁵⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 440.

³⁵⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 280, p. 38.

³⁵⁹ *Idem.*

³⁶⁰ *Idem.*

³⁶¹ *Ibidem*, pp. 42 y 43; y Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 444.

tercer paso de la ponderación, en particular cuando se tenga que resolver la llamada “fórmula del peso”.

En el *segundo paso* de la ponderación, también hay que hacer una graduación, pero en este caso es de la importancia de la satisfacción del otro principio. Este segundo principio en colisión se puede simbolizar con P_j , mientras que la importancia se representa con W , y se utiliza C para hacer referencia al hecho al que se le da importancia en el caso concreto a decidirse.³⁶²

Por lo tanto, “ WP_jC ” significa la importancia concreta de P_j ,³⁶³ es decir, del segundo principio en colisión.

La importancia del segundo principio en el caso particular, también puede ser graduada conforme al modelo triádico como l , m o g ,³⁶⁴ aunque en este caso los rangos serán “reducido”, “medio” o “elevado”, respectivamente.³⁶⁵ Por lo tanto, el juzgador habrá de hacer el análisis correspondiente y calificar la importancia de la satisfacción del segundo principio como elevada, media o reducida.

Asimismo los valores que se le asignan a esos rangos son los mismos: $l = 1$, $m = 2$ y $g = 4$.³⁶⁶

El *tercer paso* de la ponderación es determinar si la importancia de la satisfacción del segundo principio (P_j), justifica la afectación o no satisfacción del primer principio (P_i), para lo cual se utiliza la “fórmula del peso”.³⁶⁷

Esta fórmula del peso está integrada por tres variables: (a) el grado de afectación de cada uno de los principios en colisión en el caso concreto, es decir, el grado de intervención en el primer principio y el grado de importancia de la satisfacción del segundo principio; (b) el peso abstracto de los principios en cuestión, es decir, el valor de cada uno de ellos sin tomar en cuenta las circunstancias del caso concreto; y (c) la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio en el caso concreto.³⁶⁸

³⁶² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 280, p. 38.

³⁶³ *Idem.*

³⁶⁴ *Ibidem*, p. 40.

³⁶⁵ La utilización de los símbolos l , m y g tanto para graduar IP_iC como para graduar WP_jC , la hace Alexy para simplificar la exposición. *Cfr. Ibidem*, p. 37.

³⁶⁶ *Ibidem*, pp. 42 y 43.

³⁶⁷ *Ibidem*, pp. 40 y ss.; Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, pp. 442 y ss.; Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 208, p. 142; Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 210, p. 24; Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 261, p. 117; Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 146.

³⁶⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 280, pp. 41, 42 y 56.

La primera variable de la fórmula del peso no es otra cosa más que asignarles valor a la afectación y el beneficio de los derechos involucrados, lo cual ya fue explicado previamente al exponer los dos primeros pasos de la ponderación. En cambio, hay que hacer unas breves referencias a la segunda y tercera variables de la fórmula del peso, para poder así tener en claro todos sus elementos y poderla comprender a cabalidad.

En cuanto al peso abstracto de los principios en cuestión, es decir, la variable (*b*) de la fórmula del peso, Bernal Pulido nos dice que, aunque los principios puedan tener la misma jerarquía por cuanto a la fuente de donde provengan (por ejemplo, dos derechos humanos previstos en la Constitución), hay casos en que uno de ellos “puede tener una mayor importancia en abstracto, de acuerdo la concepción de los valores predominantes en la sociedad”.³⁶⁹ A decir de Alexy, esta variable sólo se debe integrar a la fórmula del peso cuando los principios en colisión tienen abstractamente diferente peso, pues cuando tiene el mismo peso abstracto se reducen mutuamente y no influyen en el resultado.³⁷⁰ De cualquier forma, y con fines ilustrativos, consideramos pertinente incluir en la fórmula la variable del peso en abstracto en casos en que ambos principios tienen abstractamente el mismo peso, pues si bien no influirá en el resultado y pudiera parecer ocioso, ayuda a comprender mejor la fórmula del peso.

Por lo que se refiere a la variable (*c*), es decir, la seguridad de las apreciaciones empíricas que versan sobre el significado que tiene la medida examinada para la no realización del primer principio y para la realización del segundo principio en el caso concreto, hay que decir que no se refiere a la importancia sustantiva de las razones o argumentos relativos al alcance de

³⁶⁹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 210, p. 23. Este autor pone como ejemplo el derecho a la vida que *en abstracto* tiene un peso mayor a la libertad, pues para poder ejercer la libertad es necesario primero tener vida. Otro ejemplo es el que “la jurisprudencia constitucional de diversos países ha reconocido un peso abstracto mayor a la libertad de información frente al derecho al honor o a la intimidad, por su conexión con el principio democrático”. *Idem.*

Sin embargo, hay que tomar en cuenta lo afirmado por Sánchez Gil en el sentido de que la preferencia que en abstracto pueda tener un principio respecto de otro, es sólo de carácter metodológico y preliminar, pero de ninguna forma definitiva y sustantiva. *Cfr.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, pp. 52 y 53.

En semejantes términos, *cf.* Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 417.

Por su parte, Laura Clérico explica: “La importancia y peso abstracto de los principios pretenden influir el resultado de la ponderación. Sin embargo, esta pretensión se ve relativizada por la pretensión de la consideración de las circunstancias especiales del caso, que hablan del peso concreto”. Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 149.

³⁷⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 280, p. 41.

las intervenciones en P_i y P_j , sino a su calidad epistémica.³⁷¹ Aquí, el juez debe valorar cuánto grado de certeza hay en las premisas relativas al peso de cada principio en el caso concreto.

La seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al primer principio en el caso concreto puede representarse como SP_iC , mientras que seguridad en las en las apreciaciones empíricas relativas al segundo principio en el caso concreto puede representarse como SP_jC .³⁷²

De aquí, Alexy deriva la “segunda ley de ponderación” o “ley epistémica de ponderación”, la cual reza: “*Cuanto mayor peso tiene la una intervención a un derecho fundamental, tanto mayor debe ser la certeza de sus premisas subyacentes*”.³⁷³

Para medir la seguridad de las apreciaciones empíricas, también se puede establecer un modelo triádico, en donde las apreciaciones pueden ser: “seguras o confiables” (s), “justificables o plausibles” (p), o “no evidentemente falsas” (e), cuyos valores serían 2^0 , 2^{-1} y 2^{-2} , respectivamente.³⁷⁴

Una vez explicadas las tres variables que integran la fórmula del peso, podemos establecer dicha fórmula, en donde GP_i, jC significa el peso del primer principio con relación al segundo principio en las circunstancias del caso concreto. Así las cosas, la versión amplia de la fórmula del peso es:³⁷⁵

$$GP_i, jC = \frac{IP_iC \cdot GP_iA \cdot SP_iC}{WP_jC \cdot GpjA \cdot SP_jC}$$

Esto significa que el peso del primer principio con relación al segundo principio en las circunstancias del caso concreto (GP_i, jC), es igual al resultado de multiplicar la importancia concreta del segundo principio (WP_jC) por el peso abstracto del segundo principio ($GpjA$) por la seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al segundo principio en el caso concreto (SP_jC), dividido ente el resultado de multiplicar la intensidad de la intervención al primer principio en el caso concreto (IP_iC) por el peso abstracto del primer

³⁷¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 446.

³⁷² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 280, p. 56.

³⁷³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 446. La traducción al español es nuestra.

De igual manera, *cf.* Rivers, Julian, “Proportionality, discretion and the second law of balancing”, en Pavlakos, George (coord.), *Law, rights and discourse. Themes from the legal philosophy of Robert Alexy*, Portland, Hart, 2007, p. 170.

³⁷⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 447.

De esta forma, el valor de s es 1, de p es $1/2$, y de e es $1/4$. *Cfr.* Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 210, p. 24.

³⁷⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 280, p. 56; y Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 210, p. 24.

principio ($GPiA$) por la seguridad en las apreciaciones empíricas relativas al primer principio en el caso concreto ($SPiC$).

Pongamos a un ejemplo para ilustrar cómo funciona todo lo antes dicho, el cual nos es proporcionado por Carlos Bernal Pulido. Se trata de un caso en que la afectación que podría sufrir el derecho a la vida de la hija de personas practicantes de la religión evangélica, si se permitiera al padre y madre no llevarla al hospital en respeto a su libertad de cultos. En este ejemplo, colisionaría el derecho a la salud y a la vida de la hija (Pi) y el derecho a la libertad de cultos de su padre y madre (Pj); la intensidad de la intervención al derecho de la hija es *grave* por lo que se le asigna el valor 4 ($IPiC = 4$), el peso abstracto de ese derecho también es el máximo por lo que se le otorga un valor de 4 ($GPiA = 4$), y existe *seguridad* en las premisas empíricas, de forma que por ser *s* se le otorga un valor de 1 ($SPiC = 1$); en cuanto al segundo principio, la satisfacción de la libertad de cultos es *media* por lo que se le asigna un valor de 2 ($WPjC = 2$), el peso abstracto de dicho derecho es *medio* (pues se puede argumentar que la religión no es una cuestión de vida o muerte) por lo que también se le asigna un valor de 2 ($GpjA = 2$), y asimismo hay *seguridad* de las premisas que califican como intensa la afectación a la libertad de culto (pues es seguro que ordenarles al padre y madre llevar a su hija al hospital, es una restricción a esa libertad) por lo que se le asigna un valor de 1 ($SPjC = 1$).³⁷⁶

Así los resultados de la fórmula del peso en cuanto a la afectación del derecho a la vida de la hija, serían los siguientes:³⁷⁷

$$GPi, jC = \frac{4 \cdot 4 \cdot 1}{2 \cdot 2 \cdot 1} = \frac{16}{4} = 4$$

De manera correlativa, el peso de la libertad de culto del padre y la madre sería el siguiente:³⁷⁸

$$GPj, iC = \frac{2 \cdot 2 \cdot 1}{4 \cdot 4 \cdot 1} = \frac{4}{16} = 0.25$$

Por consiguiente, en este ejemplo, la satisfacción de la libertad de cultos (satisfecha sólo en 0.25) no justifica la intervención del derecho a la vida de la hija (afectado en 4), por lo que el resultado de la ponderación sería que el derecho a la vida precede en este caso concreto a la libertad de cultos, lo que

³⁷⁶ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 210, p. 25.

³⁷⁷ *Idem.*

³⁷⁸ *Idem.*

serviría para concluir que, en este asunto, estaría ordenado por los derechos humanos ingresar a la hija al hospital.³⁷⁹

Así, en el presente caso, la relación de precedencia condicionada sería $(P_1PP_2) C$, o más precisamente $(PiPPj) C$, pues conforme a las circunstancias del caso, el derecho a la vida de la hija precede a la libertad de culto de su padre y madre. En este sentido, si prevalece Pi y está ordenado al padre y la madre llevar a su hija al hospital, la regla que se desprende de la ley de colisión sería que, al reunirse las circunstancias C (que una hija esté en peligro de muerte, que pueda salvarse mediante atención médica, que su padre y madre tengan una religión que prohíba el ingreso a los hospitales, etcétera) se debe aplicar como consecuencia jurídica R la obligación de ingresar a la hija al hospital. Es decir $C \rightarrow R$, como ya se explicó previamente.

Ahora bien, existen casos en que, luego de aplicar la fórmula del peso, resulta que hay empate (un igual peso de ambos principios en colisión, es decir, $GP_i, jC = GP_j, iC$). En muchos de estos casos el empate es sólo aparente, pues casi siempre “existiría alguna pequeña diferencia o por lo menos una diferencia mínima entre el grado de intervención y la importancia concreta”;³⁸⁰ por lo tanto, ese aparente empate derivado de aplicar el modelo triádico, se podrá resolver aplicando modelos más refinados.³⁸¹ Si aun así, persiste el empate (es decir, si estamos ante un verdadero caso de empate en donde el peso de ambos principios es absolutamente igual) se debe acudir a las cargas de la argumentación,³⁸² las que nos indicarían cómo se debe resolver una colisión concreta en casos de duda.³⁸³

³⁷⁹ *Idem.*

Cfr. también, Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 331, pp. 130 y ss.

³⁸⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 280, p. 46.

³⁸¹ Por ejemplo, podría aplicarse un “modelo triádico doble” que, al ser de orden geométrico, constaría de nueve grados, pues no sólo habría intervenciones leves (l), medias (m) y graves (g), sino muy graves (gg), medianamente graves (gm), menos graves (gl), de media intensidad situadas en el límite superior (mg), de media intensidad situadas en el ámbito medio (mm), de media intensidad situadas en el límite inferior (ml), leves que se ubican en un ámbito superior (lg), leves que se ubican en un ámbito medio (lm) y muy leves (ll). *Cfr. Ibidem*, pp. 46 y 47.

Estos nueve grados se les aplicarían valores que irían de 2^0 a 2^8 . *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 445.

³⁸² Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 210, p. 26; y Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 261, p. 117.

³⁸³ Destaca Bernal Pulido que Alexy parece sostener posturas diversas, pues en su libro *Teoría de los derechos fundamentales* defiende una carga argumentativa a favor de la libertad y la igualdad jurídicas, en donde el empate jugaría a su favor (lo que coincide con la máxima *in dubio pro libertate*); mientras que en su artículo “Epílogo a la teoría de los derechos fundamentales”, Alexy sostiene que si la intervención aparece como no desproporcionada debe ser declarada constitucional, es decir, el empate jugaría a favor de la medida que se enjuicia. Bernal proporciona dos posibles interpretaciones sobre la posición de Alexy: “Por una parte

Antes de concluir lo relativo a la estructura del juicio de ponderación,³⁸⁴ hay que señalar que esta técnica de aplicación de normas jurídicas ha recibido críticas y objeciones, sobre todo en el sentido de que puede llevar a resoluciones arbitrarias o irracionales,³⁸⁵ e incluso, decisionistas o subjetivas.³⁸⁶

Robert Alexy refuta acertadamente estas ideas, no sin antes reconocer la importancia y papel predominante que ha tenido la ponderación en la práctica jurídica de los tribunales³⁸⁷ e, incluso, advierte que si la ponderación fuera incompatible con la corrección y la justificación, no tendría lugar alguno en el mundo del derecho, y, por tanto, la evolución del derecho constitucional alemán en los últimos 50 años estaría contaminada, en su mismo núcleo, por el error.³⁸⁸ Si bien ese autor reconoce que la ponderación no es un procedimiento que conduzca exactamente a un resultado en cada caso, niega tajantemente que la ponderación no sea un procedimiento racional.³⁸⁹

Alexy cambió de postura y que, quince años después, ha revaluado su inclinación liberal y ahora privilegia el principio democrático. O, por el contrario, que Alexy persiste en conceder la carga de argumentación a favor de la libertad jurídica y la igualdad jurídica, y entonces, que en principio los empates juegan a favor de lo determinado por el legislador, a menos que se trate de intervenciones en la libertad jurídica o en la igualdad jurídica. En este caso excepcional, los empates favorecerían a estos principios”. *Cfr. Ibidem*, pp. 26 y 27.

Según nos refiere Lopera, Alexy advirtió esta contradicción y dio una propuesta de solución en una conferencia que pronunció en la Universidad de Alicante el 24 de mayo de 2004, indicando que “la prioridad prima facie de los derechos fundamentales frente a otro tipo de razones normativas ya viene garantizada mediante el mayor peso abstracto que se reconoce a los primeros en la ponderación, lo que permite mantener el in dubio pro legislatore como única regla de decisión en caso de empate”. *Cfr. Lopera Mesa, Gloria Patricia, op. cit.*, nota 265, p. 541.

³⁸⁴ Existen otras formas para representar la estructura de la ponderación, que son menos detalladas que la de Alexy. Por ejemplo, podemos mencionar la de Sieckmann, quien indica que la ponderación consta de tres elementos: *a)* los principios colisionantes, *b)* el procedimiento de ponderación, y *c)* el resultado de la ponderación. Véase, Sieckmann, Jan-R., *op. cit.*, nota 331, pp. 121-123.

³⁸⁵ *Cfr.* la crítica que Jürgen Habermas hace a la ponderación, en Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 355, p. 134.

³⁸⁶ *Cfr.* también la crítica de Bernhard Schlink, en Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 436.

Carla Huerta Ochoa parece compartir estas objeciones cuando afirma que la ponderación: “Como procedimiento, parece confiar más en la racionalidad, sabiduría e intuición del juez que en reglas que determinen expresamente cómo debe llevarse a cabo un procedimiento tan importante”. *Cfr. Huerta Ochoa, Carla, Conflictos normativos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 175.

³⁸⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 436.

³⁸⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 355, p. 135.

³⁸⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 157.

Véase también Moreso, José Juan, “Conflictos entre derechos constitucionales y maneras de resolverlos”, en Aguilera Portales, Rafael, Becerra Rojasvértiz, Rubén Enrique, y Ortega

En efecto, la ponderación no es por sí misma irracional, pues tiene (como la tienen todos los juicios) una pretensión de corrección, y esa pretensión estaría basada en que los juicios acerca del grado de intensidad en las intervenciones a los principios son *razones*.³⁹⁰ Poniendo como ejemplo el caso *Titanic* resuelto por el Tribunal Constitucional alemán,³⁹¹ Alexy advierte que, al hacer la ponderación, el tribunal *dio una serie de argumentos* para calificar ciertas intervenciones a la libertad de expresión como graves y otras como leves, así como para concluir que algunas intervenciones al derecho general de la personalidad que se presentaron en el caso fueron leves y otras graves; al final no hubo ausencia de argumentos, e incluso, los argumentos conforme a los que se resolvió el caso fueron *buenos argumentos*, por lo que no se puede decir que esa ponderación fue arbitraria.³⁹²

Esto nos permite concluir que un juicio de ponderación no es irracional o arbitrario, siempre que el mismo esté basado en buenos argumentos o argumentos correctos, lo que nos lleva a otro tema: la teoría de la argu-

Gomero, Santiago (coords.), *Neoconstitucionalismo, democracia y derechos fundamentales. Contribuciones a la teoría política y jurídica contemporánea*, México, Porrúa, 2010, p. 61.

³⁹⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 355, p. 139.

³⁹¹ En este caso, una revista de sátira, *Titanic*, describió a un oficial como “nacido asesino” y “tullido”. El tribunal tuvo que ponderar la libertad de expresión de *Titanic* con el derecho general de la personalidad (vinculado con la dignidad) del oficial. Respecto de la expresión “nacido asesino” se estableció que intervenía el derecho a la personalidad en forma moderada o incluso leve, pues se introdujo en el contexto de una sátira y en forma “reconociblemente humorística”, por lo que dicha expresión no podía ser vista como “como un daño ilícito, serio e ilegal al derecho a la personalidad”; mientras que en contrapartida, la intervención a la libertad de expresión sería grave, en tanto la condena al pago de daños podría minar la intención de seguir publicando la revista en la forma que se había hecho antes.

Por lo que hace al uso de la expresión “tullido”, la cosa fue diferente, pues el Tribunal Constitucional determinó que la afectación al derecho de la personalidad del oficial fue seria y contraria a su dignidad, ya que al describir a una persona discapacitada como “tullido” se suele considerar actualmente como algo humillante y falto de respeto; y ante esa intensidad en la afectación del derecho de la personalidad, no hay razón que lleve a justificar la satisfacción de la libertad de expresión mediante el uso de la palabra “tullido”. Por lo tanto, respecto del uso de la expresión “nacido asesino” la libertad de expresión tuvo precedencia sobre el derecho a la personalidad, pero en relación con el empleo del vocablo “tullido” el derecho a la personalidad tuvo precedencia sobre la libertad de expresión. *Cf. Ibidem*, pp. 137-139.

³⁹² *Ibidem*, p. 139.

De igual forma, Luis Prieto Sanchís no cree “que la ponderación estimule un subjetivismo desbocado, ni que sea un método vacío o que conduzca a cualquier consecuencia, pues si bien no garantiza una y sólo una respuesta para todo caso práctico, sí nos indica que hay que fundamentar para resolver un conflicto constitucional, es decir, hacia dónde ha de moverse la argumentación, a saber: la justificación de un enunciado de preferencia (en favor de un principio o de otro, de un derecho o de su limitación)”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 45, pp. 148 y 149.

mentación jurídica. En efecto, será la teoría (o teorías) de la argumentación jurídica, el instrumento que nos proporcionará cánones o parámetros para medir la *corrección material*³⁹³ de la ponderación. Así por ejemplo, podemos comprobar si los argumentos que dio el tribunal para calificar una intervención como grave, media o leve, pueden considerarse correctos (y por lo tanto, concluir que el juez aplicó bien la ponderación) o si, por el contrario, los argumentos fueron falaces o incurrieron en deficiencias argumentativas (en cuyo caso, el juez no aplicó correctamente la ponderación).³⁹⁴

Además, tal y como sucede con la subsunción (que es la otra forma de aplicar normas),³⁹⁵ la ponderación tiene una estructura que, si se sigue o respeta, nos permite medir la *corrección formal* de este juicio; esta estructura es la que ya se explicó previamente. La fórmula de la subsunción representa un esquema que trabaja con las reglas de la lógica, mientras que la fórmula del peso representa un esquema que trabaja con las reglas de la aritmética. Así, tanto la ponderación como la subsunción, tienen estructuras similares en cierto grado, pues en cada uno de estos juicios se pueden identificar una serie de premisas de las que se logra obtener el resultado; sin embargo, ni

³⁹³ En materia de argumentación jurídica se puede distinguir entre corrección formal y corrección material de los argumentos. Las ciencias formales (la lógica y las matemáticas) nos dan los criterios para saber si un argumento es formalmente correcto, es decir, nos proporcionan la estructura adecuada de los argumentos, pero no nos dan criterios respecto al contenido o materia de los argumentos. Es por eso que hay que acudir a las teorías que se han desarrollado en materia de argumentación jurídica para ver si un argumento es materialmente correcto. *Cfr.* Atienza, Manuel, *Las razones del derecho. Teorías de la argumentación jurídica*, México, 1a. reimp., UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2004, pp. 13 y 14.

En este orden de ideas, Luis Prieto Sanchís afirma que el Estado constitucional de derecho “reclama, entre otras cosas, una depurada teoría de la argumentación capaz de garantizar la racionalidad y de suscitar el consenso en torno a las decisiones judiciales; y, a mi juicio, la ponderación rectamente entendida tiene ese sentido”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 45, p. 155.

Igualmente, Alexy explica que el modelo de ponderación como un todo, nos da un criterio para vincular la ley de ponderación con la teoría de la argumentación jurídica racional. Véase Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 167.

En el mismo tenor, indica Lopera que “la ponderación, y el principio de proporcionalidad en su conjunto, necesariamente han de abrirse y apoyarse en una teoría de la argumentación práctica general”. Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 503.

Mientras que Eduardo Ribeiro nos refiere que la supremacía de los principios viene a complementarse con la argumentación jurídica. *Cfr.* Ribeiro Moreira, Eduardo, *op. cit.*, nota 27, p. 355.

³⁹⁴ En particular sobre la fórmula del peso, Clérico afirma: “Esta fórmula trabaja con incógnitas que requieren ser despejadas a través del uso de argumentos generales y/o a través de teorías materiales de interpretación constitucional, entre otras”. Clérico, Laura, *op. cit.*, nota 295, p. 146.

³⁹⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 260, p. 432.

la estructura de subsunción ni la estructura de la ponderación contribuyen directamente a la justificación del contenido de sus premisas, pues sólo proporcionan *criterios de corrección formal*.³⁹⁶

Por consiguiente, tanto en la subsunción como en la ponderación, los jueces deben atenerse a la estructura formal de cada una de esas maneras de aplicación de normas. Asimismo, en ambos casos existirá el riesgo de que, para establecer las premisas de la subsunción (justificación externa de las premisas que integrarán el silogismo) y de la ponderación (atribución de valores o graduación de la intervención en los principios en colisión), el juez incurra en argumentos no válidos o no atendibles, lo que implicaría una incorrección material; pero ese *riesgo es compartido tanto por la subsunción como por la ponderación*. De esta forma, no se sostiene la opinión de que la ponderación sea una técnica más arbitraria o irracional que la subsunción.

Es por eso que, al referirse a la ponderación, Arturo Berumen afirma que “este modelo sale bien librado, ...aunque no nos proporcione una total seguridad jurídica que, por otro lado, es sólo relativa en el ámbito de las prácticas sociales”.³⁹⁷ También dentro de nuestra doctrina, Villaseñor estima al principio de proporcionalidad, en general, como una técnica conveniente de argumentación y análisis.³⁹⁸ Mientras que el jurista colombiano, Carlos Bernal Pulido, afirma que si bien es cierto que la ponderación (y en particular la fórmula del peso) no es un procedimiento algorítmico que ofrezca una única respuesta correcta, aun así es un procedimiento claro, con una estructura jurídica libre de contradicciones, y que, además, explicita los elementos que debe considerar el juez para la corrección formal de su decisión.³⁹⁹

De igual forma, Brage Camazano afirma que la técnica de ponderación no sólo no es contraria a la seguridad jurídica, sino que está al servicio de la justicia y controla que ningún poder invada inconstitucionalmente la liber-

³⁹⁶ *Ibidem*, p. 448.

En términos similares, *cfr.* Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 503.

Asimismo, Mathews y Sweet indican que el principio de proporcionalidad es sólo un procedimiento analítico, por lo que no produce los resultados por sí mismo. *Cfr.* Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 76.

³⁹⁷ Berumen Campos, Arturo, *op. cit.*, nota 196, p. 355.

³⁹⁸ Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 244.

³⁹⁹ Bernal Pulido, Carlos, “La racionalidad de la ponderación”, en Carbonell, Miguel (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, México, CNDH, Comisión Estatal de Derechos Humanos de Aguascalientes, 2008, p. 61.

En términos similares, véase Fernández Nieto, Josefá, *op. cit.*, nota 202, p. 259.

tad de los individuos, amén de que su aplicación progresiva ha permitido la construcción sistemática de reglas racionales de prevalencia, mismas que conducen a una mayor previsibilidad y seguridad jurídica.⁴⁰⁰

Explicada la estructura de la ponderación, pasemos al siguiente apartado para concluir y aterrizar estas ideas en nuestro sistema jurídico.

4. *El principio de proporcionalidad en México*

Nuestro país no ha sido ajeno a la evolución constitucional explicada en los apartados previos⁴⁰¹ y ha utilizado el principio de proporcionalidad para resolver casos constitucionales. Sin embargo, la aplicación sistemática de la máxima en estudio apenas se está dando. En este sentido, Silva Meza nos dice que en México ya se ha comenzado a usar el principio de proporcionalidad para racionalizar y hacer transparente el método de resolución de conflictos entre principios constitucionales.⁴⁰²

Nuestra justicia federal, durante el siglo XX, se pronunció sobre diversos aspectos que integran o dan sustento al principio de proporcionalidad, de una manera más bien esporádica y no sistemática, como por ejemplo, al señalar que ningún precepto constitucional prevalece sobre los demás (al tener todos la misma jerarquía),⁴⁰³ al prohibir el ejercicio arbitrario de facultades discrecionales de la administración pública,⁴⁰⁴ al indicar la necesidad de equilibrar el principio de seguridad jurídica y el de agilidad de la justicia,⁴⁰⁵ al determinar que los derechos humanos pueden restringirse en la medida

⁴⁰⁰ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 351.

Cfr. también Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, pp. 40 y ss., en donde se dan una serie de argumentos en contra de las críticas a la ponderación.

⁴⁰¹ Explica Valentini que, para finales de la década de 1990, la mayor parte de los sistemas efectivos de control de la constitucionalidad en el mundo, habían entrado a la “era de la ponderación”. *Cfr.* Valentini, Chiara, *op. cit.*, nota 264, p. 6.

⁴⁰² Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 260, p. 390.

Cfr. también Huerta Ochoa, Carla, “The notion of ‘principle’ in legal reasoning as understood in Mexican law”, *Mexican law review*, nueva serie, vol. II, núm. 1, julio-diciembre 2009, pp. 104 y ss.

⁴⁰³ Pleno de la SCJN, “CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN SER CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ”, *Semanario judicial de la federación*, 7a. época, vol. 39, primera parte, p. 22.

⁴⁰⁴ Segunda Sala de la SCJN, “FACULTADES DISCRECIONALES. APRECIACIÓN DEL USO INDEBIDO DE ELLAS EN EL JUICIO DE AMPARO”, *Apéndice al semanario judicial de la federación 1917-2000*, 6a. época, t. III, p. 45.

⁴⁰⁵ Segunda Sala de la SCJN, “DEFENSA, GARANTÍA DE, LIMITACIONES”, *Semanario judicial de la federación*, 7a. época, 181-186, tercera parte, p. 55.

necesaria para asegurar la libertad de los demás,⁴⁰⁶ al restringir la libertad de ocupación,⁴⁰⁷ etcétera.

Empero, es a inicios del siglo XXI cuando el principio de proporcionalidad empieza a ser utilizado con más intensidad por la judicatura federal, por ejemplo, para determinar las restricciones aceptables al derecho de acceso a la justicia,⁴⁰⁸ para señalar que los principios y valores deben coexistir y ponderarse,⁴⁰⁹ para establecer las restricciones a la libertad de ocupación,⁴¹⁰ para concluir que ciertas restricciones al traspaso de órganos no cumplen con el subprincipio de necesidad,⁴¹¹ para analizar los alcances de la prohibición de censura previa,⁴¹² e incluso, para señalar que las colisiones entre derechos fundamentales de dos particulares deben resolverse mediante una ponderación y sin afectar el contenido esencial de cada derecho.⁴¹³

El primer caso que conocemos en donde se expone en forma sistemática el principio de proporcionalidad, fue resuelto en 2002 por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, la que señaló:

⁴⁰⁶ Pleno de la SCJN, “GARANTÍAS INDIVIDUALES”, *Semanario judicial de la federación*, 5a. época, t. XI, p. 3630.

⁴⁰⁷ Segunda Sala de la SCJN, “LIBERTAD DE TRABAJO”, *Semanario judicial de la federación*, 5a. época, t. LXI, p. 4026.

⁴⁰⁸ Primera Sala de la SCJN, “GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ALCANCES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XIX, mayo de 2004, p. 513.

⁴⁰⁹ Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, “DERECHOS CONSTITUCIONALES. LA VINCULACIÓN DE SUS LÍMITES EN EL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA SECUNDARIA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XVIII, noviembre de 2003, p. 955.

⁴¹⁰ Pleno de la SCJN, “LIBERTAD DE TRABAJO. NO ES ABSOLUTA DE ACUERDO CON LOS PRINCIPIOS FUNDAMENTALES QUE LA RIGEN (ARTÍCULO 5o., PÁRRAFO PRIMERO, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS)”, *Apéndice al Semanario Judicial de la Federación 1917-2000*, t. I, p. 143

⁴¹¹ Pleno de la SCJN, “TRASPLANTE DE ÓRGANOS ENTRE VIVOS. EL ARTÍCULO 333, FRACCIÓN VI, DE LA LEY GENERAL DE SALUD, QUE LO PERMITE ÚNICAMENTE ENTRE PERSONAS RELACIONADAS POR PARENTESCO, MATRIMONIO O CONCUBINATO, TRANSGREDE LOS DERECHOS A LA SALUD Y A LA VIDA CONSAGRADOS EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XVIII, agosto de 2003, p. 54.

⁴¹² Primera Sala de la SCJN, “CENSURA PREVIA. SU PROHIBICIÓN COMO REGLA ESPECÍFICA EN MATERIA DE LÍMITES A LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXV, febrero de 2007, p. 632.

⁴¹³ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1709.

Ese principio —afirma el tribunal refiriéndose al principio de prohibición de excesos o abusos en el ejercicio de facultades discrecionales— genera ciertos criterios básicos que conducen a asegurar una correspondencia entre las determinaciones que puede adoptar la autoridad administrativa electoral en la investigación de los hechos denunciados, y los bienes jurídicos o derechos fundamentales que, con motivo de ellas, pudieran resultar restringidos o afectados; dichos criterios atañen a la *idoneidad*, la *necesidad* y la *proporcionalidad* de las medidas encaminadas a la obtención de elementos de prueba.⁴¹⁴ (Énfasis añadido).

Con acierto, Sánchez Gil indica que el mérito de nuestro máximo tribunal electoral es haber sentado un precedente en el que, por primera vez, se explica el principio de proporcionalidad en forma panorámica, además de haber señalado que su fundamento son los artículos 14 y 16 constitucionales.⁴¹⁵

De igual forma, el Cuarto Tribunal Colegiado en materia Administrativa del Primer Circuito, evidentemente influenciado por el pensamiento de Alexy, estableció la tesis que a continuación se transcribe:

TEORÍA DE LOS PRINCIPIOS. SUS ELEMENTOS. Conforme a la teoría de los principios, cuando dos derechos fundamentales o principios entran en colisión, los juzgadores deben resolver el problema atendiendo a las características del caso concreto, ponderando cuál de ellos debe prevalecer y tomando en cuenta tres elementos: I) La idoneidad; II) La necesidad y III) La proporcionalidad. El primero se refiere a que el principio adoptado como preferente sea el idóneo para resolver la controversia planteada; el segundo consiste en que la limitación de cierto principio sea estrictamente necesaria e indispensable, es decir, no debe existir alternativa que sea menos lesiva; y el tercer elemento se refiere a que debe primar el principio que ocasione un menor daño en proporción al beneficio correlativo que se dé u obtenga para los demás, en otras palabras, cuanto mayor sea el grado de no cumplimiento o de afectación de un principio, tanto mayor debe ser la importancia del cumplimiento del otro.⁴¹⁶

⁴¹⁴ Sentencia dictada el 7 de mayo de 2002 en el recurso de apelación SUP-RAP-050/2001.

Tesis publicada bajo el rubro “PROCEDIMIENTO ADMINISTRATIVO SANCIONADOR ELECTORAL. DEBE REALIZARSE CONFORME A LOS CRITERIOS DE IDONEIDAD, NECESIDAD Y PROPORCIONALIDAD”, *Compilación oficial de jurisprudencia y tesis relevantes 1997-2005*, México, p. 235.

⁴¹⁵ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 77; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 294, p. 478.

⁴¹⁶ *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXII, septiembre de 2005, p. 1579.

Incidente de suspensión (revisión) 247/2005. Investigación Farmacéutica, S.A. de C.V. 13 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretaria: Sandra Ibarra Valdez.

Incidente de suspensión (revisión) 282/2005. Bonaplást, S.A. de C.V. 13 de julio de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jesús Antonio Nazar Sevilla. Secretario: Ernesto González González.

Incidente de suspensión (revisión) 292/2005. Laboratorios Keton de México, S.A. de C.V. 10 de agosto de 2005. Unanimidad de votos. Ponente: Jean Claude Tron Petit. Secretario: Alfredo artículo Martínez Jiménez.

La primera *jurisprudencia* sobre el principio de proporcionalidad, es decir, el primer precedente obligatorio que sistematiza el principio en estudio, fue dictado por la Primera Sala de la SCJN, concretamente para asuntos relativos al principio de igualdad, señalándose que:

En ese tenor, cuando la Suprema Corte de Justicia de la Nación conoce de un caso en el cual la ley distingue entre dos o varios hechos, sucesos, personas o colectivos, debe analizar si dicha distinción descansa en una base objetiva y razonable o si, por el contrario, constituye una discriminación constitucionalmente vedada. Para ello es necesario determinar, en primer lugar, si la distinción legislativa obedece a una finalidad objetiva y constitucionalmente válida: el legislador no puede introducir tratos desiguales de manera arbitraria, sino que debe hacerlo con el fin de avanzar en la consecución de objetivos admisibles dentro de los límites marcados por las previsiones constitucionales, o expresamente incluidos en ellas. En segundo lugar, es necesario examinar la racionalidad o adecuación de la distinción hecha por el legislador: es necesario que la introducción de una distinción constituya un medio apto para conducir al fin u objetivo que el legislador quiere alcanzar, es decir, que exista una relación de instrumentalidad entre la medida clasificatoria y el fin pretendido. En tercer lugar, debe cumplirse con el requisito de la proporcionalidad: el legislador no puede tratar de alcanzar objetivos constitucionalmente legítimos de un modo abiertamente desproporcional, de manera que el juzgador debe determinar si la distinción legislativa se encuentra dentro del abanico de tratamientos que pueden considerarse proporcionales, habida cuenta de la situación de hecho, la finalidad de la ley y los bienes y derechos constitucionales afectados por ella; la persecución de un objetivo constitucional no puede hacerse a costa de una afectación innecesaria o desmedida de otros bienes y derechos constitucionalmente protegidos.⁴¹⁷

⁴¹⁷ "IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL", *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXIV, septiembre de 2006, p. 75.

Sin embargo, el parte aguas en esta materia fue la jurisprudencia 130/2007 del Pleno de la SCJN relativa los asuntos relativos a los militares con VIH,⁴¹⁸ en la que el principio de proporcionalidad se desarrolló en forma sistemática, constituyéndose en un criterio de aplicación obligatoria para el resto de los tribunales.⁴¹⁹ Dada la importancia del presente caso para el constitucionalismo mexicano, y su utilidad para sustentar el principio de proporcionalidad en nuestro país, nos referiremos brevemente a lo determinado por nuestro máximo tribunal sobre el principio de proporcionalidad en este fallo.

Comienza la SCJN reconociendo que el asunto consiste en una colisión de principios constitucionales, a saber:

...por un lado, el principio de protección y salvaguarda de la eficacia del Ejército requiere la conservación de la disciplina militar y la posibilidad de que las autoridades en dicho ámbito puedan establecer ciertas medidas de seguridad, exigir ciertas condiciones físicas, mentales y de salud a los integrantes del ejército (artículos 4o, 13, 31, 32, 123, B, XIII, 129 de la Constitución), mientras que, por otro lado, las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud exigen que todos los gobernados, incluyendo a los miembros del ejército, se encuentren protegidos frente a medidas que impliquen tratamientos diferenciados desproporcionales, arbitrarios y/o injustificados basados exclusivamente en dicho motivo (artículos 1o y 4o constitucionales).⁴²⁰

Inmediatamente después, afirma que en los conflictos entre normas constitucionales debe descartarse cualquier solución que consista en la inaplicación o eliminación de una de esas normas, en virtud de que el juez constitucional no está facultado para inobservar normas, pues “el principio de unidad de la Constitución exige que los valores y principios que contiene deben interpretarse de manera sistemática”, de tal forma que resulta necesario “armonizar y balancear ambas disposiciones, con el fin de que todas ellas puedan tener eficacia, en alguna medida”.⁴²¹

Luego de hacer este planteamiento, la SCJN ahonda sobre el mismo:

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación determina que si la Constitución admite restricciones de una garantía individual por medio

⁴¹⁸ “GARANTÍAS INDIVIDUALES. EL DESARROLLO DE SUS LÍMITES Y LA REGULACIÓN DE SUS POSIBLES CONFLICTOS POR PARTE DEL LEGISLADOR DEBE RESPETAR LOS PRINCIPIOS DE RAZONABILIDAD Y PROPORCIONALIDAD JURÍDICA, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVI, diciembre de 2007, p. 8.

⁴¹⁹ En este sentido, *cf.* Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 294, p. 481.

⁴²⁰ Sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 89.

⁴²¹ *Ibidem*, p. 90.

de la ley, el legislador —en su carácter de poder constituido— debe dejar intacto el derecho constitucional respectivo en su núcleo.

En el momento en el que el legislador se estime facultado para disponer absolutamente del contenido y eficacia de las garantías individuales, ello conducirá a la posibilidad de que un poder constituido pueda sobreponerse al contenido axiológico y material de la Constitución Federal.⁴²²

Por lo tanto, nuestro Máximo Tribunal estima como relevantes los conceptos de “contenido esencial” y “proporcionalidad constitucional”, los cuales sirven para “la solución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos y para establecer los límites del desarrollo y reglamentación legislativa de las garantías individuales”.⁴²³ Determinando, a continuación, que el principio de proporcionalidad se desprende de la Constitución como exigencia del principio de legalidad y de la prohibición constitucional de actuar arbitrariamente o con exceso en el poder.⁴²⁴

La SCJN pone especial énfasis en señalar que el principio de proporcionalidad no es novedoso en México, sino que hay varios precedentes sobre él en nuestros tribunales y en los votos particulares de algunos ministros. Incluso, la sentencia parte de decisiones previas de la propia SCJN para sistematizar el principio de proporcionalidad⁴²⁵ de la siguiente manera:

De la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país, entendida desde un punto de vista integral, se desprende que el cumplimiento de los principios constitucionales de razonabilidad y proporcionalidad jurídica, implica que la limitación de una garantía constitucional por parte del legislador: a) debe perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) debe ser adecuada, idónea, apta, susceptible de alcanzar la finalidad constitucional perseguida por el legislador a través de la limitación respectiva; c) debe ser necesaria, es decir, suficiente para alcanzar la finalidad constitucionalmente legítima, de tal forma que no implique una carga desmedida e injustificada para el gobernado respectivo; y d) debe ser razonable, de tal forma que cuanto más intenso sea el límite de la garantía individual, mayor debe ser el peso o jerarquía de las razones constitucionales que justifiquen dicha intervención.⁴²⁶

⁴²² *Ibidem*, pp. 92 y 93.

⁴²³ *Ibidem*, p. 93.

⁴²⁴ *Ibidem*, p. 94.

⁴²⁵ Silva García, Fernando, “VIH y militares (criterios jurisprudenciales de la SCJN)”, *Cuestiones constitucionales. Revista mexicana de derecho constitucional*, México, núm. 18, enero-junio 2008, p. 311; y Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 264, pp. 380 y 381.

⁴²⁶ Sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 100.

Se aprecia que la SCJN claramente retoma los tres subprincipios tradicionales de la proporcionalidad: idoneidad, necesidad y ponderación (proporcionalidad *stricto sensu*); lo único que hace nuestro tribunal es separar expresamente los dos elementos que integran el subprincipio de idoneidad: la existencia de un fin constitucionalmente legítimo y que la intervención en el derecho humano sea idónea para favorecer la obtención de ese fin (indicados en la sentencia con los incisos *a*) y *b*)).⁴²⁷ Remitimos al lector al subcapítulo VI, número 2, letra A, del presente capítulo, para más detalles sobre el subprincipio de idoneidad.

En cuanto lo que aquí nos interesa, finaliza la Corte señalando que estima adecuado el principio de proporcionalidad para examinar la constitucionalidad de la ley en cuestión.⁴²⁸

⁴²⁷ Con esto, nuestra SCJN se decanta por la menos ortodoxa forma de división del principio de proporcionalidad en cuatro etapas, en lugar de tres; cuestión que, desde luego, es meramente teórica y no incide en el resultado de este *test*. Para un análisis de este tipo, *cf.* Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 208, pp. 134 y ss.; Hartwig, Matthias, *op. cit.*, nota 272, pp. 787 y 788.; Kumm, Matthias, *op. cit.*, nota 275, p. 137; y Mathews, Jud, y Sweet, Alec Stone, *op. cit.*, nota 260, p. 75.

⁴²⁸ Sentencia dictada en el amparo en revisión 2146/2005, el 27 de febrero de 2007, p. 104.

En el presente caso, se impugnó el artículo 226, segunda categoría, fr. 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, disposición que señala que la “seropositividad a los anticuerpos contra los virus de la inmunodeficiencia humana confirmada con pruebas suplementarias” es una causal de “retiro por inutilidad del ejército”.

Como se dijo, la SCJN encontró como sustento constitucional de esa norma legal el principio de protección y salvaguarda de la eficacia del ejército; así como también determinó que en este caso aplica el principio de igualdad y no discriminación por razón de salud. Así, al utilizar el principio de proporcionalidad para determinar qué principio debía prevalecer en el presente caso, la Corte determinó que:

1) La diferenciación legal que hace esa norma persigue una finalidad constitucionalmente legítima (es decir, se cumple con el primer requisito del subprincipio de idoneidad);

2) Pero que la diferenciación legal es *inadecuada* para alcanzar esa finalidad legítima, pues el ser portador del VIH no implica una inutilidad o incapacidad *per se* para formar parte del ejército, y porque que no hay beneficio alguno para la salud pública con el aislamiento a una persona que padece VIH o SIDA, ya que tal padecimiento no puede transmitirse mediante el contacto casual o por vía respiratoria, como ha demostrado la ciencia médica. Además, apunta la Corte, el legislador pudo tomar otras medidas para proteger la salud de los demás miembros del ejército y de la sociedad sin afectar los derechos humanos de los individuos, como la aplicación de medidas preventivas —como la educación— o mecanismos objetivos, razonables y no excesivos dirigidos a evitar riesgos de contagio (es decir, no se cumplió con el segundo requisito del subprincipio de idoneidad).

3) La diferenciación que hace la ley es *desproporcional*, porque al existir alternativas para que el legislador salvaguardara la eficacia del ejército (como la reubicación del afectado), que limitarían en menor grado (sin nulificar) el principio de igualdad y no discriminación, la medida resultó innecesaria (es decir, no se cumplió con el subprincipio necesidad).

4) Tal diferenciación legislativa carece de razonabilidad, pues no hay bases para equiparar que “enfermedad” es sinónimo de “inutilidad”, pues se puede padecer una enfermedad

Con posterioridad tanto la propia SCJN,⁴²⁹ como algunos tribunales

y estar en capacidad de realizar diversas tareas. Señalando la SCJN que: “No es la ausencia de salud lo que faculta al empleador para separar de sus funciones al subordinado, sino la incapacidad para poder llevar a cabo las tareas encomendadas que esa carencia genera” (es decir, no se cumplió con el subprincipio de proporcionalidad en sentido estricto).

Por consiguiente, el Pleno de la SCJN declaró inconstitucional el artículo 226, segunda categoría, fr. 45, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas.

Cabe destacar que, técnicamente, no era necesario que la SCJN aplicara todos los subprincipios de la proporcionalidad, pues al tratarse de un examen escalonado, debió detenerse al constatar que no se cumplía con el primer subprincipio, siendo irrelevante que se cumplieran o no los demás. Sin embargo, nos da la impresión que, al ser el primer caso donde el Pleno de la SCJN sistematizó el principio de proporcionalidad, pretendió dar una ilustración sobre cómo debe aplicarse tal principio.

⁴²⁹ Segunda Sala, “IGUALDAD. CRITERIOS QUE DEBEN OBSERVARSE EN EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS QUE SE ESTIMAN VIOLATORIAS DE DICHA GARANTÍA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVII, junio de 2008, p. 440, y *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXI, abril de 2010, p. 427; Primera Sala, “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462; Pleno, “LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 599; Primera Sala, “DERECHOS AL HONOR Y A LA PRIVACIDAD. SU RESISTENCIA FRENTE A INSTANCIAS DE EJERCICIO DE LA LIBERTAD DE EXPRESIÓN Y EL DERECHO A LA INFORMACIÓN ES MENOR CUANDO SUS TITULARES TIENEN RESPONSABILIDADES PÚBLICAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXX, diciembre de 2009, p. 278; Primera Sala, “LIBERTAD DE EXPRESIÓN, DERECHO A LA INFORMACIÓN Y A LA INTIMIDAD. PARÁMETROS PARA RESOLVER, MEDIANTE UN EJERCICIO DE PONDERACIÓN, CASOS EN QUE SE ENCUENTREN EN CONFLICTO TALES DERECHOS FUNDAMENTALES, SEA QUE SE TRATE DE PERSONAJES PÚBLICOS O DE PERSONAS PRIVADAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXI, marzo de 2010, p. 928; Primera Sala, “CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 357; Primera Sala, “DERECHOS DE AUTOR. EL ARTÍCULO 200 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, QUE PREVÉ UN RÉGIMEN DE LEGITIMACIÓN ESPECIAL A LAS SOCIEDADES DE GESTIÓN COLECTIVA, NO VIOLA LA GARANTÍA DE IGUALDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXIII, febrero de 2011, p. 612; Primera Sala, “CONFLICTOS ENTRE NORMAS CONSTITUCIONALES. CORRESPONDE A LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN RESOLVERLOS EN CADA CASO CONCRETO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXIII, abril de 2011, p. 305; Pleno, “CONFLICTOS QUE INVOLUCRAN DERECHOS FUNDAMENTALES. SU RESOLUCIÓN JURÍDICA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXIV, agosto de 2011, p. 23; Primera Sala, “SECUESTRO EXPRESS. EL AUMENTO DE LA PENA PREVISTA EN EL ARTÍCULO 163 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL CONSTITUYE UNA MEDIDA LEGISLATIVA IDÓNEA DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Décima época, libro II, noviembre de 2011, t. 1, p. 210; Pleno, “RADIO Y TELEVISIÓN EN MATERIA ELECTORAL. EL ARTÍCULO 75, PÁRRA-

colegiados de circuito,⁴³⁰ han aplicado el principio de proporcionalidad en

FO 2, DEL CÓDIGO DE INSTITUCIONES POLÍTICAS Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES DEL ESTADO DE OAXACA, QUE ESTABLECE QUE EL PORCENTAJE DE ACCESO A ESE TIEMPO DE LAS COALICIONES DE PARTIDOS POLÍTICOS DURANTE LA PRECAMPAÑA, CAMPAÑA Y JORNADA ELECTORAL SERÁ EL MISMO QUE CORRESPONDE A LOS DEMÁS PARTIDOS POLÍTICOS EN LA CONTIENDA Y NO LA SUMA DE LOS TIEMPOS QUE CORRESPONDERÍAN A LOS PARTIDOS COALIGADOS, CONSTITUYE UNA MEDIDA LEGISLATIVA QUE SALVAGUARDA LA EQUIDAD EN EL PROCESO ELECTORAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Décima época, libro IV, enero de 2012, t. 1, p. 613; y Primera Sala, “LIBERTAD DE EXPRESIÓN. LA RADIODIFUSIÓN ES UN MEDIO TECNOLÓGICO PARA EJERCER ESE DERECHO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Décima época, libro IX, junio de 2012, t. 1, p. 262.

⁴³⁰ *Cfr.*, por ejemplo, la tesis del Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, “MULTAS POR VIOLACIÓN A LAS NORMAS EN MATERIA DE EQUILIBRIO ECOLÓGICO Y PROTECCIÓN AL AMBIENTE. COMO SU IMPOSICIÓN NO TIENE LA FINALIDAD DE SALVAGUARDAR EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 40. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, RESULTA INAPLICABLE LA PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES CUANDO AQUÉLLAS SE CONTROVIERTAN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVII, julio de 2008, p. 1749; la tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, “PROPORCIONALIDAD EN LA PONDERACIÓN. PRINCIPIOS DEL MÉTODO RELATIVO QUE DEBEN ATENDERSE PARA EVALUAR LA LEGITIMIDAD DE LAS MEDIDAS ADOPTADAS POR EL LEGISLADOR, EN EL JUICIO DE AMPARO EN QUE LA LITIS IMPLICA LA CONCURRENCIA Y TENSIÓN ENTRE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES DE LIBERTAD DE COMERCIO Y LOS RELATIVOS A LA PROTECCIÓN DE LA SALUD, AL PLANTEARSE LA INCONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA DE OBSERVANCIA GENERAL QUE PROHÍBE LA VENTA DE PRODUCTOS DERIVADOS DEL TABACO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXIX, enero de 2009, p. 2788; del mismo tribunal administrativo encontramos la tesis “PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SE VULNERA CUANDO SE PERMITA LA REVISIÓN DE DOCUMENTOS DE UNA PERSONA, CON VOCABLOS GENÉRICOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1390; la tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “INTIMIDAD Y DERECHO PROBATORIO. EN CASO DE COLISIÓN DE ESTOS DERECHOS FUNDAMENTALES, AQUÉL DEBE CEDER FRENTE A ÉSTE, PERO DE MANERA RACIONAL Y PROPORCIONAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVIII, septiembre de 2008, p. 1302; Décimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito, “MENORES DE EDAD. EL DERECHO PARA CONOCER SU ORIGEN GENÉTICO CONSTITUYE UN BIEN JURÍDICO CONSTITUCIONALMENTE LEGÍTIMO CON MAYOR RELEVANCIA FRENTE A LOS DERECHOS DERIVADOS DEL CONCEPTO DE FAMILIA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXX, agosto de 2009, p. 1661; la tesis del Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, “ANTINOMIAS O CONFLICTOS DE LEYES. CRITERIOS DE SOLUCIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXI, febrero de 2010, p. 2788; Segundo Tribunal Colegiado en Materia civil del Sexto Circuito, “APELACIÓN. LOS ARTÍCULOS 382 Y 392 DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS CIVILES PARA EL ESTADO DE PUEBLA, QUE ESTABLECEN LOS REQUISITOS QUE IMPERATIVAMENTE DEBEN COLMARSE EN EL ESCRITO POR EL CUAL SE INSTA AL TRIBUNAL DE ALZADA, ASÍ COMO LA SANCIÓN EN CASO DE NO SEGUIRSE TAL RIGORISMO, CONTRARÍAN EL ARTÍCULO 17 CONSTITUCIONAL”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXI, mayo de 2010, p. 1922; Primer Tribunal Colegiado Auxiliar con residencia en Guadalajara, “JUICIO EN MATERIA ADMINISTRATIVA. EL ARTÍCULO 29, FRACCIÓN II, DE

sus resoluciones (aunque no siempre en la forma más adecuada o con los mejores resultados).⁴³¹

La utilización del principio de proporcionalidad por parte de jueces mexicanos ha generado aceptación, calificándose como positiva y vanguardista⁴³², no obstante se han señalado algunas críticas —menores, por cierto—, como el que la SCJN no reconoció expresamente que el principio de proporcionalidad lo importó de otros sistemas jurídicos, o que no hizo un examen escalonado y progresivo de cada subprincipio.⁴³³

Se observa así, que, sin perjuicio de las ligeras críticas que se le han formulado, el principio de proporcionalidad es ya un estándar aceptado en nuestro poder judicial federal para resolver colisiones de derechos humanos.⁴³⁴ Desde luego, apenas estamos en una etapa inicial del desarrollo de ese principio, por lo que poco a poco, nuestros tribunales lo irán detallando y perfeccionando, a la par que se vayan familiarizando con él.

LA LEY DE JUSTICIA ADMINISTRATIVA DEL ESTADO DE JALISCO, QUE OBLIGA A CONSIDERARLO IMPROCEDENTE EN LOS CASOS EN QUE EL ACTO IMPUGNADO NO SEA DE AQUELLOS CUYO CONOCIMIENTO LE COMPETA AL TRIBUNAL DE LO ADMINISTRATIVO LOCAL, VIOLA LA GARANTÍA DE ACCESO A LA JUSTICIA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXI, junio de 2010, p. 985; y Primer Tribunal Colegiado en Materias Penal y Administrativa del Décimo Séptimo Circuito, “AUTO DE VINCULACIÓN A PROCESO. EN SU DICTADO NO ES NECESARIO ACREDITAR EL CUERPO DEL DELITO (ELEMENTOS OBJETIVOS, NORMATIVOS Y SUBJETIVOS) Y JUSTIFICAR LA PROBABLE RESPONSABILIDAD DEL INCUPLADO, SINO QUE SÓLO DEBE ATENDERSE AL HECHO ILÍCITO Y A LA PROBABILIDAD DE QUE EL INDICIADO LO COMETIÓ O PARTICIPÓ EN SU COMISIÓN (NUEVO SISTEMA DE JUSTICIA PENAL EN EL ESTADO DE CHIHUAHUA)”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Décima época, libro V, febrero de 2012, t. 3, p. 1942.

⁴³¹ Uno de los casos más notorios y más decepcionantes sobre una pésima “aplicación” del principio de proporcionalidad, se dio precisamente en materia de *derechos de autor*. Nos referimos a la tesis de la Primera Sala de la SCJN de rubro “DERECHOS DE AUTOR. *LOS ARTÍCULOS 231 Y 232 DE LA LEY FEDERAL RELATIVA INCIDEN RAZONABLE Y PROPORCIONALMENTE EN EL DERECHO A LA TUTELA JUDICIAL EFECTIVA*”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVIII, agosto de 2008, p. 51.

Para una crítica de ese caso, *cf.* Sánchez Gil, Rubén, “El caso ‘Diego Pérez’: cómo no se hace un examen de proporcionalidad”, *Revista iberoamericana de derecho procesal constitucional*, México, Porrúa, IMDPC, núm. 13, enero-junio 2010, pp. 379 y ss. (quien, incluso, pone en tela de duda si se trata de la peor sentencia de la SCJN —lo cual ya es mucho decir—).

⁴³² Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, nota 31, p. 185; Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 264, pp. 370 y 387; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 294, pp. 473 y 474; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, pp. 280 y 281.

⁴³³ Alvez, Amaya, *op. cit.*, nota 264, p. 388.

⁴³⁴ Por tal razón, sorprenden opiniones como la de Villaseñor, quien afirma que el principio de proporcionalidad ha sido usado por la jurisprudencia mexicana “de forma tangencial”, sin que esta autora siquiera haya analizado las jurisprudencias que sobre el particular ha dictado la SCJN. *Cfr.* Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 244.

VII. RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS

Actualmente existe consenso en que los derechos humanos no son absolutos,⁴³⁵ aunque no siempre se tuvo esta concepción, como sucedió en la doctrina del siglo XVIII y en sus respectivos textos, como por ejemplo, la *Declaración de los derechos del hombre y del ciudadano* de 1789.⁴³⁶ Empero, tal doctrina es errónea, pues, como afirma Brage, los derechos fundamentales no son, ni fueron nunca, derechos ilimitados, en tanto el titular de esos derechos no es un individuo aislado y soberano, sino al contrario, vive y se relaciona en sociedad, por lo que para una convivencia armónica dentro del Estado debe cohonstar sus libertades con las de los demás.⁴³⁷ Como bien apuntan Silva García y Silva Meza: “el hombre es libre hasta el límite que afecte derechos previstos jurídicamente en beneficio de otros individuos o desarmonice el orden social procurado a través de normas jurídicas válidas”.⁴³⁸

De ahí que los derechos humanos estén sujetos a límites o restricciones. Esto en el sentido de que sus titulares no pueden hacer lo que les venga en gana, pero nunca en el sentido de que el legislador puede cercenarlos libremente.⁴³⁹

⁴³⁵ Baquerizo Minuche, Jorge, y Leuschner Luque, Erick, *op. cit.*, nota 208, p. 102; Burgo Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 64, p. 196; Fernández Segado, Francisco, “Los derechos constitucionales” en Fernández Segado, Francisco, *Estudios jurídico-constitucionales*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 84; Pérez Tremps, Pablo, “Los derechos fundamentales. Teoría general”, en Pérez Tremps, Pablo (coord.), *Los derechos fundamentales*, Quito, Tribunal Constitucional del Ecuador, Universidad Carlos III de Madrid, Comisión Europea, Corporación Editora Nacional, 2004, p. 33; Prieto Sanchís, Luis, “La limitación de los derechos fundamentales y la norma de clausura del sistema de libertades”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Teoría constitucional y derechos fundamentales*, México, CNDH, 2002, p. 137; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 241; Tórtora Aravena, Hugo, “Las limitaciones a los derechos fundamentales”, *Estudios constitucionales*, Chile, Universidad de Talca, año 8, núm. 2, 2010, p. 168.

Asimismo, *cf.* la tesis de la Primera Sala de la SCJN de rubro “RESTRICCIONES A LOS DERECHOS FUNDAMENTALES. ELEMENTOS QUE EL JUEZ CONSTITUCIONAL DEBE TOMAR EN CUENTA PARA CONSIDERARLAS VÁLIDAS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVIII, julio de 2008, p. 462.

⁴³⁶ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 35.

En este sentido, Silva García y Silva Meza nos refieren: “Durante mucho tiempo se sostuvo que los derechos fundamentales son absolutos e ilimitados, por encontrarse íntimamente ligados a la naturaleza humana”. Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 240.

⁴³⁷ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 36.

⁴³⁸ Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 240.

⁴³⁹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 435, p. 137.

A continuación nos referiremos a algunos de los puntos más destacables respecto de las restricciones a los derechos humanos, los cuales nos permitirán avanzar en la comprensión de los aspectos elementales de tal tipo de derechos y, además, nos proporcionarán algunas herramientas para también analizar las restricciones al derecho autoral de explotación más adelante.

1. *Teorías interna y externa de las restricciones*

Como afirma Borowski,⁴⁴⁰ la discusión sobre las restricciones a los derechos subjetivos (principalmente en el derecho civil), llevó al debate sobre las “teorías de las restricciones”: la interna y la externa. Estas teorías también son parte importante del estudio de los derechos fundamentales.⁴⁴¹

En la *teoría externa de las restricciones* (también llamada “teoría de los derechos limitables”) se parte de dos objetos jurídicos diversos: (a) el derecho *prima facie* o derecho no limitado, y (b) la restricción de ese derecho. La consecuencia de la restricción, sería la obtención de un derecho definitivo o limitado.⁴⁴² Algo que forma parte del contenido del derecho previo a su restricción, deja de serlo después de tal restricción.⁴⁴³ Esto nos es explicado por Alexy de la siguiente forma:

El concepto de restricción de un derecho sugiere la suposición de que existen dos cosas —el derecho y sus restricciones— entre las cuales se da una relación de tipo especial, es decir, la de la restricción. Si la relación entre derecho y restricción ha de ser definida de esta manera, entonces existe, primero, el *derecho en sí*, que no está restringido, y, segundo, lo que queda del derecho cuando se le añaden las restricciones, es decir, el *derecho restringido*.⁴⁴⁴

En cambio, la *teoría interna de las restricciones* (también conocida como “teoría de los derechos no limitables”) afirma que inicialmente ya existe un derecho de contenido determinado, es decir, un derecho con límites concretos. A tales límites se les suele llamar “inmanentes”, y no se les puede deno-

⁴⁴⁰ Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 56, p. 66.

⁴⁴¹ *Cfr.* Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 268 y ss.; Correa Henao, Magdalena, *La limitación de los derechos fundamentales*, Bogotá, Instituto de Estudios Constitucionales Carlos Restrepo Piedrahita, 2003, pp. 67 y ss.; Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 216, p. 404.

⁴⁴² Borowski, Martín, “La restricción de los derechos fundamentales” (trad. de Rodolfo Arango), *Revista española de derecho constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, año 20, núm. 59, mayo-agosto 2000, p. 31; y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 216, pp. 405 y 406.

⁴⁴³ Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 56, p. 69.

⁴⁴⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 268.

minar “restricción”, en tanto la restricción es una reducción o disminución del derecho.⁴⁴⁵ De igual forma, nos indica Alexy:

Según ella —indica el citado autor respecto de la teoría interna—, no existen dos cosas, el derecho y sus restricciones, sino sólo una: el derecho con un determinado contenido. El concepto de restricción es sustituido por el de límite. Las dudas acerca de los límites del derecho no son dudas acerca de si el derecho deber ser o no limitado sino acerca de cuál es su contenido. Cuando se habla de “límites” en lugar de “restricciones”, se habla de “restricciones inmanentes”.⁴⁴⁶

Bajo esta concepción, lo que hace el operador jurídico es comprobar si el contenido *aparente* del derecho es en realidad su contenido *verdadero*.⁴⁴⁷ De manera que: “Quien únicamente puede invocar un derecho aparente, actúa *sin* derechos, y no con derechos reducidos o restringidos”.⁴⁴⁸

Estimamos, junto con Alexy,⁴⁴⁹ Bernal,⁴⁵⁰ Brage,⁴⁵¹ Del Toro,⁴⁵² y Borowski,⁴⁵³ que la teoría más adecuada es la externa, pues explica mejor el fenómeno de las restricciones a los derechos humanos, facilita la labor del juzgador en tanto permite reconstruir la colisión de tales derechos (y otros bienes constitucionales), nos posibilita distinguir con mayor claridad la “restricción” de otras figuras similares como la “configuración”, y ayuda en mayor medida al cumplimiento de las normas iusfundamentales,

...ya que los llamados límites intrínsecos, internos o inmanentes son una aberración jurídica a través de la que pretende burlarse el sistema, cuidadosamente construido y dolorosamente conquistado, de protección de la libertad en que los derechos fundamentales consisten, bien que tales concepciones tienen en algunos casos un alcance muy limitado, pero han de ser igualmente

⁴⁴⁵ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 442, p. 32.

⁴⁴⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 268 y 269.

⁴⁴⁷ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 442, p. 33.

⁴⁴⁸ *Idem.*

⁴⁴⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 271.

⁴⁵⁰ Bernal Pulido, Carlos, “Refutación y defensa del neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 308.

⁴⁵¹ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, pp. 81 y 82.

⁴⁵² Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 216, p. 405.

⁴⁵³ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 442, p. 34.

De hecho, este autor nos explica que los derechos de la actual Ley Fundamental alemana han sido tratados en términos de la teoría externa por su Tribunal Constitucional y en forma casi unánime en la doctrina germánica. *Cfr.* Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 56, p. 74.

rechazadas, a nuestro juicio, en la medida en que abren un peligroso portillo y pretenden introducir un verdadero *caballo de Troya* en el seno de los derechos fundamentales.⁴⁵⁴

Dada nuestra adhesión a la teoría externa, estimamos más adecuado hablar de “restricciones” que de “límites”. De igual forma, y siguiendo Brage,⁴⁵⁵ consideramos más afortunado hablar de “restricciones a los derechos” que de “restricciones de los derechos” (puesto que esta última expresión da a entender que la restricción es algo inmanente o perteneciente al propio derecho).

2. *Concepto de restricciones a los derechos humanos*

Siguiendo la teoría externa (explicada en el apartado previo), corresponde ahora contestar la siguiente pregunta: ¿qué son las restricciones a los derechos humanos?

Una primera porción de la respuesta nos es dada por Robert Alexy, al indicar que “las restricciones a los derechos fundamentales son normas que restringen posiciones iusfundamentales *prima facie*”.⁴⁵⁶ Si bien esta respuesta es de carácter circular, nos proporciona un primer dato relevante: tales restricciones son normas.⁴⁵⁷ Aunque para ser más precisos, cabe decir que una restricción no es, en estricto sentido, una norma jurídica, sino algo que deriva de la norma; es decir, hay que distinguir entre *norma o cláusula restrictiva* y

⁴⁵⁴ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 81.

De hecho, resulta interesante lo indicado por Borowski en el sentido de que la teoría nacional-socialista de los derechos fundamentales desarrollada en el *Tercer Reich* se inclinaba por la teoría interna de las restricciones. *Cfr.* Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 442, p. 33.

Mientras que Bernal indica: “Diversos autores han señalado que este procedimiento propuesto por la teoría interna genera un déficit de fundamentación en la determinación del contenido de los derechos fundamentales y abre las puertas para que las sentencias del Tribunal Constitucional se construyan solamente sobre la base de pseudofundamentaciones”. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 450, p. 314.

Además, como bien indica Lopera, “la teoría externa alienta una visión en cierto modo más realista acerca de los derechos, pues pone en evidencia que su fuerza normativa depende, en definitiva, de la importancia que estemos dispuestos a conceder a su garantía frente al peso que atribuimos a las razones que abogan por su restricción”. Lopera Mesa, Gloria Patricia, *op. cit.*, nota 265, p. 169.

⁴⁵⁵ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 82.

⁴⁵⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 272.

En términos similares, véase Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 44.

⁴⁵⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 272; y Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, pp. 75 y 76.

la *restricción*, en tanto la primera es un mandato y la segunda es el efecto que produce esa norma (intervención) en un derecho subjetivo.⁴⁵⁸

Ahora bien, no cualquier norma puede ser una restricción a los derechos humanos (o mejor dicho, fuente de una restricción a estos derechos), sino que se requiere que sea una norma *constitucional*,⁴⁵⁹ pues se trata de derechos de rango constitucional que sólo pueden ser restringidos únicamente a través de normas de rango constitucional o sobre la base de ese tipo de normas.⁴⁶⁰ En nuestra Constitución, esto queda claro en su artículo 1o, el cual establece que los derechos humanos que reconoce no podrán restringirse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece.

Bajo esa premisa, las restricciones pueden ser directamente constitucionales o indirectamente constitucionales, como nos explica Alexy:

Por ello, las restricciones de derechos fundamentales son siempre o bien normas de rango constitucional o normas de rango inferior al de la Constitución, a las que autorizan dictar normas constitucionales. Las restricciones de rango constitucional son *directamente constitucionales*; las restricciones de rango inferior a la Constitución, *indirectamente constitucionales*.⁴⁶¹

Ahora bien, al tratar las *restricciones directamente constitucionales*, Alexy distingue entre *restricción* y *cláusula restrictiva*, correspondiendo la primera a la perspectiva del derecho (lo que se restringe es un derecho) y la segunda a la perspectiva de la norma (en tanto se encuentra dentro de una norma iusfundamental). Las cláusulas restrictivas son una parte de una norma completa de derecho fundamental que establece cómo se encuentra restringido o cómo puede ser restringido lo que está garantizado *prima facie* en el supuesto de hecho del derecho fundamental.⁴⁶²

⁴⁵⁸ Véase *infra* la nota al pie 462 del presente capítulo.

⁴⁵⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 272. Según este autor, si una norma no es constitucional, puede hablarse de una “intervención” pero no de una “restricción”; empero, esto es una cuestión lingüística, pues en lugar de distinguir entre “restricción” e “intervención”, válidamente se podría hablar de “restricción justificada constitucionalmente” y “restricción no justificada constitucionalmente”.

⁴⁶⁰ *Ibidem*, p. 277.

⁴⁶¹ *Idem*.

En igual sentido, el jurista mexicano, Rodolfo Vidal Gómez Alcalá, expresa: “Los Derechos Fundamentales, cuando son reconocidos a nivel constitucional, se convierten en normas que tienen la máxima jerarquía, por lo que en principio, las leyes ordinarias no podrían atentar contra las mismas, a no ser que la propia norma suprema faculte a algún poder para restringirlos”. Vidal Gómez Alcalá, Rodolfo, *La ley como límite de los derechos fundamentales*, México, Porrúa, 1997, pp. 195 y 196.

⁴⁶² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 277.

Estas cláusulas restrictivas pueden ser tácitas o expresas.⁴⁶³ Las cláusulas restrictivas expresas se caracterizan porque es el propio legislador constitucional quien formula la restricción en forma directa y definitiva, “no limitándose a establecer un principio opuesto al derecho fundamental, sino una regla”.⁴⁶⁴ En cambio, las cláusulas restrictivas tácitas implican que los derechos fundamentales encuentran sus restricciones en la tutela de otros derechos o bienes constitucionales no expresamente fijados como restricción al particular derecho humano,⁴⁶⁵ es decir, se trata de restricciones con carácter de principio: derechos humanos de terceros que entren en colisión y otros valores jurídicos de rango constitucional,⁴⁶⁶ los cuales requieren, desde luego, una ponderación. De ahí que Hugo Tórtora explique:

La primera categoría de limitaciones se refiere a aquellas restricciones que nacen del respeto por los derechos fundamentales de los demás sujetos, vale decir, de los demás miembros de la comunidad, circunstancia que impide a cada titular utilizar su derecho en perjuicio de otro. También involucra el cumplimiento del bien común.⁴⁶⁷

En cuanto a las *restricciones indirectamente constitucionales*, son aquellas cuya imposición está autorizada por la propia Constitución, para lo cual se requiere que exista una cláusula de reserva explícita, misma que debe establecer

⁴⁶³ *Idem*.

En términos similares, Silva García y Silva Meza hablan de límites expresos y límites implícitos. *Cfr.* Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, pp. 244-246.

⁴⁶⁴ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 84.

Un ejemplo lo encontramos en el artículo 9o. de nuestra Constitución, el cual primeramente contempla, en términos amplios, el derecho de asociación; pero luego, el propio legislador constitucional introduce una cláusula restrictiva expresa, por virtud de la cual restringe ese derecho a todos aquellos que no sean ciudadanos de la República cuando se trate de asuntos políticos del país.

⁴⁶⁵ *Ibidem*, p. 85.

⁴⁶⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 281.

Un ejemplo sería el derecho a profesar creencias religiosas previsto en el artículo 24 constitucional, cuyo texto no establece expresamente una restricción relativa a la salud de las personas, pero que en ciertos casos podrá ser restringido con base al derecho a la salud (el cual está previsto como principio constitucional en el artículo 4o de la Constitución), cuando hubiera una colisión de principios, tal y se dijo en el ejemplo en el que, en cumplimiento de su religión evangélica, un padre no lleve a su hija al hospital poniendo en grave riesgo su salud (*véase supra* el subcapítulo VI, numeral 3, letra B).

⁴⁶⁷ Tórtora Aravena, Hugo, *op. cit.*, nota 435, p. 173.

De ahí que Villaseñor explique: “La teoría de los ‘límites inmanentes’ busca resolver las situaciones en las que no existe una habilitación constitucional expresa para limitar los derechos. Se trata de límites que son inmanentes al reconocimiento mismo del derecho”. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 50.

en forma clara la competencia para imponer restricciones indirectamente constitucionales.⁴⁶⁸ Es decir, una autoridad diversa del legislador constitucional está facultada para restringir un derecho fundamental, pero únicamente cuando la Constitución establece una cláusula de reserva explícita.

Sin embargo, la competencia que se concede al legislador para restringir derechos humanos siempre será limitada, tanto por la garantía del contenido esencial (en caso de que se acepte la teoría absoluta de la misma, la cual se expone más adelante), como por el principio de proporcionalidad (y con ello, el mandato de ponderación). Con esa relación entre competencia y ponderación, se evitan resultados incompatibles con la sujeción del legislador ordinario a los derechos humanos.⁴⁶⁹

Ahora bien, ya sabemos que las restricciones a los derechos humanos son normas, y además, constitucionales (ya sea en forma directa o indirecta). Cabe ahora preguntarnos junto con Robert Alexy ¿qué es lo que hace que esas normas sean restricciones a los derechos fundamentales? Para responder esta interrogante, hay que distinguir entre diversos tipos de normas, en particular, las normas que fundan la competencia del Estado para dictar normas y las normas de mandato o prohibición dirigidas a los ciudadanos.⁴⁷⁰

En primer lugar, respecto de las *normas de competencia*, cabe destacar que las más importantes de estas para la teoría de las restricciones son las normas establecidas por las reservas legales iusfundamentales, pues por medio de tales, el legislador ordinario queda facultado para imponer restricciones a los derechos humanos. Estas normas de competencia no son en realidad restricciones a los derechos fundamentales, sino que sólo fundamentan la *posibilidad jurídica* de restringir tales derechos (fundamentan la restringibilidad pero no son restricciones en sí mismas).⁴⁷¹

En segundo lugar, y ya propiamente hablando de restricciones a derechos fundamentales, se puede decir que tales restricciones consisten en la *obstaculización de la realización de un principio iusfundamental*.⁴⁷² Esta obstaculización se puede realizar a través de normas de *mandato* o *prohibición* dirigidas a los ciudadanos (o incluso normas que restringen o eliminan competencias del ciudadano).⁴⁷³

⁴⁶⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 282.

⁴⁶⁹ *Ibidem*, p. 283; y Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 85.

⁴⁷⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 272.

⁴⁷¹ *Ibidem*, pp. 272 y 273; y Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 76.

⁴⁷² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 328.

O como dice Borowski: "La restricción consiste en que algo, ordenado *prima facie* por el principio, no vale definitivamente". Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 442, p. 40.

⁴⁷³ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 274.

Tanto las reglas como los principios pueden restringir derechos humanos.⁴⁷⁴ Una *regla* es una restricción a un derecho humano cuando con su vigencia se tiene una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o un derecho iusfundamental *prima facie*. Por ejemplo, mientras no entre en vigor una regla que obligue a los motociclistas a usar casco, el titular del derecho humano tiene una libertad iusfundamental *prima facie* a usar o no el casco; pero en cuanto entra en vigor la restricción, la posición del titular es una no-libertad definitiva.⁴⁷⁵

Los *principios* también pueden restringir derechos humanos. Empero, los principios restringentes no pueden, por sí solos, poner al individuo en ciertas posiciones definitivamente restringidas (no-derechos y no-libertades), pues para llegar a restricciones definitivas se requiere una ponderación entre el principio restringido y el principio restringente.⁴⁷⁶ Así las cosas:

Un principio es una restricción de un derecho fundamental cuando hay casos en los cuales es una razón para que, en lugar de una libertad iusfundamental *prima facie* o de un derecho fundamental *prima facie*, aparezca una no-libertad definitiva o un no-derecho definitivo de igual contenido.⁴⁷⁷

En otro orden de ideas, hay que destacar la existencia de un método de examen escalonado que permite analizar las restricciones a los derechos fundamentales, mismo que es usado, entre otros, por el Tribunal Constitucional alemán, el Tribunal Europeo de Derechos Humanos, el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, el Tribunal Constitucional español y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.⁴⁷⁸ De acuerdo con Brage Camazano,⁴⁷⁹ las ventajas de ese método es hacer más riguroso el enjuiciamiento de las restricciones a los derechos humanos, y hacer ese examen más previsible y controlable de manera intersubjetiva por la llamada “sociedad abierta de intérpretes” de la Constitución.⁴⁸⁰ Este método consiste en los siguientes pasos:⁴⁸¹

⁴⁷⁴ *Idem*; y Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 442, p. 40.

⁴⁷⁵ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 274.

⁴⁷⁶ *Ibidem*, p. 275; y Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 435, p. 88.

⁴⁷⁷ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 275 y 276.

⁴⁷⁸ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 96; y Del Toro Huerta, Mauricio Iván, *op. cit.*, nota 216, p. 409.

⁴⁷⁹ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 96.

⁴⁸⁰ La “sociedad abierta de intérpretes de la Constitución” es un concepto acuñado por Häberle, para quien la interpretación constitucional ha de pasar de una “sociedad cerrada” de intérpretes hacia una interpretación por y para una “sociedad abierta”, en la que están potencialmente incluidos todos los órganos del Estado, todos los poderes públicos, y todos los ciudadanos y grupos. *Cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 58, pp. 149-151.

⁴⁸¹ Seguimos aquí a Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, pp. 96 y 97.

- a) En primer lugar, hay que distinguir el ámbito normativo inicial del derecho humano antes de cualquier posible restricción, es decir, verificar si cierta conducta encuadra en ese ámbito normativo;
- b) Luego, habrá de comprobarse si existe una intervención en el ámbito inicialmente protegido por el derecho humano, es decir, ver si se restringe o recorta lo prescrito en principio por el ámbito normativo, y
- c) Finalmente, analizar la justificación de esa intervención, es decir, constatar si la misma puede considerarse legítima por el hecho de respetar las condiciones de restringibilidad (como por ejemplo, la reserva de ley, el principio de proporcionalidad o la garantía del contenido esencial).

Como se aprecia, este método de análisis se encuentra estrechamente ligado a la teoría externa de las restricciones, lo que habla a favor de la utilidad práctica de adoptar tal teoría.

Toda vez que ya tenemos nociones básicas acerca de la figura de las restricciones a los derechos humanos, corresponde referirnos a la configuración de tales derechos.

3. Restricción y configuración

A continuación se procede a diferenciar la restricción de otra figura que es diversa, pero a la que está muy vinculada: la configuración de los derechos humanos.

Peter Häberle explica que los derechos fundamentales no son, de modo alguno, una “esfera de libertad” que está exenta de normación, sino que son ámbitos vitales ordenados y configurados conforme a la libertad.⁴⁸² Por lo tanto, los derechos humanos “son susceptibles y están necesitados, de la ejecución por el legislador. Todos los principios jurídicos admisibles en el campo de los derechos fundamentales poseen carácter de ejecución”.⁴⁸³

Esto significa que es necesaria la participación del legislador para ir desarrollando, vaya, para darle vida, a los derechos humanos en su conjunto, ya sea a través de su restricción o a través de su configuración.

Robert Alexy, partiendo de las ideas de Häberle, establece un género que es la configuración *lato sensu*, que a su vez tiene dos especies: la restric-

⁴⁸² Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 180.

⁴⁸³ *Ibidem*, p. 184.

ción y la configuración en sentido estricto.⁴⁸⁴ En aras de evitar confusiones, y siguiendo a Brage, utilizaremos la expresión “ejecución” para referirnos a la configuración *lato sensu*.⁴⁸⁵

Alexy indica que la ejecución o configuración en sentido amplio “se refiere a la situación total de la normación en el ámbito de los derechos fundamentales”.⁴⁸⁶ Esta ejecución de los derechos humanos puede hacerse ya sea a través de su *restricción*, o mediante la *configuración* (que es un concepto opuesto a la restricción).⁴⁸⁷

Como ya vimos, una *restricción* es una obstaculización de la realización de un principio iusfundamental, y por consiguiente, debe estar justificada con base en una ponderación.⁴⁸⁸ Evidentemente, nos encontramos frente a una norma restrictiva.⁴⁸⁹

En cambio, la *configuración* de los derechos humanos ha de definirse negativamente en contraposición a la restricción,⁴⁹⁰

...entendiendo que estaremos ante una configuración del derecho fundamental cuando se trate de una regulación del derecho fundamental que no recorta o restringe el ámbito normativo del derecho fundamental, sino que más bien lo que haga es convertirlo en practicable a su titular; abrirle posibilidades concretas de ejercicio, facilitar o promover tal ejercicio libre sin recortar las posibilidades de actuación que el ámbito (inicialmente) protegido del derecho fundamental (el tipo iusfundamental) permite.⁴⁹¹

Es a lo que se refiere Burgoa cuando habla de “pormenorizar o detallar la norma superior de que se trate, a fin de procurar su mejor aplicación u

⁴⁸⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 323 y 324.

⁴⁸⁵ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 68.

⁴⁸⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 324.

⁴⁸⁷ *Idem*; y Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 72.

Ideas similares encontramos en Burgoa, quien, en lugar de hablar de “restricción” y “configuración”, habla de “limitación” y “reglamentación”. *Cfr.* Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 64, p. 198.

⁴⁸⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 328.

⁴⁸⁹ *Ibidem*, p. 322.

⁴⁹⁰ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 683; y Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 72.

⁴⁹¹ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, pp. 72 y 73.

Alexy nos refiere como ejemplo de normas configuradoras las del derecho civil, pues garantías iusfundamentales como las del matrimonio, la propiedad o el derecho sucesorio presuponen normas de derecho civil; *v. gr.* sin normas del derecho de propiedad no tendría sentido la garantía iusfundamental de la propiedad. De hecho, el referido autor afirma que: “Al igual que todos los principios, el principio iusfundamental de la propiedad privada exige la mayor medida posible de realización”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, pp. 325 y 326.

En el mismo sentido, *cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 180.

observancia”.⁴⁹²⁻⁴⁹³ Por consiguiente, las normas de configuración son normas no restrictivas.⁴⁹⁴

De esta manera, el criterio de distinción entre la restricción y la configuración de un derecho humano, sería la no obstaculización de la realización del principio iusfundamental; por lo que si tal principio es obstaculizado estaremos ante una restricción, pero si no hay tal obstaculización en la ejecución del derecho humano, lo que habrá es una configuración.⁴⁹⁵

La importancia práctica de distinguir entre restricciones y configuraciones de derechos humanos consiste en que “una norma que no restringe un derecho fundamental no tiene que ser justificada como restricción frente a este derecho fundamental”,⁴⁹⁶ o sea, lo “que es calificado como configuración no necesita ser fundamentado frente al derecho fundamental”.⁴⁹⁷

Una vez explicado esto, pasemos al siguiente apartado para ver qué condiciones deben cumplirse para poder restringir un derecho humano.

4. *La garantía del contenido esencial y la reserva de ley como condiciones a la restricción*

Todo lo dicho en los apartados previos, nos hace percatarnos que para restringir válidamente un derecho humano deben cumplirse algunos requi-

⁴⁹² Burgoa Orihuela, Ignacio, *op. cit.*, nota 64, p. 198.

De igual forma, véase Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 236.

⁴⁹³ Cabe señalar que no es necesario que la Constitución ordene expresamente la configuración legislativa de los derechos humanos, pues esto se deriva de su carácter de mandatos de optimización. Además, como afirma Häberle, en la mayoría de los casos hay una autorización tácita de la Constitución para configurar los derechos humanos. *Cfr.* Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 180.

En el mismo tenor, Brage indica que la legislación de configuración puede “resultar necesaria independientemente de todo encargo expreso”. Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 64.

Y es que, en efecto, como advierte Villaseñor: “La intervención del legislador es necesaria para la concretización de los preceptos de la Constitución porque son de carácter abierto”. Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 26.

⁴⁹⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 322.

⁴⁹⁵ *Ibidem*, p. 328; y Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 71.

⁴⁹⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 322.

⁴⁹⁷ *Ibidem*, p. 329.

En cambio, Borowski estima que “configuración” y “restricción” son dos formas diferentes —pero correctas ambas— de describir *exactamente* el mismo fenómeno, pues la primera pone el acento en la formación del derecho infraconstitucional dentro del ámbito del derecho fundamental, mientras que la “restricción” pone el acento en que el deber *prima facie* se convierte en uno definitivo. *Cfr.* Borowski, Martín, *op. cit.*, nota 442, pp. 54 y 55.

sitos. En el presente apartado estudiamos los más destacados: la garantía del contenido esencial de los derechos fundamentales y la reserva de ley. Comencemos con la primera figura indicada.

La garantía del contenido esencial (*Wesensgehalt*) de los derechos humanos es una cláusula que se incluyó, primeramente, en el artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana, para después ser añadida a otras constituciones, como se puede constatar en el artículo 18.3 de la Constitución de Portugal, 53.1 de la Constitución española, 31.3 de la de Polonia, 4.4 de la Carta de Derechos Fundamentales Checa, 11 de la Constitución de Estonia, e incluso en las leyes fundamentales de Chile y Corea del Sur, entre otras.⁴⁹⁸ Su propósito es evitar la excesiva restricción de los derechos fundamentales y que tales restricciones vacíen el contenido normativo dichos derechos,⁴⁹⁹ es decir, es una garantía institucional que sirve para evitar abusos.⁵⁰⁰ De esta forma, se considera que la garantía del contenido esencial *es una restricción a las restricciones de los derechos fundamentales*,⁵⁰¹ es decir, nos informa hasta dónde pueden llegar esas restricciones (cuál es su límite), para no hacer nugatorios los derechos humanos.

Si analizamos el texto de la Constitución mexicana, no encontraremos cláusula expresa que establezca la garantía del contenido esencial de los derechos humanos. Sin embargo, eso no significa que dicha garantía no exista en nuestro sistema constitucional y que no pueda aplicarse. Una de las principales aportaciones del profesor Häberle, es el explicar que no se requiere de formulación expresa de la garantía del contenido esencial, en tanto es una declaración complementaria y superflua de principios ya expresados en la Constitución. En particular, respecto del artículo 19.2 de la Ley Fundamental alemana, el referido autor establece que tiene una naturaleza meramente declarativa (y por ende es una norma vacía, que no aporta nada adicional), en tanto se trata de una referencia sucinta al resto de principios

⁴⁹⁸ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. LXVII; y Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 111.

Cfr. también Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 403; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 435, p. 145; y Vigo, Rodolfo L., *op. cit.*, nota 187, p. 185.

⁴⁹⁹ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 111.

En igual sentido, *cfr.* Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 409; Carpizo, Enrique, *op. cit.*, nota 261, p. 115; Fernández Segado, Francisco, *op. cit.*, nota 435, pp. 91 y 92; y Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 62.

⁵⁰⁰ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 222; y Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 252.

⁵⁰¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 286; Hartwig, Matthias, *op. cit.*, nota 272, p. 790; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 112.

constitucionales.⁵⁰² Empero, esto no le quita importancia a la formulación expresa de la garantía del contenido esencial, pues tiene la virtud de “compendiar... de modo específico en una fórmula” principios ubicados en otros lugares de la Constitución.⁵⁰³

Así las cosas, podemos afirmar que en México el contenido esencial de los derechos humanos está garantizado frente a las restricciones que realice el legislador ordinario, dada la supremacía de la Constitución, la sujeción del legislador a los derechos humanos, la rigidez constitucional y el principio de proporcionalidad.

Inclusive, nuestros tribunales ya han hecho referencia al contenido esencial de los derechos humanos y han utilizado esa figura en la resolución de controversias (aunque no se ha realizado mayor desarrollo o profundización sobre ella), como es el caso, por ejemplo, del Pleno,⁵⁰⁴ la Primera⁵⁰⁵ y Segunda⁵⁰⁶

⁵⁰² Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 219.

Coincide con esta apreciación Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 239.

⁵⁰³ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 219.

⁵⁰⁴ “PARTIDOS POLÍTICOS. EL ARTÍCULO 22, PÁRRAFO 6, DEL CÓDIGO FEDERAL DE INSTITUCIONES Y PROCEDIMIENTOS ELECTORALES RESTRINGE LA FACULTAD QUE AQUÉLLOS TIENEN EN EL ÁMBITO DE SU VIDA INTERNA PARA ESTABLECER REQUISITOS DE ELEGIBILIDAD”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXX, julio de 2009, p. 1445; “AMPARO DIRECTO. PROCEDE CONTRA LAS SENTENCIAS DE LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ, EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS, SALVO TRATÁNDOSE DE CUESTIONES ELECTORALES”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXII, agosto de 2010, p. 5; y “PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Décima época, libro III, diciembre de 2011, p. 552.

De igual forma, en una de las sentencias relativas a los militares con VIH (amparo en revisión 307/2007, ejecutoria de 24 de septiembre de 2007), el Pleno de la SCJN señaló: “Esto es así, porque la Constitución de mil novecientos diecisiete, al mismo tiempo que permite la restricción legislativa de las garantías constitucionales para salvaguardar otros bienes constitucionales, también permite el control judicial de las leyes, de lo que se deduce, por una parte, que la Norma Suprema impide al legislador que se exceda en sus facultades de desarrollo de tales garantías y, por otra, que *la Constitución reconoce a todas ellas un contenido esencial* inherente que no puede aniquilar ningún Poder Constituido (incluido el legislador)”. Énfasis añadido.

⁵⁰⁵ “DERECHO AL MÍNIMO VITAL. CONSTITUYE UN LÍMITE FRENTE AL LEGISLADOR EN LA IMPOSICIÓN DEL TRIBUTO”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXV, mayo de 2007, p. 792.

⁵⁰⁶ “JUSTICIA TRIBUTARIA. NATURALEZA CONSTITUCIONAL DE SUS PRINCIPIOS”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXVII, junio de 2008, p. 447; y “DERECHO A LA INFORMACIÓN MEDIOAMBIENTAL. SON INCONSTITUCIONALES LOS ACTOS DE AUTORIDAD QUE DENIEGAN, EN FORMA ABSOLUTA, LA OBTENCIÓN DE AQUÉ-

salas de la SCJN, la otrora Cuarta Sala del mismo tribunal,⁵⁰⁷ y el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.⁵⁰⁸

Ahora bien, respecto del contenido esencial de los derechos humanos se han desarrollado una serie de teorías, mismas que van desde las que se contraponen entre sí, hasta las que buscan soluciones conciliadoras.⁵⁰⁹ En particular, destacan dos: la teoría absoluta y la relativa.⁵¹⁰

Según la *teoría absoluta*, el ámbito normativo de un derecho humano puede concebirse como dos círculos concéntricos, en el que el círculo interior es el núcleo fijo e inmutable del derecho, mientras el exterior es la parte accesoria o contingente del mismo;⁵¹¹ “existe un núcleo de cada derecho fundamental que, en ningún caso, puede ser afectado”.⁵¹²

Una de las principales críticas a esta teoría es que nos dice que hay un núcleo duro e intocable, pero no nos dice cómo ubicar o reconocer ese núcleo. En este tenor, Borowski afirma:

Sin embargo, en general puede decirse que una cosa es afirmar que un derecho fundamental tiene un núcleo absoluto y otra muy distinta es señalar qué contenido tiene ese núcleo. Es preciso advertir que a partir de las fórmulas en que están redactadas las disposiciones de derecho fundamental en una constitución, fórmulas por lo general cortas e indeterminadas, no puede determi-

LLA”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XXXIII, agosto de 2010, p. 460.

⁵⁰⁷ “MERCADOS, REGLAMENTO DE. SU ARTICULO 65, FRACCION XI, NO VIOLA LA GARANTIA DE LIBERTAD DE TRABAJO”, *Semanario judicial de la federación*, 8a. época, t. IX, abril de 1992, p. 108; y “LIBERTAD DE TRABAJO. LA GARANTIA DEL ARTICULO 50. CONSTITUCIONAL NO IMPIDE AL PRESIDENTE DE LA REPUBLICA REGLAMENTAR LAS LEYES DEL CONGRESO DE LA UNION SOBRE ESTA MATERIA”, *Semanario judicial de la federación*, 8a. época, t. VI, primera parte, julio a diciembre de 1990, p. 227.

⁵⁰⁸ Inclusive, este tribunal afirma respecto del derecho a la información que “las restricciones a ese derecho deben interpretarse de tal modo que su *contenido esencial* no resulte desnaturalizado” (énfasis añadido). “DAÑO MORAL Y DERECHO A LA INFORMACIÓN”, *Semanario judicial de la federación y su gaceta*, Novena época, t. XVII, marzo de 2003, p. 1709.

⁵⁰⁹ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 1.

⁵¹⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 288; Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 435, p. 146; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 111.

⁵¹¹ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 112.

⁵¹² Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 288.

Es así que Prieto nos explica que, para esta teoría, existe “un núcleo resistente que debe ser preservado en todo caso, es decir, aun cuando concurriesen razones justificatorias de su limitación o restricción: el contenido esencial sería así una parte del contenido del derecho al margen de cualquier negociación o debate”. Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 435, p. 146.

Cfr. también, Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 407; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 254; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 68.

narse exactamente ningún núcleo absoluto, así como tampoco puede hacerse a partir de la voluntad del constituyente.⁵¹³

También se le ha criticado a la teoría absoluta que puede propiciar una disminución en el nivel de garantías, pues si la ley es libre de afectar el contenido “adjetivo o periférico” del derecho, toda intervención en esa esfera debe reputarse legítima, incluso cuando fuera *arbitraria o no justificada*.⁵¹⁴ Así, la teoría absoluta abre la puerta para intervenciones injustificadas e innecesarias a derechos humanos (al menos en parte).

Por eso, Bernal Pulido,⁵¹⁵ considera como una abrupta contradicción hablar de un contenido periférico disponible para el legislador ordinario, cuando los derechos fundamentales son, precisamente, vinculantes para el legislador.

Por su parte, la *teoría relativa* nos dice que el contenido esencial de los derechos humanos no es fijo ni preestablecido, sino que únicamente se puede determinar en forma casuística atendiendo a las circunstancias del caso concreto y después de ponderarse los perjuicios y beneficios.⁵¹⁶ Es por eso que esta teoría identifica el contenido esencial con la exigencia de justificación de la medida restrictiva.⁵¹⁷

En pocas palabras: de acuerdo con la teoría relativa, “el contenido esencial es aquello que queda después de la ponderación”.⁵¹⁸

Dada esta vinculación entre la teoría relativa y la necesidad de aplicar el principio de proporcionalidad (y muy especialmente la ponderación), se puede concluir que, de acuerdo a la “teoría de los principios”, el contenido esencial de los derechos humanos debe concebirse en términos de la expuesta teoría relativa,⁵¹⁹ amén de que no conocemos teoría que explique de mejor manera la garantía del contenido esencial.⁵²⁰

⁵¹³ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 56, pp. 99 y 100.

⁵¹⁴ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 435, p. 147.

⁵¹⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 416.

⁵¹⁶ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 112; Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 257; Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, p. 66; Aguilera Portales, Rafael, y López Sánchez, Rogelio, *op. cit.*, nota 31, p. 175.

⁵¹⁷ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 435, p. 146.

⁵¹⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 288.

Esto debido a que, para esta teoría, el contenido esencial “no constituye una medida preestablecida y fija, ya que no es un elemento estable”. Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 259.

⁵¹⁹ Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 56, p. 99; Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 202, p. 112.

En este sentido, Bernal Pulido indica que la “teoría relativa del contenido esencial coincide en gran parte con la teoría del principio de proporcionalidad”. Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 404.

⁵²⁰ Martín Borowski hace referencia a una teoría mixta (absoluta/relativa) en la que el punto de partida es el núcleo absoluto del derecho que no puede restringirse en ningún caso,

No obstante lo anterior, Prieto critica la teoría relativa ante un riesgo de vaciamiento, pues “podría conducir al sacrificio completo del derecho si la protección de algún bien constitucional en conflicto así lo recomendase”.⁵²¹ Este riesgo es aceptado, sorprendentemente, por Alexy⁵²² y por Borowski.⁵²³

Sin embargo, no consideramos atinada tal aseveración, ya que si bien, técnicamente, no desconoce el carácter de mandatos de optimización de los principios (en tanto la observancia de un principio exige la inobservancia del otro), se está prácticamente eliminando o aboliendo un derecho humano.

y que estaría rodeado por una corona en la que se permiten las intervenciones estatales siempre que estas respeten el principio de proporcionalidad. Según tal teoría primero hay que preguntarse si se vulnera el núcleo absoluto, y luego debe analizarse la proporcionalidad de la intervención en la corona. “Lo que ocurre, sin embargo, es que tan pronto la teoría mixta debe enfrentarse a la tarea de determinar el núcleo absoluto del derecho, se sitúa ante el mismo dilema que afecta a la teoría absoluta: la imposibilidad de determinar el contenido esencial del derecho sin tener que recurrir a la ponderación. Esto nos lleva a la conclusión de que la teoría relativa del contenido esencial es atinada”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 56, p. 101.

Bernal Pulido también critica la teoría mixta afirmando que no hay criterio racional, además de la mera intuición, para dividir con nitidez el contenido esencial y el contenido periférico. Véase Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 427.

De hecho, aunque el propio Häberle afirma que la cuestión de las teorías absoluta y relativa del contenido esencial es una pseudoalternativa, en tanto los conocimientos de ambas teorías son aprovechables (Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, pp. 64 y 65), su postura se acerca mucho a la teoría relativa al estimar que el contenido esencial se determina mediante una ponderación dado el recíproco condicionamiento entre los diversos bienes constitucionales (*Ibidem*, pp. 58 y 62). *Cfr.* también lo afirmado por el profesor Francisco Fernández Segado en el estudio preliminar intitulado “Peter Häberle: la gigantesca construcción constitucional de un humanista europeo” en *ibidem*, pp. LVII y LVIII.

⁵²¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 435, p. 146.

⁵²² “Las restricciones que responden al principio de proporcionalidad no lesionan la garantía del contenido esencial aun cuando en el caso particular no dejen nada del derecho fundamental”. Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 288.

Por tal razón, Cruz y Serna encuentran como uno de los puntos débiles de la teoría de principios de Alexy que “llevadas las cosas al extremo, cabría en este planteamiento una restricción absoluta o máxima de un principio si el bien logrado con ello fuese también de máxima importancia y en máximo grado. Dicho de otro modo, el juicio de proporcionalidad en la versión de Alexy no garantiza por sí solo el respeto al contenido esencial de los derechos fundamentales”. *Cfr.* Cruz, Luis M., y Serna, Pedro, “El juicio de ponderación: reflexiones en torno a su naturaleza”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, y Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo (coords.), *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho. Interpretación constitucional y jurisdicción electoral*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, Marcial Pons, IMDPC, 2008, t. VI, p. 365.

⁵²³ Afirma este jurista que la ponderación “puede llevar en el caso concreto a que un derecho fundamental de un ciudadano sea restringido completamente. En este caso al ciudadano no le queda nada”. Borowski, Martin, *op. cit.*, nota 56, p. 9.

No estaríamos propiamente ante una *restricción*, sino ante una *disposición* de un derecho fundamental por parte del legislador, y debemos recordar que los derechos humanos son indisponibles para el legislador ordinario.⁵²⁴ Estimamos que la ponderación tiene también ciertos límites, como lo es el no eliminar completamente el derecho humano; a pesar de que otro principio pudiera tener una preferencia condicionada, siempre debe quedar *algo* —un mínimo— del derecho restringido, para evitar la paradójica situación de que el contenido esencial de un derecho restringido sea *nada* (un contenido sin contenido).

La ponderación no puede llegar a extremos tales para justificar el vaciamiento de un derecho humano, pues como afirma Bernal Pulido: “en ningún caso los derechos fundamentales pueden quedar vacíos de contenido” ya que siempre debe “permanecer en el derecho un reducto de contenido normativo”.⁵²⁵ En el mismo tenor, Carbonell indica que no hay una verdadera ponderación cuando se inhibe un derecho a favor de otro.⁵²⁶ Asimismo, Silva Meza considera que no se puede disponer absolutamente del contenido de un derecho fundamental.⁵²⁷

De cualquier manera, los casos concretos en que una ponderación eliminase un derecho humano (bajo el supuesto de que tal cosa fuera posible), serían casos muy extremos y excepcionales, dado que, como consecuencia de la ya explicada “ley de la ponderación”, entre más se restrinja un derecho humano más fuerte deben ser el peso y las razones del principio contrario que exige la restricción. Como dice Alexy, “un principio cuanto más se lo desplaza, tanto más resistente se vuelve. La fuerza de las razones opuestas tiene que aumentar desproporcionadamente”.⁵²⁸

Por lo tanto, incluso admitiéndose la posibilidad de casos en que la ponderación reduzca a nada el derecho humano, estos serían tan raros y fuera de lo común frente a la generalidad de los asuntos, que no significaría razón suficiente para rechazar la teoría relativa del contenido esencial.

Con esto se concluye lo concerniente a la garantía del contenido esencial de los derechos humanos. Pero además de dicha garantía, se suelen mencionar otras condiciones adicionales a las que están sujetas las restricciones a los derechos humanos. Por ejemplo, Prieto Sanchís habla de la

⁵²⁴ Sobre el particular, *cf.* entre otras, las ideas de Ferrajoli en la nota 87.

⁵²⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.*, nota 50, p. 421.

⁵²⁶ Carbonell, Miguel, “¿Y cuando llueva sangre? Carta abierta al Ministro José de J. Gudiño”, México, *www.miguelcarbonell.com*, mayo de 2007.

⁵²⁷ Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 260, p. 391.

De igual forma, véase Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 267.

⁵²⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 291.

exigencia de la justificación que pesa sobre el legislador para restringir derechos fundamentales,⁵²⁹ que no es otra cosa más que cumplir con el principio de proporcionalidad. Empero, la proporcionalidad sólo puede considerarse un requisito adicional o independiente de la garantía del contenido esencial a la luz de la teoría absoluta; pero de conformidad con la teoría relativa, la garantía del contenido esencial no es un requisito adicional al principio de proporcionalidad.⁵³⁰

La reserva de ley es otra condición que deben satisfacer las restricciones a los derechos humanos,⁵³¹ desde luego, cuando son indirectamente constitucionales. Sobre la función de la reserva de ley en materia de derechos humanos, nos explica Carbonell:

La función liberal o garantista consiste en que, a través de la reserva, se tutelan los derechos de los ciudadanos contra las intromisiones del Poder Ejecutivo. Los ciudadanos solamente pueden ver restringida su libertad en virtud de una “ley”, no por actos del Ejecutivo que no tengan sustento legal. Por eso se ha dicho que todo lo referido a los derechos fundamentales se encuentra sujeto a reserva de ley.⁵³²

Mientras que Silva García y Silva Meza apuntan:

La reserva de ley es la garantía de los derechos fundamentales, que se traduce en la exigencia formal, de carácter constitucional, en el sentido de que aquéllos sólo deben ser desarrollados, regulados y/o limitados, en los elementos principales y/o relevantes, por el legislador plural y democrático.⁵³³

En la Constitución mexicana existe una reserva general de ley, la cual se traduce en que cualquier normación que incida en la actividad de los particulares debe ser realizada primeramente por una ley, dado que están prohibidos los reglamentos autónomos (con excepción de la materia de aguas interiores). Además de la reserva general de ley, la propia Ley Suprema contempla reservas específicas en diversas materias.⁵³⁴

⁵²⁹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 435, p. 150 y ss.

⁵³⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 87, p. 291.

⁵³¹ Brage Camazano, Joaquín, *op. cit.*, nota 216, p. 97.

⁵³² Carbonell, Miguel, Voz “Reserva de ley”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, 2a. ed., México, Porrúa, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2005, p. 531.

⁵³³ Silva García, Fernando, y Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, nota 178, p. 238.

Véase también Villaseñor Goyzueta, Claudia Alejandra, *op. cit.*, nota 66, pp. 28 y ss.

⁵³⁴ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, nota 532, p. 532.

Desde luego, y a pesar de la reserva de ley, el legislador no tiene carta blanca para restringir derechos humanos, pues siempre estará sujeto al principio de proporcionalidad, como ya se dijo. Bien afirma Häberle que los derechos fundamentales “no ceden simplemente ante las leyes generales”,⁵³⁵ sino que debe considerarse a la Constitución en un sistema que exige que se atienda conjuntamente a cada derecho humano y a otros bienes jurídicos.⁵³⁶ En todo caso, la ponderación que haga el legislador ordinario al restringir derechos humanos, siempre será susceptible de un posterior examen de proporcionalidad por parte del juez constitucional.⁵³⁷

Así, terminamos la exposición de los conceptos sobre los derechos humanos que nos serán más útiles en la presente investigación. Por lo que a continuación pasaremos al siguiente capítulo, donde explicaremos los elementos del derecho autoral que nos servirán más adelante para adentrarnos en nuestro objeto de estudio.

⁵³⁵ Häberle, Peter, *op. cit.*, nota 276, p. 36.

⁵³⁶ *Ibidem*, pp. 36 y 37.

⁵³⁷ Prieto Sanchis, Luis, *op. cit.*, nota 45, p. 141.