

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE
MONTERREY**

CAMPUS MONTERREY

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA**



**TECNOLÓGICO
DE MONTERREY®**

**INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE
LA NACIÓN A LA LUZ DEL NEOCONSTITUCIONALISMO
(ANÁLISIS DEL AMPARO EN REVISIÓN 115/2003, RELATIVO A LA DONACIÓN DE
ÓRGANOS)**

TESINA

**PRESENTADA COMO REQUISITO PARCIAL PARA OBTENER EL GRADO
ACADEMICO DE:**

MAESTRA EN DERECHO

POR:

YOLANDA CHAPA MIRANDA

MONTERREY, N.L.

DICIEMBRE DE 2008

**INSTITUTO TECNOLÓGICO Y DE ESTUDIOS SUPERIORES DE
MONTERREY**

CAMPUS MONTERREY

**ESCUELA DE GRADUADOS EN ADMINISTRACION
PUBLICA Y POLITICA PUBLICA**

Los miembros del comité de tesina recomendamos que el presente proyecto de tesina presentado por Lic. Yolanda Chapa Miranda sea aceptado como requisito parcial para obtener el grado académico de:

Maestra en Derecho

Comité de Tesina:

Dr. Pedro Torres Estrada
Asesor

Dr. Michael Nuñez Torres
Sinodal

Dr. Rafael Aguilera Portales
Sinodal

*A mis padres, Francisco Javier Chapa
Góngora y Yolanda Miranda, con todo mi
amor, respeto y admiración..Gracias!*

Agradecimientos

A Dios a mi familia y a Gustavo; por su apoyo incondicional y la fortuna de tenerlos a mi lado.

A todo el equipo de Ramírez Castañeda & Abogados, en especial al Lic. Raúl Ramírez, con todo mi cariño, por ser mi segunda familia. Las palabras no bastan para demostrarles el valor que doy a su amistad.

A mis amigos, en especial a Charly Saucedo y Jessica Rocha; por las horas dedicadas a la lectura de este trabajo y sus valiosos comentarios.

Al Dr. Pedro Torres Estrada, con toda gratitud; por su guía y apoyo en todo momento, los cuales se reflejan en cada línea de este trabajo y sobretodo por su confianza.

A los Doctores Michael Núñez y Rafael Aguilera, por su tiempo, así como por su ejemplo académico que tiene lugar en sus grandiosas aportaciones.

Introducción

CAPITULO I.- NUEVAS TENDENCIAS DEL DERECHO CONSTITUCIONAL.

- 1.- La Constitución como ordenamiento fundamental de la Sociedad.
 - A) Poder Constituyente y gobierno democrático
- 2.- El paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional
 - B) La Democracia Constitucional
- 3.- Constitucionalización y neoconstitucionalismo
- 4.- La Argumentación de la Interpretación Jurídica
 - A) Razonabilidad y Racionalización
- 5.- El modelo como procedimiento de Alexy
- 6.- El modelo de ciencia cognoscitivista (interpretativo y reglas) de Ronald Dworkin
- 7.- El modelo Garantista de Ferrajoli
- 8.- Análisis interpretativo de Reglas, Valores y Principios
 - A) Valores y Principios del Derecho
 - B) Las normas jurídicas: Reglas y Principios
 - C) Las funciones de los principios
 - D) Interpretación y principios jurídicos
- 9.- La interpretación de principios Antinómicos
 - A) Juicio de Ponderación,

CAPÍTULO II.- PANORAMA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RESPECTO A LA RECEPCIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

- 1.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional
 - 1.- Aplicabilidad de principios, reglas y valores, a partir de la novena época.
 - 2.- Recepción del Juicio de Ponderación por la Corte. —Análisis comparativo con otras legislaciones—

CAPITULO III.- ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN REALIZADO POR LA SUPREMA CORTE, EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

- 1.- Concepto de donación de órganos

2.- Regulación de la donación de órganos por la Ley General de Salud, vigente en los años 2000 a 2003.

3.- Derecho a la protección de la Salud, Derecho a la Vida y Dignidad Humana.

4.- Análisis interpretativo del Amparo en Revisión 115/2003, resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia.

- A) Introducción
- B) Amparo Indirecto resuelto por el Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa con sede en Guadalajara, Jal.
- C) Reconocimiento Constitucional del Derecho a la Protección a la Salud, por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- D) Restricción al derecho fundamental de protección a la salud, en relación con el derecho a la Vida.
- E) Aplicabilidad de las garantías de protección al derecho a la Salud y a la Vida.
- F) Colisión entre principios fundamentales
- G) Criterios para la solución de conflictos; El Juicio de Ponderación
- H) Evidencia científica aportada por expertos.

Conclusiones

Bibliografía

Introducción

“Hay que olvidar que el Derecho son simples reglas, sino también; principios, valores y discurso argumentativo que forman una verdadera teoría constitucional, acorde a la realidad social”

En los siguientes tres capítulos que se acompañan a la presente investigación, se realiza el esfuerzo de reconstituir de manera objetiva y precisa, la trayectoria hecha por el derecho constitucional en las últimas décadas, tanto en Europa como en México, —sin el afán de desarrollar un estudio filosófico de las diversas corrientes y autores— y las nuevas tendencias interpretativas que a construido nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación, a la luz del neocostitucionalismo, lo anterior por dos razones fundamentales, (i) al tratarse de la tendencia doctrinaria impetrante en la actualidad en Europa y Latinoamérica; y (ii) dada la declaración contenida en la exposición de motivos de la reforma constitucional de 1994, en el sentido de que su intención general es la de nutrir “una autentica cultura constitucional que permee la vida nacional”¹.

Lo anterior toma relevancia sí recordamos que en nuestro Estado, se desarrolló con anterioridad a la reforma antes citada, una tendencia interpretativa a la Constitución a través de la Ley y no a la Ley a través de la Constitución, toda vez que aún cuando se siguió el modelo de la Constitución Estadounidense; en la práctica, México sostuvo lineamientos balanceados a la tradición francesa —al menos en la forma de aplicar la Constitución— Por lo que, tal como lo establece el Dr. Pedro Torres, por mucho tiempo nuestro Estado, vio a la Constitución y a la Ley únicamente desde la óptica del legislador.² En ese sentido, nuestra investigación pretende analizar los cambios que ha sufrido la interpretación Constitucional por parte de la Corte, a partir de las reformas de 1994, es decir,

¹ Camara de Diputados, Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones 5ª. Edición, México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, T. XVVV, p. 158

² Estrada Torres, Pedro, “Las tendencias del Derecho Constitucional en México”, en Estrada Torres, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, México, Editores Limusa, 2006, p. 224.

aplicando un modelo principalista; así como determinar sí efectivamente a partir de la mencionada reforma, existe una teoría Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, que permita dar certidumbre jurídica a los gobernados, respecto a las nuevas tendencias Constitucionales, consistentes en ver a la Carta Magna y a la Ley, principalmente desde la visión de los Jueces.

En el primer capítulo se abordará el marco teórico de las nuevas tendencias del derecho Constitucional, en especial el Neoconstitucionalismo y su estudio teórico. Asimismo se expondrá la nueva corriente de argumentación como derecho, y el análisis interpretativo axiológico de los principios y valores a la luz de sus grandes expositores tales como Alexy, Dworkin, Ferrajoli, Zagrebelsky, Pietro Sanchís, entre otros. Por último se realizará un acercamiento al juicio de ponderación que debe realizarse al localizarse dos principios en colisión, lo anterior toda vez que con mayor frecuencia nos encontramos ante casos trágicos y difíciles que únicamente pueden ser resueltos mediante el juicio de ponderación antes mencionado.

El capítulo segundo se encargará de brindarnos un amplio panorama acerca de la construcción que ha llevado a cabo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, junto con los Tribunales Colegiados de Circuito, respecto a la aceptación de los principios constitucionales, de modo que, a través de diversas ejecutorias, precedentes, votos particulares, versiones estenográficas, jurisprudencia etc, podamos distinguir la aplicabilidad de principios, reglas y valores en las sentencias emitidas por nuestro Poder Judicial. Asimismo analizaremos la recepción al juicio de ponderación que ha tratado de edificar la Corte mediante diversos precedentes.

Por último se realizará un extenso estudio de los principios de interpretación constitucional realizado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en materia de derechos fundamentales, para lo cual se llevará a cabo el análisis a la luz de las nuevas tendencias neoconstitucionalistas, del amparo en revisión 115/2003.

Amparo mediante el cual se impugna la violación a diversos derechos fundamentales, tales como el consagrado en el artículo 4º Constitucional de protección a la salud, derecho a la Vida y Dignidad humana. Derechos los cuales se encuentran en colisión con el principio que prohíbe el lucro con partes del cuerpo humano.

Capítulo I.- Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional

Durante los últimos 30 años, en muchos países de Europa continental, y sucesivamente en varios países del mundo, se han realizado dos importantes cambios en el dominio jurídico: un cambio estructural, llamado la Constitucionalización del derecho, y un cambio doctrinal, denominado la afirmación del neoconstitucionalismo³. Los anteriores conceptos se tratan de cambios relacionados entre sí, ya que uno favorece y sustenta al otro⁴.

Lo anterior deviene de la lucha por el fortalecimiento del Estado Constitucional que los países primeramente Europeos han tratado de edificar, mediante la cual se trata de identificar a éste como el espacio institucional propicio para el desarrollo de los derechos humanos, que son los que constituyen el punto de vista de integración de la sociedad, ahora comprendidos como imperativos constitucionales, según los cuales el Estado sigue siendo el vehículo institucional para garantizarlos. Concluyendo que en definitiva, un Estado será más o menos justo en tanto logre garantizar los derechos humanos de sus ciudadanos⁵

1.- La Constitución como ordenamiento fundamental de la sociedad.

El término Constitución tiene muy diversas acepciones que dan relevancia a diferentes aspectos del fenómeno político: sociológico, normativo, y filosófico. En este trabajo nos referiremos a la Constitución en un sentido jurídico-positivo, como un sistema de normas — generalmente escritas y codificadas — que,

³ Comanducci, Paolo, *Formas de Neoconstitucionalismo: Un análisis Metateórico*, trad. de Miguel Carbonell, consultado el 18 de julio de 2008 http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/mcp/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf.

⁴ García Figueroa, Alfonso, “La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (comp), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp.160-161, 166 y 186.

⁵ Nuñez Torres, Michael, “Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones básicas del Estado”, en Torres Estrada, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, México, Limusa, 2006, p. 136.

otorgadas por un poder constituyente, busca imponer una forma de organizar la actividad del Estado y la vida social.⁶

En los inicios de la Constitución, se veía a ésta ley fundamental como un ordenamiento que regulaba exclusivamente la actividad estatal que también, con un poco de flexibilidad, establecía algunas directivas para las relaciones entre el Estado y los gobernados como derechos fundamentales de éstos.⁷ Hoy se le concibe desde una perspectiva más amplia; la opinión predominante sostiene que es una regulación jurídica Fundamental, es decir, que “constituye”, la cual establece los fines y valores estatales más importantes y organiza el ejercicio del poder público en vista de su realización, en especial determinando el contenido de la producción jurídica sucesiva; pero sin limitarse a aquellos directamente relacionados con la actividad del Estado, sino extendiéndose a otros elementos de la vida colectiva, adquiriendo con ello una faceta política y otra social.⁸ Así las cosas, la Constitución es en resumen, el ordenamiento fundamental del Estado y de la sociedad.⁹

La creación de una Constitución escrita deriva del contractualismo iusnaturalista de los siglos XVII y XVIII, e inmediatamente del sostenido por Rousseau¹⁰. Para éste autor clásico el verdadero fundamento de la Constitución, se encuentra en el acto por el cual un pueblo se constituye en tal, que hace consistir en una convención o pacto por el cual los seres humanos acordaron unirse en una comunidad y ejercerán como un conjunto denominado Pueblo, la autoridad soberana que corresponderá a su voluntad general.¹¹

⁶ Scmitt, Carl, *La Defensa de la Constitución*, serie de ciencia política, 2da. Edición, 1998, pp. 3

⁷ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)*, trad. de Ronaldo Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp.20-30

⁸ Haberle, Peter, *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, pp.3

⁹ Sartori, Giovanni, *Ingeniería Constitucional Comparada*, México, Fondo de Cultura Económica, 1999, p. 27

¹⁰ Rousseau, Jacob, El contrato Social, visitado el 24 de noviembre de 2008 en: <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Rousseau/RousseauContratoIndice.htm>

¹¹ ibidem

Rousseau se refiere en realidad a un momento mítico de la formación de la sociedad, pero sencillamente inculcó el germen constitucionalista: el pueblo soberano estatuye que habrá un cuerpo de gobierno establecido bajo tal o cual forma. Este acto es evidentemente una Ley y no existe en el Estado ninguna Ley Fundamental que no pueda revocarse, incluso el mismo pacto social, pues si todos los ciudadanos se reuniesen para romperlo de común acuerdo, es indudable que el acto sería legítimo.¹²

A).- Poder Constituyente y Gobierno Democrático

El origen de la Constitución es popular y así su creación se trata de un ejercicio de autogobierno, es decir, uno de tipo democrático. La expedición del texto constitucional es la primera manifestación de la democracia, porque se apoya sobre un consenso suficientemente amplio de diversos grupos o individuos, sobre los fundamentos que regirán su convivencia política y social; al decidir el pueblo por sí mismo gobernarse bajo estos principios básicos, hace suponer que el origen del Estado es democrático¹³ — en el más original sentido de la palabra —

Toda Constitución es entonces democrática en algún sentido, pero no toda ha de ser concretamente democrática, esto es más que un simple juego de palabras. La Ley fundamental tiene su origen en un acto de autogobierno por el cual los ciudadanos instituyen un régimen para la dirección de la vida colectiva, que puede ser democrático o autocrático; es decir, dicho régimen podría caracterizarse por la participación permanente del pueblo en los asuntos públicos o, por el contrario, establecer que ello corresponda a una sola persona o un grupo sin vínculos original con el pueblo.¹⁴

¹² Bobbio, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad*, Trad. de José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2001, pp. 200.

¹³ Bockenford, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 138

¹⁴ *Ibidem* pp. 193.

Conforme a todo lo anterior, la Constitución es una ley fundacional porque crea los órganos de gobierno del Estado que dirigirán la convivencia de los individuos, y les otorga las atribuciones que sus autores hayan tenido por convenientes; esto denota que dichos órganos carecen del poder soberano que sólo corresponde al Constituyente¹⁵, y en cambio poseen uno estatal o público, porque deben someterse al orden jurídico fundamental del cual derivan y que es su fuente de existencia y validez¹⁶. La supeditación de los poderes que la Constitución origina a lo dispuesto por ésta, es precisamente el núcleo de la doctrina del poder constituyente que Emmanuel Sieyes atribuyó al pueblo titular de la Soberanía; porque sólo el pueblo es soberano, únicamente él — o sus representantes constituyentes — tienen la potestad para establecer y reformar el orden constitucional, ningún poder estatal podría hacerlo ya que no pueden a la vez crear la Constitución y ser creados por ella ni ser autores de su propia potestad, lo que por supuesto aplicaría también al cuerpo legislativo quien sólo ha recibido un simple mandato de legislación, pero carece de delegación de orden constituyente¹⁷. Tales son las ideas que fundan el principio de separación de los poderes constituyentes y constituidos, que: *“consiste en distinguir lógicamente y separar orgánicamente, por una parte, el poder de hacer la Constitución, y por otra parte los poderes creados por la Constitución. A los poderes ordinarios, legislativo, ejecutivo y judicial, se opone y se superpone un poder supremo y extraordinario, el cual, teniendo por objeto instituir todos los demás, los domina y debe ser distinto a ellos”*¹⁸

El principio expresado hace ver que la actuación de los poderes estatales no puede representar una voluntad general soberana; su función es de gobierno, o sea dirección, de los asuntos políticos en los confines de las atribuciones —

¹⁵ Fioravanti, Maurizio, *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Madrid, 2001, pp. 133

¹⁶ *ibidem*

¹⁷ Sieyes, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, 3 edición, traducción de José Rico Godoy, México, UNAM, 1989, pp.105-119. visitado el 24 de noviembre en:

<http://www.unam.mx/publicadas/060426224841.html>

¹⁸ Heller, Herman, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 1987, pp.92

amplias o estrechas, pero siempre limitadas — que el pueblo a través de su Constitución le confirió. Y esto no parece válido para tanto una forma de gobierno democrática como autocrática — no obstante que en ésta los límites constitucionales sean prácticamente nugatorios —

Kelsen otorga una definición de democracia práctica para nuestro estudio, ya que señala que ésta es una forma de gobierno por la cual la voluntad representada en el orden legal del Estado es idéntica a las voluntades de los súbditos, es decir, que autogobernándose los ciudadanos se otorgan a sí mismos — ó a través de sus representantes — las normas que regirán su convivencia social, basándose en el principio mayoritario y por el cual el orden social debe concordar con la voluntad del mayor número, y discrepar de la del menor número posible, pero sin que ello lleve al absolutismo de la mayoría porque la mayoría presupone la existencia de una minoría y así este elemento es característico de la democracia.¹⁹

En línea con lo anterior, podemos concluir que sólo podrá existir una Constitución de contenido democrática, cuando esta admita el constante autogobierno de los ciudadanos, por contener reglas que lleven a su permanente injerencia en la dirección de la vida colectiva que mantienen, las cuales se manifestarían obviamente a través del orden jurídico y además ejerzan ese poder de libre determinación en cada acto del poder estatal —aunque sea habitual que lo hagan indirectamente a través de sus representante—²⁰

2.- El paso del Estado de Derecho al Estado Constitucional

El nacimiento del Estado de Derecho se encuentra ligado a la visión del liberalismo de finales del siglo XVIII, el cual se sustenta en el respeto a la

¹⁹ Kelsen, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)*, trad. de Ronaldo Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, pp.56-80

²⁰ Bockenford, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000, pp. 149-163

legalidad por parte de todos, incluyendo a las clases gobernantes, en razón de que la ley provenía de una nación soberana y no de un dictador o un monarca absoluto²¹

Así las cosas, el liberalismo pronto demostraría ciertos inconvenientes, sobre todo en el tratamiento de las clases desprotegidas, en tanto que difícilmente podían afrontar las nuevas reglas surgidas bajo el capitalismo²². En este contexto se desarrollaría una nueva visión del Estado de Derecho, con la que se pretendía vincular el contenido de la acción estatal a los valores y principios de carácter social, lo cual sería el comienzo del Estado social de Derecho²³.

Según Pérez Luño, dos puntos serían el eje de desarrollo del Estado social de derecho: el individualismo y el abstencionismo estatal, por lo cual el Estado se convirtió en un intervencionista, dotado de un poder ejecutivo fuerte; incorporándose en la Constitución las garantías sociales, que durante mucho tiempo sólo fueron aspiraciones del pueblo²⁴

El mayor problema al que se enfrentó el Estado social de derecho radicó en que en las garantías constitucionales previstas en los textos fundamentales no siempre fueron de aplicación directa, convirtiendo la eficacia del texto constitucional en parcialmente normativa, lo que retrasaría de forma importante la implantación efectiva de todos los postulados del Estado Social.

Así las cosas, y de forma complementaria al Estado Social de derecho se encuentra el Estado Constitucional de derecho; a lo cual no se puede decir que

²¹ Díaz, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998, pp. 41

²² El estado liberal de derecho fue caracterizado por su individualismo, apoliticismo y neutralidad, sin que pudiera satisfacer la exigencia de libertad e igualdad reales entre los distintos sectores de la sociedad, lo cual condujo a los conflictos de clase en la segunda mitad del siglo XIX

Pérez Luño, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9 edición, Tecnos, Madrid, 2005, pp. 223

²³ *Ibidem* pp. 237

²⁴ Nuestra Constitución Mexicana de 1917, según el autor Pérez Luño, puede considerarse el primer intento por conciliar los derechos de libertad con la nueva concepción de los derechos sociales, y ha ejercido notable influencia en las constituciones posteriores de América Latina. *Ibidem* pp. 124

exista una diferencia ideológica entre ambos postulados, pues este último retoma el contenido de aquél, aunado al fortalecimiento de la Constitución, a través de la efectiva tutela de los derechos por medio de garantías constitucionales, y de una nueva percepción de los derechos fundamentales, en el sentido de considerar que todas las normas del texto supremo tienen fuerza normativa, lo cual implica el fortalecimiento de los valores de contenido social, que por muchos años se dijo eran cláusulas programáticas.

En ese sentido con el Estado Constitucional de Derecho diversos paradigmas del Estado de Derecho serían reconstruidos, en principio el legislador también se encontrará sometido a los principios y valores del pueblo expresados en las Carta Magnas, lo cual rompía la noción originaria de inhabilidad de éste ²⁵, por otro lado, se erigía un cuarto poder, con los llamados Tribunales Constitucionales, bajo el modelo de control de la Constitucionalidad concentrando, o bien el Poder Judicial — tal como sucede en nuestro Estado — adquiriría una predominancia que jamás hubiesen concebido los constitucionalistas bajo los postulados revolucionarios, con el modelo difuso de control de la Constitucionalidad.

A) La Democracia Constitucional

En abstracto las disposiciones constitucionales imponen límites formales y materiales a la voluntad democrática expresada sobre todo por conducto del legislador, que concretamente pueden ser relativos a la salvaguarda de principios necesarios al régimen democrático — como los derechos fundamentales — u otros aspectos esenciales de gobierno, pero cuya implementación reduce el espacio de decisión legislativa, o a mandatos de protección a ciertos bienes cuya tutela antes correspondería a la legislación ordinaria²⁶, mas que por diversas razones el Constituyente desea asegurar y por eso los protege en la Ley

²⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, 7 ed., Trotta, España, 2007, p. 46

²⁶ *Op. Cit.* 11 Bockenfort, pp. 176

Fundamental cuya rigidez (normal) impide que una simple mayoría legislativa pueda afectarlos.²⁷

Esta situación produce frecuentes tensiones entre el Constitucionalismo y la democracia, que se manifiestan esencialmente en los siguientes puntos: (i) los derechos fundamentales como opuestos al principio de autonomía política popular, (ii) la consideración de elementos materiales y no formales (qué y no tanto quién lo decidió) como criterio de legitimidad de las decisiones públicas, (iii) la justificación de la limitación constitucional a la voluntad democrática, (iv) la existencia de una jurisdicción constitucional cuyos integrantes no se designan por elección popular, que es el más intrincado elemento de este conjunto porque implica los anteriores y les agrega ciertas peculiaridades. Estos temas producen la impresión de que la ley fundamental es tiránica e impide el ejercicio del autogobierno ciudadano, máxime cuando las objeciones democráticas se dirigen precisamente a la legitimidad de la misma Constitución.²⁸

En ese sentido, la Constitución democrática instituye una forma de gobierno, como vimos, que implica que el pueblo, representado o no, imponga el curso de la vida colectiva a través de la imposición de las normas jurídicas que correspondan, muy especialmente las de carácter general que correspondería dictar a una asamblea parlamentaria como órgano representativo de la sociedad; no requiere mayor explicación el hecho de que la Ley expedida por ésta consiste en la manifestación más clara de una voluntad democrática de gobierno. Sin embargo al ser el legislador un poder constituido por la Ley Fundamental, su

²⁷ Cabe destacar que en México, la Constitución durante décadas no se ha considerado como una verdadera norma jurídica, por lo que resulta evidente que la reforma constitucional tampoco ha podido cumplir con el papel que le corresponde en otros sistemas jurídico-políticos. De esta forma, por muchos años en México la reforma constitucional únicamente sirvió para incorporar en el texto de la Carta Magna intereses coyunturales o, simplemente, la visión particular que cada presidente de la República ha tenido sobre las cuestiones que debe contener una Constitución, por lo cual aún cuando técnicamente se le conoce como un texto rígido, en la práctica dicho término deja mucho que desear.

Para abundar en el tema: Carbonell, Miguel, *Notas sobre la reforma constitucional en México*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", ISSN 0185-1810, No, 245, pp.229-254

²⁸ Salazar Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica y UNAM, 2006, pp. 181

potestad está vinculada a los mandatos constitucionales que la originan y delimitan su actuación; la ley no es entonces una expresión de la voluntad general soberana, lo que es un atributo exclusivo de la Constitución, sino mero ejercicio de un poder que ésta creó y el cual puede actuar libremente sólo en el ámbito respectivo que ella le reservó, aún cuando su voluntad se formase democráticamente por concurrir a tal efecto el mismo pueblo o sus representantes.²⁹

Así las cosas, la democracia como forma de gobierno bajo una Constitución, tanto al expedirse ésta como al mantenerse, consiste en un ejercicio constante de autogobierno tanto a los niveles constitucionales como de gobierno. Creando o manteniendo la ley fundamental, a un nivel de decisión constituyente, el pueblo determina la estabilidad de los fines de su existencia colectiva y de la tutela de los intereses que le son más caros; y en el siguiente nivel, el de dirección concreta de la vida pública, también decidirá conforme a principios de mayoría los asuntos específicos que atañan a ésta, a través de los órganos constituido para tal efecto que actuarán dentro del ámbito de discrecionalidad que la ley fundamental les hubiese otorgado.

La Constitución democrática no obstante sus restricciones, so pena de su propia aniquilación como tal, tiene que dejar un amplio margen para la discusión y la formación de la voluntad mayoritaria sobre los asuntos públicos; pero la democracia constitucional obliga al poder legislativo y otros órganos públicos, que sólo representan al pueblo bajo ciertas condiciones, se mantengan dentro de los límites que les marca la ley fundamental expedida por el mismo soberano que es su mandante.

Por último, debemos recordar una cuestión trascendente debatida por la doctrina, consistente en establecer que papel compete a los jueces en defensa de los derechos fundamentales y del propio Estado Constitucional, ya que entre los

²⁹ *Op. Cit.* 11 Bockenfort, pp.144

partidarios del Estado Constitucional de Derecho³⁰, los jueces se transforman en los garantes últimos de los derechos — teoría que utilizaremos en nuestra investigación, por ser el enfoque analítico que pretendemos exponer— Lo anterior ya que tal como lo sostiene Kelsen, sí la constitución es la norma suprema, hay que garantizar la ordenación de las leyes inferiores aquellas, más cuando la Constitución contiene principios y valores sustantivos.

3.- Constitucionalización y Neoconstitucionalismo

Primeramente, resulta importante señalar que entendemos por Constitucionalización, que a palabras del maestro Guastini,³¹ se entiende como un proceso al término del cual el derecho es impregnado, saturado, o embebido por la Constitución: Por lo que, un derecho constitucionalizado se caracteriza por una Constitución invasiva³², que condiciona la legislación, la jurisprudencia, la doctrina y los comportamientos de los actores políticos.

Asimismo, siguiendo a Guastini³³, las principales condiciones para tener una constitucionalización son: (i) La existencia de una Constitución rígida, que incorpora los derechos fundamentales; (ii) La garantía jurisdiccional de la Constitución; (iii) La fuerza vinculante de la Constitución (no programática, sino preceptiva); (iv) La sobreinterpretación de la Constitución (se le interpreta extensivamente y de ella se deducen principios implícitos); (v) La aplicación directa de las normas constitucionales, también para regular las relaciones entre particulares; (vi) La interpretación adecuadora de las leyes; y (vii) La influencia de la Constitución sobre el debate político

³⁰ Zagrebelsky, Díaz, Guastini, entre otros.

³¹ Concepción Gimeno, María, “La interpretación jurídica en la obra de Ricardo Guastini”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, núm. XVII, Enero 2000, Universidad Complutense de Madrid, consultado el 1 de agosto de 2008 en: http://europa.sim.ucm.es/compludoc/GetSumario?r=/S/10302/05180872_1.htm&zfr=0.

³² Guastini, Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías” *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003, pp. 2-3.

³³ Guastini Ricardo, “La Constitucionalización del ordenamiento Jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo*, 3ª. Ed., Madrid, Trotta, 2006, p. 49.

Por otra parte, tenemos lo que la doctrina moderna, encabezada en Alemania,³⁴ ha llamado neoconstitucionalismo al proceso de transformación de los ordenamientos o sistemas jurídicos, mediante los cuales se logra una superación de la concepción formal del Estado de Derecho, sustituyéndola por un Estado de Derecho inyectado de una comprensión de la Constitución como orden o sistema de valores que se proyecta sobre el derecho ordinario³⁵, otra connotación sería la de una teoría que trata de explicar o justificar el proceso de transformación mencionado con anterioridad³⁶. Asimismo, autores como Ferrajoli y Zagrebelsky determinan que se habla de neoconstitucionalismo para designar la ideología que propone una orientación determinada para el proceso multicitado.³⁷ Por lo que podemos concluir, tal como lo señala Paolo Comanducci, que el neoconstitucionalismo consiste en una ideología, una metodología y una teoría.³⁸

Para el presente estudio, tomaremos al neoconstitucionalismo desde su plano teórico, es decir, como el modelo de sistema jurídico que emerge de su reconstrucción, y que está caracterizado, además que por una constitución invasora, por la positivización de un catálogo de derechos fundamentales, por la presencia en la constitución de principios y no sólo de reglas, y por algunas peculiaridades de la interpretación y de la aplicación de las normas constitucionales respecto a la interpretación y a la aplicación de la ley.³⁹

En ese sentido, entendemos que en el ámbito argumentativo, la corriente en estudio ha traído aparejada una transformación directa en la interpretación de la

³⁴ Por el Tribunal Federal Constitucional Alemán, además del autor Robert Alexy.

³⁵ Serna Bermúdez, Pedro, “Neoconstitucionalismo e Interpretación”, en Estrada Torres, Pedro (comp.), *Dos reflexiones en torno a la interpretación Constitucional*, México, Editorial Limusa, 2006, p.213.

³⁶ Término utilizado por autores como Alexys y Prieto Sanchís, M. Hauriou, *La teoría de la institución y de la fundación, en Obras escogidas*, trad. de Juan Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976. pp. 213

³⁷ Serna Bermúdez, Pedro, *op. cit.*, nota 33, p. 213.

³⁸ Cárdenas, Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007, p. 39.

³⁹ Barroso, Luis Roberto, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, pp. 10-13.

norma; lo anterior resulta importante, ya que si recordamos que el viejo positivismo es una teoría sin argumentación — por lo que los problemas de indeterminación de reglas se resuelven en la discrecionalidad judicial— ahora con esta nueva corriente estamos en presencia de normas sustantivas en la Constitución⁴⁰, las cuales obligan al legislador a asumir una mayor determinación por más que se diga que los principios son vagos e indeterminados; ya que se exige al Juzgador un esfuerzo argumentativo justificatorio, que no puede desembocar en una simple discrecionalidad como en el positivismo formal basado en reglas.⁴¹

Para otorgar una verdadera justificación los juzgadores. al momento de formular su argumentación, necesitan la aplicación del juicio de ponderación — mismo que mas adelante se detallará— ya que con ello se abandona el tradicional esquema lógico-deductivo⁴² del derecho y requiere al Juez una racionalidad tanto teleológica como axiológica.⁴³

Así las cosas, tenemos que el Neoconstitucionalismo se proyecta sobre los siguientes grandes capítulos: (i) la teoría de las fuentes, que obviamente ya no puede seguir girando en torno al riguroso legalismo característico de la fórmula europea de Estado de Derecho; (ii) la teoría de la norma, que ha de dar entrada a nuevas tipologías del sistema u ordenamiento, obligada a un serio replanteamiento de los problemas de plenitud y coherencia; y (iii) la teoría de la interpretación, que se abre a exigencias de justificación o argumentación, antes prácticamente inexploradas en el positivismo.⁴⁴

⁴⁰ Guastini, Riccardo, “¿Peculiaridades de la interpretación constitucional?”, trad. de Miguel Carbonell, *Estudios de teoría constitucional*, trad. de Eduardo García Maynez, México, Fontamara, 2001, p. 255.

⁴¹ Cárdenas, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 41.

⁴² Atienza, Manuel, *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación Jurídica*, Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM, México, 2003, p. 27.

⁴³ *Ibidem*, p. 30.

⁴⁴ Prieto Sanchís, Luis, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales” *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus implicaciones*, Justicia, 2003, pp. 118-119.

Por lo que podemos concluir de esta nueva teoría neoconstitucional, que la interpretación y aplicación del ordenamiento tendrán que inspirarse en una teoría de justicia y no podrán aceptar activismos o personalismos, en especial de Jueces⁴⁵. Teniendo un paradigma en construcción que incluye: (i) la atribución de normatividad a los principios y la definición de sus relaciones con los valores y las reglas; (ii) el resurgimiento de la razón práctica y de la argumentación jurídica; (iii) la formación de una nueva hermenéutica constitucional; y (iv) el desarrollo de una nueva teoría de derechos fundamentales basada en el fundamento de la dignidad humana⁴⁶

En virtud de lo anterior, existe una corriente de pensamiento⁴⁷ que caracteriza al constitucionalismo de la segunda mitad del siglo XX con los siguientes rasgos: 1. La diferenciación dentro de las normas constitucionales entre principios y reglas y el predominio de los primeros sobre los segundos; 2. La necesidad de interpretar los principios mediante la ponderación, en lugar de la subsunción; 3. La Constitucionalización del ordenamiento jurídico que implica el condicionamiento de la validez de las normas subconstitucionales y, por lo tanto del legislador; y 4. El protagonismo adquirido por los jueces como consecuencia de su papel de creadores utilizadores del derecho, y más concretamente, del Juez de la Ley⁴⁸, es decir, del Tribunal Constitucional, que ha sido creado e implementado en varios países Europeos.

En líneas con lo anterior, y al resultar evidente que el derecho no sólo está conformado por reglas sino por principios y valores que conlleva la teoría del neoconstitucionalismo⁴⁹, ésta nos obliga un poco a olvidar el concepto de interpretación jurídica clásica, y enfocarnos al tema de la argumentación, no sólo en su faceta retórica sino en sus ámbitos hermenéuticos, contextuales y

⁴⁵ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, nota 38, pp. 255-259.

⁴⁶ Barrozo, Luis Roberto, *op. cit.* nota 37, p. 5.

⁴⁷ Denominada neoconstitucionalismo, entre los pensadores que la forman cabría incluir a Robert Alexy, Gustavo Zagrebelsky, y Luis Prieto Sanchis.

⁴⁸ Alexy, Robert, *El concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994, p. 159.

⁴⁹ Pietro Sanchis, Luis, *op. cit.* nota 42, pp. 108-110

procedimentales, ya que a través de ella — argumentación — es cómo se podrán interpretar y justificar el Derecho.

4.- La argumentación de la interpretación jurídica

La argumentación jurídica de la actualidad se ha formado en un intento de avenir las posiciones racionalistas e irracionalistas en la metodología del derecho y constituye una superación de los métodos tradicionales de interpretación⁵⁰. Lo que Manuel Atienza llama una “teoría estándar de la argumentación jurídica”⁵¹, se forma desde los años setenta, derivado de los puntos de diversos autores, especialmente Aarnio, Alexy, Maccormick, Peczenick y Wroblewski, pero también de otros como Dworkin y Summer que concuerdan en proporcionar a la operación jurídica los elementos de racionalidad, tanto formal como material, para la justificación de sus decisiones en la sociedad contemporánea⁵².

Siguiendo con lo anterior, lo que hoy en día se conoce como argumentación jurídica, no es la utilización de la lógica formal en el derecho⁵³. Por el contrario, la teoría moderna de la argumentación jurídica es resultado de la demostración de las limitaciones y las insuficiencias que padece la lógica formal, para explicar las argumentaciones en el derecho, pues el arsenal argumentativo de los operadores jurídicos no se agota en la lógica formal.⁵⁴

Lo anterior ya que la conducta del ser humano puede adoptar múltiples sentidos y en el plano jurídico se tendrá como debido, o mejor dicho justificado, el coincidente como una decisión normativa tomada por el órgano a quien se autorice a calificar ese hecho⁵⁵ — en México el Poder Judicial de la Federación—

⁵⁰ Prieto, Sanchís, Luis, “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, pp. 177-178, consultado el 5 de agosto de 2008, <http://cervantesvirtual.com./portal/doxa>.

⁵¹ Atienza, Manuel, *El derecho como argumentación*, Ariel Derecho, Barcelona, 2006, pp. 11-19 y 64.

⁵² *Ibidem* pp. 6-7.

⁵³ Raz, Joseph, *Razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988, p.28.

⁵⁴ Rodolfo Vázquez, *teoría del derecho*, México, editorial Oxford, 2007, p. 209.

⁵⁵ Habermas Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998, p.87.

Sin embargo, esta decisión judicial también puede considerarse como justificada o correcta, según las razones que esclarezcan si debió o no tomarse⁵⁶. Por lo que se requiere en la actualidad que las decisiones jurídicas sean aceptables más por su contenido, que por la calidad de sus autores, y de ello depende tanto su legitimidad como su carácter científico⁵⁷. Por lo que resalta la gran importancia que tienen los argumentos que las apoyan o justifican, creando con ello la posibilidad en toda situación —ya sea casos fáciles, difíciles y trágicos— de hacer justicia de acuerdo con el derecho⁵⁸

Así las cosas, según Miguel Reale, el derecho es un fenómeno que tradicionalmente ha sido estudiado a partir del presupuesto de su tridimensionalidad⁵⁹: (i) como norma; (ii) como hecho social; y (iii) como valor. A cada una de estas dimensiones le corresponde un enfoque o perspectiva de estudio. Atienza se ha referido a estos enfoques como el estructural, que trata de explicar los componentes del derecho, centrándose en los distintos tipos de normas; el sociológico o funcional, donde el derecho es visto como la realidad social, como comportamiento humano y el enfoque valorativo, que se dirige a mostrar lo que debería ser el derecho, y cuáles son los requisitos de éste de acuerdo con pautas de justicia. Por lo que Atienza propone un cuarto enfoque que consiste en aproximarse al derecho como una técnica para la solución de problemas prácticos, mediante la argumentación jurídica del derecho.⁶⁰

⁵⁶ MacCormick, Neil, “Retórica y Estado de Derecho”, *Isegoría, Revista de Filosofía y Política*, Madrid, num.21, noviembre de 1999, p.51.

⁵⁷ Summers, Robert, *La naturaleza formal del derecho*, México, Fontamara, 2001, pp. 46-65.

⁵⁸ Atienza, Manuel, *op. cit.*, nota 40, p. 218.

⁵⁹ Reale, Miguel, *Filosofía do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1962, pp. 431-519 y 603-639; y Reale, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1968; con Recaséns Siches, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1985; y Recaséns Siches, Luis, *Tratado general de filosofía del derecho*, México, Porrúa, 1991.

⁶⁰ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 52, p. 212.

A) Razonabilidad y racionalidad

Toda decisión jurídica se concibe como una actividad objetiva, no arbitraria ni caprichosa⁶¹, y en consecuencia mantiene necesariamente una pretensión de corrección equivalente a que pueda ser “racionalmente apoyada en el marco del ordenamiento jurídico válido”⁶² a ser justificable mediante una argumentación adecuada.

Es por esa razón que ya no podemos concebir a la interpretación jurídica como una actividad racional (exclusivamente) formal, de la que sólo puede obtenerse una única respuesta, mediante un procedimiento meramente lógico y repetible. con los mismos resultados ideales en cualquier situación y evidentemente tampoco como un mero acto de pura voluntad; sino en la atribución de significado a una disposición jurídica, dentro de un cierto contexto cultural y fáctico, cuya corrección se establece mediante buenos motivos que hagan materialmente racional la elección de una determinada alternativa de interpretación sobre otras, que pueden ir desde factores lingüísticos atinentes a la redacción de la norma interpretada, hasta las mismas creencias del intérprete.⁶³

Resulta importante precisar que en la tendencia neoconstitucionalista, se trata de que el deber de motivar preactúe sobre el curso de la actividad propiamente decisoria, circunscribiéndolo dentro de un marco de racionalidad⁶⁴. Pero es claro que en la elaboración de la sentencia, el momento de la justificación sigue y se abre, metodológicamente, una vez que la decisión ha sido aprobada. Por eso, lo que puede y debe hacer el Juez no es describir o casi mejor transcribir el propio

⁶¹ Alexy, Robert e Ibáñez, Perfecto Andrés, *Jueces y Ponderación Argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006, pp. 17-18.

⁶² Atienza, Manuel, *op. cit.* nota 40, pp. 191-197.

⁶³ Atienza, Manuel, *op. cit.* nota 40, p. 156.

⁶⁴ Carbonell, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998, pp. 193-195.

proceso decisonal, sino justificar con rigor y honestidad intelectual la corrección de la decisión adoptada.⁶⁵

En ese sentido, cabe señalar que tal como lo prevé Alexy, “*quien afirma que algo es justo, afirma, siempre y de algún modo, que es correcto, y quien afirma que algo es correcto sobreentiende que es susceptible de ser fundamentado, justificado, mediante razones*”.⁶⁶ Lo anterior toda vez que tal como el mismo autor sostiene, al momento de verificar la existencia de argumentos buenos razonablemente justificados, se deben concluir dos supuestos para la representación argumentativa razonable: (i) la existencia de argumentos correctos ó razonables; y (ii) la existencia de personas racionales que estén dispuestas y sean capaces de aceptar argumentos correctos y razonables, por la mera razón de que son correctos y razonables.⁶⁷

5.- El modelo de derecho como procedimiento de Alexy

La teoría de Alexy se puede caracterizar como una teoría procedimental. Referido al discurso práctico, ello quiere decir que un enunciado normativo es correcto “*si y sólo si, puede ser el resultado de un procedimiento*”⁶⁸ En ella caben diversas interpretaciones del procedimiento a que hace referencia (i) a los individuos que participan en el mismo; (ii) a las exigencias que se imponen al procedimiento; y (iii) a la peculiaridad del proceso de decisión.⁶⁹

En él enumera un sin número de reglas que deben seguirse para la argumentación práctica, las cuales no forman parte de nuestro estudio por no ser el tema relevante⁷⁰, sin embargo es importante señalar: (i) que estas reglas se

⁶⁵ Alexy, Robert e Ibáñez, Perfecto Andrés, *op. cit.*, nota 59, pp. 36-37.

⁶⁶ *Ibidem*, p. 163.

⁶⁷ *Ibidem*, p.17.

⁶⁸ Alexy, Robert, *Justicia como corrección*, trad. de Ana Inés Haquín, España, Alicante, 2005, p. 165.

⁶⁹ Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Váldez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

⁷⁰ Todas las reglas y formas que se formulan pueden encontrarse en el apéndice de la obra de Alexy (1978^a. Pp. 283-287).

basan en la imparcialidad, libertad y simetría de los participantes; (ii) que un enunciado normativo puede ser correcto, sí y sólo si, puede ser el resultado de un procedimiento que observe las reglas descritas en el numeral (i) anterior; (iii) la argumentación es un procedimiento discursivo correcto; (iv) los principales problemas de toda teoría de la argumentación son el problema del conocimiento y el problema de cumplimiento; (v) en toda argumentación jurídica debe distinguirse entre justificación interna y externa. La interna trabaja con reglas, la externa con principios y otros materiales normativos, y sirve para resolver casos difíciles; (vi) todos los métodos argumentativos pueden usarse; (vii) no se garantiza una única respuesta correcta; (viii) el principio de proporcionalidad —o juicio de ponderación— es la base para la solución de conflictos de principios; (ix) se admite una teoría fuerte de principios; y (x) el sistema jurídico se integra por procedimientos argumentativos y normas.⁷¹

En síntesis, podemos decir que la obra de Alexy desarrolla la teoría discursiva a partir de reglas, principios y procedimientos, con lo que produce que el jurista entienda el derecho como argumentación y que, por ello, debe estar atento al derecho injusto para denunciarlo e imponer el verdadero derecho. A palabras de Jaime Cárdenas, *“Es una teoría que favorece las actividades de resistencia frente al derecho injusto”*⁷²

Asimismo, la obra de Alexy, tal como lo señala el autor Carlos Bernal Pulido, es sin duda la que señala con mayor claridad y precisión la estructura de ponderación — misma que mas adelante se precisará —, ya que de acuerdo con Alexy, para establecer la relación de procedencia condicionada ante los principios en colisión, es necesario tener en cuenta tres elementos que forman la estructura de la ponderación: la ley de ponderación, la formula de peso y las cargas argumentativas.⁷³

⁷¹ Cárdenas, Jaime, *op. cit.* nota 36, p. 84.

⁷² Cárdenas, Jaime, *op. cit.* nota 36, p. 100.

⁷³ Bernal Pulido, Carlos, *Estructuras y Límites de la Ponderación*, consultado el 10 de agosto de 2008, p.227 <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826852872365026338813/015786.pdf?incr=1>.

6.- El modelo de ciencia cognoscitivista (interpretativo y reglas) de Ronald Dworkin

En primero lugar es importante destacar que Dworkin entiende el derecho como interpretación, por lo tanto su perspectiva de análisis del derecho no es desde el legislador sino básicamente desde el Juez.⁷⁴ Asimismo, los neoconstitucionalistas acostumbran a referirse a la obra de Donald Dworkin *Taking the right seriously*⁷⁵, como origen de la tesis que sostiene la presencia en la Constitución, de normas que no son propiamente reglas, sino principios y valores positivados, pero plenamente vinculantes y eficaces⁷⁶.

En ese sentido, su concepción del derecho es principalista —apertura a la moral— y en ella tal como lo señala el autor Alberto Calsamigla, “*elabora un método de análisis que nos permite proponer un enfoque consistente e problemas y apuntar soluciones sustentadas en un conjunto de principios coherentes*”.⁷⁷ El enfoque adecuado sería la integridad en el tratamiento de los problemas jurídicos, de modo que, la elección del criterio adecuado para solucionar determinados problemas depende de la coherencia con la textura de principios de comunidad. En ese sentido, según Dworkin, el principio de integridad exige a los jueces que resuelvan los casos difíciles tratando de encontrar la mejor interpretación constructiva de la estructura política y de la doctrina jurídica de su comunidad.

En realidad, la preocupación fundamental de Dworkin no es la descripción sino la justificación. Si la tarea de la interpretación implica hacer del objeto interpretado lo mejor que el mismo puede ser, entonces el resultado de la interpretación lo muestra en su mejor perspectiva, lo justifica. Por eso, Dworkin no estudia el derecho desde fuera —mirándolo como algo estático que puede describirse—

⁷⁴ Cárdenas, Jaime, *op. cit.* nota 36, p. 65.

⁷⁵ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1984, pp. 61-101.

⁷⁶ Sánchez González, Santiago, “De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, España, ISSN, 1139 5583, 2003, No. 12, 13, p. 354.

⁷⁷ Vázquez, Rodolfo, *op. cit.*, nota 52, p. 175.

sino que ve el derecho desde la perspectiva interna del Juez que toma decisiones con fuerza vinculante.⁷⁸

En ese sentido, la teoría de Dworkin sostiene una diferencia entre reglas y principios denominada del tercer tipo⁷⁹. Según su concepción entre reglas y principios existe una diferencia de tipo lógico. Dicha diferencia lógica se compone de tres componentes. El primer se refiere a la función especial que cumplen las reglas si se les considera en relación con los principios. El segundo hace alusión a la dimensión de peso que caracteriza a los principios. El tercero se relaciona con las diferentes formas o métodos para solucionar las concurrencias normativas ya se trate de reglas o de principios⁸⁰

Así las cosas, para Dworkin los conceptos de regla y principios no constituyen unidades jurídicas conceptuales con base en las cuales haya que medir las realidades jurídicas. Su clasificación de las normas jurídicas en reglas y principios tiene fundamentalmente un carácter ejemplificatorio. Su función centra es la explicación de argumentos jurídicos y no la fundamentación de una ontología jurídica. Las reglas y los principios son el instrumento conceptual de Dworkin con el que el mismo identifica grupos diferentes de argumentos jurídicos. Su concepto de Derecho no consiste en la reunión de diversas piezas separadas, sino más bien resulta de que el Derecho en cada aplicación se renueva y redefine sus límites y contornos. Por lo mismo, Dworkin rechaza la idea de un concepto de Derecho con base en un número fijo de normas.⁸¹

7.- El modelo Garantista de Ferrajoli.

El garantismo de Ferrajoli está basado en una concepción del derecho y del Estado que pretende reducir el papel punitivo y coercitivo del Estado, y al mismo

⁷⁸ *Ibidem*, p. 176.

⁷⁹ Dworkin, Ronald, *op. cit.* 73, p.24

⁸⁰ Rojas Amandi, Victor Manuel, *Ronald Dworkin y los Principios Generales del Derecho*, Porrúa, México, pp. 51

⁸¹ *idem*

tiempo, propende maximizar la igualdad, la libertad y en general los derechos fundamentales.⁸²

En ese sentido, Ferrajoli expone que el garantismo es una teoría de validez del derecho, toda vez que las normas para que sean válidas exigen no sólo el respeto a la competencia del órgano que las emite y al procedimiento para elaborarlas, sino el respeto irrestricto a las normas fundamentales del sistema. Ferrajoli se opone a la neutralidad y avaloratividad del derecho, ya que promueve una visión crítica y activa del derecho y del jurista⁸³

En sí, la teoría de Ferrajoli, define al Estado como un medio legitimado únicamente por el fin de garantizar los derechos fundamentales de los ciudadanos y políticamente ilegítimo si no los garantiza o, más aún, si él mismo los viola⁸⁴, ensanchando y maximizando así, los derechos fundamentales del ser humano.⁸⁵

8.- Análisis interpretativo de Reglas, Valores y Principios

El estudio de las normas constitucionales plantea problemas de interpretación especialmente significativos debido, entre otras cosas, a los valores que incorporan y a los principios que de ella pueden extraerse como fundamento de otras reglas jurídicas. El objeto del presente capítulo es el de enunciar y describir, en base a las nuevas teorías interpretativas del derecho —neoconstitucionalismo— los instrumentos técnicos y jurídicos que facilitan el labor del intérprete para determinar la estructura y la función de los valores y principios constitucionales, y redactar las dificultades existentes en la precisión de su contenido material.

⁸² Ferrajoli, Luigi, “Derecho y Razón”. *Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, 2004, pp. 851-903

⁸³ Cárdenas, Jaime, *op. cit.* nota 36, p. 100.

⁸⁴ Prieto Sanchís, Luis, “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales” *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus implicaciones*, Justicia, 2003, p. 105

⁸⁵ *Ibidem* p. 89.

A) Valores y principios del Derecho

La expresión principios tiene diferentes acepciones; pueden hallarse diversos conceptos aludidos por ese término que, sin mayor dificultad, se incluyen en la relación siguiente: (i) normas generales (ii) normas redactadas en términos particularmente vagos (iii) normas programáticas o directriz que obliga a perseguir determinados fines (iv) norma que expresa los valores superiores de un ordenamiento jurídico (v) norma que indica, la selección de una norma aplicable (vi) enunciado ó máxima de la ciencia jurídica⁸⁶

A gran escala y únicamente para fines de la presente investigación, conviene tomar como punto de partida la esquematización realizada por Robert Alexy ⁸⁷, según la cual *“los principios son normas que requieren que algo se realice en la máxima medida posible, en relación a las posibilidades jurídicas y fácticas”* y en cambio *“son reglas las normas que siempre sólo pueden ser cumplidas o incumplidas”*⁸⁸

Por lo que, siguiendo el contexto anterior, tenemos que los principios en un sentido lato, pueden ser tanto enunciados jurídicos declarativos de valores que no expresan más que el valor que pretender consagrar ⁸⁹—Artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado es Democrático y representativo—⁹⁰ y las directrices programáticas que imponen determinados fines en ámbito más o menos concreto — artículo 28 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el Estado favorecerá el progreso Económico—. Así las cosas, estas dos categorías caben dentro de la clásica definición alexiana: *“los principios declarativos imponen que a un valor se dé la*

⁸⁶ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996, pp. 25-26.

⁸⁷ Garzón Váldez, Ernesto y Alexy, Robert, *Teorías del Discurso y Derecho Constitucionales*, México, Fontamara, 2005. pp. 71-83.

⁸⁸ *Ibidem* pp. 78-85.

⁸⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, 7 ed., Trotta, España, 2007, p. 87.

⁹⁰ Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

máxima de satisfacción posible y los programáticos que, se realice un determinado estado de cosas.”

En ese sentido, la idea de principios jurídicos se encuentra fácilmente ligada con los valores del ordenamiento, ambos tienen una carga axiológica inmediatamente perceptible, que es sencillamente obvia en los declarativos y en los programáticos se manifiesta a través de un mandato de la realización de un fin determinado, mediante un comportamiento indeterminado pero idóneo para ello⁹¹. Esto último requiere una explicación un poco más detallada, ya que el carácter axiológico de las directrices se desprende de que, en cuanto imponen satisfacer al máximo la realización de un determinado objetivo, sirven de criterio de valoración de la conducta humana según la medida en que ésta contribuya a su satisfacción o a su frustración, entronizando con ello a dicho objetivo como un bien valioso, coloquialmente llamado valor⁹²

Bajo ese orden de ideas, tal como lo señalan autores como Zagrebelsky y Alexy, los principios postulan un *ethos* del ordenamiento jurídico, un sentido valorativo aplicable a toda situación en que fueren relevantes⁹³, con carácter expansivo y que establecen orientaciones generales del derecho; no determinan conductas, sino las guían.⁹⁴, ya que los principios tienen una carga axiológica que impone ciertos valores y una determinada ideología según el contenido material. Con ello, los principios difieren con las reglas, en el sentido de que requieren un posicionamiento moral que orienta la calificación jurídica de las posibles conductas del sujeto a quienes se dirigen⁹⁵, lo que no podría darse en el caso de las reglas, mismas que prevén en forma determinada y excluyente la acción que

⁹¹ Arce y Flores Valdés, Joaquín, *Los principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional*, Madrid, Civitas, 1990, pp. 116-127.

⁹² Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 84, p. 154.

⁹³ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.* nota 87, p. 110.

⁹⁴ *Ibidem* p. 83-84.

⁹⁵ *Ibidem*, p. 97

habrá de realizarse para lograr el fin que necesariamente se proponen y salvaguardar con ello el valor que subyace en ellas.⁹⁶

B) Las normas jurídicas: Reglas y Principios

Para el positivismo clásico las normas jurídicas eran de gran simplicidad, pues consistían en dos partes: una hipótesis que se refería a un determinado hecho y una disposición que consistía en las consecuencias normativas derivadas de la realización de la primera⁹⁷, bajo la forma de “*sí ..., entonces ...*”.

Ahora bien, la contemporánea teoría general del derecho —misma que se trata de exponer en la presente investigación— ha superado tal concepción sobre las normas jurídicas, éstas ya no exclusivamente se identifican con prescripciones que establecen un “deber ser jurídico”, sino que aún podemos hallar entre ellas, algunas cuyo enunciado no propiamente impone algún deber, según sea su función en el orden jurídico⁹⁸. Tal como lo señala Zagrebelsky, “*a raíz del constitucionalismo europeo posterior, a la segunda guerra mundial, por su densidad en los textos fundamentales y la reconocida dimensión axiológica de éstos, los principios han adquirido protagonismo y alcanzado una mayor importancia en el orden constitucional, al grado de que la distinción entre reglas y principios es básica en nuestro tiempo*” y en la opinión de Alexy es “*clave para la solución de problemas centrales de la dogmática de los derechos fundamentales*”⁹⁹

Una primera distinción entre reglas y principios consiste en que éstos carecen de una determinación precisa en los supuestos de aplicabilidad y en sus

⁹⁶ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *op. cit.*, nota 84, p. 35.

⁹⁷ García Máynez, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a ed., México, Porrúa, 1980, pp. 171-172.

⁹⁸ Tamayo y Salmorán, Rolando y Enrique Cáceres Nieto (coord), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987, pp.64-79.

⁹⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 67, p. 71.

consecuencias jurídicas¹⁰⁰. Esta característica hizo pensar que los principios no eran auténticas normas jurídicas, pues no podían utilizarse inmediatamente en los procedimientos de subsunción lógica en que se hizo consistir a la aplicación del derecho; sin embargo, su carácter norma jurídica es indudable ya que al igual que las reglas, prescriben conductas.¹⁰¹

De lo anterior podemos concluir, que en realidad no se trata de que los principios carezcan de hipótesis o consecuencias jurídicas, sino que éstas son abiertas, es decir, los efectos jurídicos de los principios pueden seguirse de innumerables hipótesis a las cuales pueden acomodarse por la abstracción con que se formulan y pueden tener diversos contenidos y sentidos.

Las reglas y los principios tienen diferente grado de concreción: ya que existen prescripciones específicas que claramente rigen un número de supuestos de hecho, delimitado en alguna nitidez; los principios pueden referirse a múltiples y a priori indefinibles situaciones, con la abstracción que les da sus apertísimas hipótesis de aplicación ocasionadas por el lenguaje impreciso de sus enunciados.¹⁰²

Para su aplicación, los principios requieren concretizarse, lo cual pueden llevar a cabo el legislador y los tribunales, al adecuar la idea general que postulan a la hipótesis precisa o el caso concreto que intentan regular o resolver, transformándolos — mediante la interpretación argumentativa — en una regla *stricto sensu* que aclare el principio y constituya una manifestación particular del mismo adecuada al caso concreto.¹⁰³

Bajo ese orden de ideas, entendemos que la vinculación entre principios y reglas, es la que hace funcionar como unos u otras a las disposiciones jurídicas, según el

¹⁰⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.* nota 87, p. 79.

¹⁰¹ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 67, p. 71.

¹⁰² Cárdenas, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 111.

¹⁰³ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.* nota 87, pp. 83-85.

contexto argumentativo, o más bien que conforme a los requerimientos de éste el lenguaje textual pueda aplicarse inmediatamente — como una regla explícita — o de forma indirecta — como principio del cual se desprenda interpretativamente una regla precisa — ¹⁰⁴. Sin embargo, a pesar de que los principios pueden tener una estructura condicional y sobre todo porque su fórmula utiliza conceptos indeterminados, su interpretación no consiste en la mera subsunción sino en un descubrimiento jurídico creativo, por el cual principalmente el operador judicial completa el sentido de la disposición para llevar a su contexto de referencia y de ese modo llena una laguna en el ordenamiento¹⁰⁵.

No obstante a lo anterior, las reglas y los principios no se distinguen sólo por el grado de determinación semántica y sintética de los enunciados que los expresan, sino, que son cualitativamente diversas en su estructura, en virtud de lo cual operan de manera diferente¹⁰⁶. Lo anterior, tal como lo sostiene la tesis fundamental Alexiana que hace consistir la diferencia más importante entre las reglas y los principios, *“en que éstos implican un mandato de optimización y aquéllas uno de su cumplimiento categórico, según la cual las reglas, sólo pueden cumplirse o incumplirse y en cambio los principios pueden satisfacerse en diversos grados, dependiendo de las posibilidades normativas y fácticas del caso concreto”* ¹⁰⁷,

Así pues, al establecer un deber ser ideal, los principios admiten no satisfacerse plena sino parcialmente, sin olvidar el deber de optimizarlos al máximo¹⁰⁸. Esta diferencia es claramente notable en los casos de conflicto de reglas y colisión de principios — temas que abordaremos más adelante — .

¹⁰⁴ Atienza, Manuel y Ruíz Manero, Juan, *op. cit.* nota 84, pp. 27 y 54.

¹⁰⁵ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 87, p. 92.

¹⁰⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 67, p. 75.

¹⁰⁷ Castaño Vallejo, Raúl, “Intervenciones Corporales y principio de proporcionalidad”, *Instituto de investigaciones jurídicas UNAM*, consultado en Internet 5 de agosto de 2008, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr3.pdf>.

¹⁰⁸ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 67, pp. 108-109.

Así las cosas, cuando las prescripciones de dos reglas respecto de un mismo supuesto se oponen entre sí, al ordenar una, la realización de una acción y la otra prohibirla. Simple y sencillamente una de ellas no puede ser válida. Sin embargo tratando de principios, su oposición no implica invalidez o la superioridad de alguno de ellos, sino su superación, relegación o retroceso, según corresponda en el caso concreto por las circunstancias relevantes.¹⁰⁹

C) Las funciones de los principios

El autor Jaime Cárdenas, señala que *“los principios tienen una función en la producción del derecho, porque circunscriben materialmente al legislador, sobre todo cuando se trata de normas de desarrollo o subordinadas. El legislador no puede producir normas incompatibles con los principios constitucionales, so pena de invalidez de su producto”*. Por otra parte, continua señalando el autor en mención, *“que la función de los principios en la interpretación, — misma que abundaremos posteriormente — son empleados para justificar las llamadas interpretaciones conformes, es decir, aquellas que adaptan el significado de una disposición al de un principio previamente identificado”*. La última función que establece el mismo autor, es la referente a *“la integración del derecho para colmar lagunas, toda vez que el Juez y el funcionario están obligados a recurrir a los principios, después de haber intentado el argumento analógico”*¹¹⁰

En relación con lo anterior, podemos concluir que esta forma de argumentar, es la que conforma el llamado razonamiento práctico, no silogístico, en donde los principios son utilizados para determinar o encontrar la premisa base del razonamiento.

Por otra parte tenemos el argumento consecuencialista desarrollado por MacCormick¹¹¹ en el cual el interprete decide sobre el caso difícil, apoyándose en

¹⁰⁹ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 87, p. 98.

¹¹⁰ Cárdenas, Jaime, *op. cit.* nota 36, p. 118

¹¹¹ Visto en Cárdenas; p. 118 MacCormick, Neil, *Legal Reasoning and Legal Theory*, cit., nota 54.

un principio que tome en cuenta las consecuencias del fallo, no referidas exclusivamente a finalidades de utilidad, sino vinculadas con valores como el bien común o la justicia.

Bajo esa tesitura, podríamos deducir que el argumento consecuencialista adquiere su más importante relieve, en los casos donde es dable proponer acogerse a aquella decisión que mejores resultados proporcione, en orden a su satisfacción, siempre y cuando los distintos fines valiosos se encuentren en el sistema.

D) Interpretación y principios jurídicos

En esta sección, debemos partir de una clasificación que se realizará a los principios, esto es, clasificarlos primeramente en principios implícitos y explícitos; un principio explícito es el manifestado por un enunciado del texto jurídico, que abstractamente impone la salvaguarda de un bien jurídico genérico o la consecución de una finalidad concreta, Ejemplo el artículo 115 de nuestra Constitución Federal, al establecer *“Los Estados adoptarán, para su régimen interior, la forma de gobierno republicano, representativo, popular ...”*.¹¹²

Los implícitos por su parte, cómo fácilmente se puede advertir, son los que no formulan expresamente el texto, pero que constituyen premisas o consecuencias de sus disposiciones, es decir, subyacen como indispensables los supuestos o resultados de sus enunciados explícitos¹¹³. En ambos casos, ya sea ante los principios explícitos o implícitos, se requiere una exposición argumentativa que esclarezca el contenido de las disposiciones jurídicas que sirvan para fundar un

¹¹² Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

¹¹³ Jiménez, Cano Roberto-Marino, “Sobre los principios generales del derecho”, *Especial consideración en derecho Español*, consultado en Internet el 6 de agosto de 2008: <http://www.filosofiyderecho.com/rtfd/numero3/1-3.pdf>.

principio; respecto de los primeros, dicha exposición es meramente declarativa y de los segundos constitutiva¹¹⁴

En línea con lo anterior, la claridad de los enunciados explícitos generalmente no exige una interpretación para obtener su fórmula, puesto que ya se incluye en el texto, aunque sí para establecer su incidencia en el caso concreto y para lo cual son inmediatamente utilizados en la argumentación de la resolución, aunque ésta no provenga directamente de ellos sino de alguna regla que los desarrolle y concrete¹¹⁵. En cambio, la formulación de los principios implícitos, sí requiere la interpretación de disposiciones jurídicas, para que se establezcan los presupuestos y resultantes de éstas, en que dichos principios consisten, y la medida en que ellos son coherentes con alguna disposición expresa. Así pues, deben tener un asidero textual (o varios) del cual puedan relacionarse mediante una serie argumentativa que lleve a una generalización creciente de la que resulten.¹¹⁶

Abundando en lo anterior, y siguiendo con los principios implícitos, en ellos se dificulta más su fundamentación, ya que a veces se dan por supuestos los principios más elementales y no se establecen en el ordenamiento jurídico directa o expresamente — como el ejemplo el Estado de Derecho y sus subprincipios (tales como No concentración, Cooperación y No bloqueo)— esto podría hacer suponer que tales principios omitidos no tienen validez, porque no han sido establecidos, y podrían llegarse a considerar como contrarios a la seguridad jurídica, sin embargo, tal como lo establece el autor Zagrebelsky *“la obtención de principios puede resultar de: (i) deducción como consecuencia de conceptos técnicos (ej. Estado, Derecho o Constitución) de lo que viene a ser en realidad, una concretización de éstos (ii) inducción, mediante la identificación de un valor contenido en alguna disposición constitucional, construyendo un enunciado que*

¹¹⁴ Zagrebelsky, Gustavo, *op. cit.*, nota 87, pp. 84-85.

¹¹⁵ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 42, p. 88.

¹¹⁶ *Ibidem*, pp. 90-107.

lo formule y lo desarrolle en casos no previstos o especiales, como acontece con el principio de igualdad o el de presunción de inocencia”.

Sin embargo, tristemente en nuestro Estado, el Poder Judicial de la Federación a través de nuestro Tribunal Máximo, el cual es encargado de interpretar nuestros ordenamientos jurídicos. Ha establecido su propia doctrina judicial, o usual como ella misma la llama, dejando de un lado lo antes expuesto —es decir, la interpretación de principios ya sean implícitos o explícitos— y enfocándose a interpretar, en el mayor de los casos resueltos, en los siguientes términos:

- Literal o Gramatical: para determinar el significado de la norma mediante la aplicación de reglas gramaticales del lenguaje.¹¹⁷
- Sistemática o de Interpretación armónica: Para establecer el sentido y alcance del precepto analizado en relación con las otras disposiciones de la ley como parte de un todo¹¹⁸.
- Lógico: mediante el que se trata de establecer la correspondencia entre la voluntad del legislador plasmado en un precepto y el caso concreto al que se pretende aplicar.¹¹⁹
- Causal Teleológico: para determinar las causas y los fines que tuvo el legislador para crear la norma.¹²⁰

117 INTERPRETACIÓN DE LA LEY. SI SU TEXTO ES OSCURO O INCOMPLETO Y NO BASTA EL EXAMEN GRAMATICAL, EL JUZGADOR PODRÁ UTILIZAR EL MÉTODO QUE CONFORME A SU CRITERIO SEA EL MÁS ADECUADO PARA RESOLVER EL CASO CONCRETO. Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Pleno, Novena Época, Tomo: XIX, Junio de 2004, Página: 234

118 INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL. AL FIJAR EL ALCANCE DE UN DETERMINADO PRECEPTO DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS DEBE ATENDERSE A LOS PRINCIPIOS ESTABLECIDOS EN ELLA, ARRIBANDO A UNA CONCLUSIÓN CONGRUENTE Y SISTEMÁTICA.. Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: XXIII, febrero de 2006, ppg. 25, tesis: P.XII/2006.

119 “REVISION EN CONTRA DE UNA SENTENCIA DICTADA EN AMPARO DIRECTO, POR INTERPRETACION DIRECTA DE UN PRECEPTO CONSTITUCIONAL. SOLO PROCEDE SI EN LA MISMA SE REALIZA UN ANALISIS GRAMATICAL, HISTORICO, LOGICO, SISTEMATICO O JURIDICO DEL MISMO” Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Jurisprudencia, Tercera Sala, Apéndice de 1995, Tomo VI, Parte SCJN, Página 314.

- Histórico: Para encontrar el sentido del precepto a interpretar mediante un análisis de los antecedentes legislativos del mismo.¹²¹
- Progresivo: con el cual se hace el estudio comparado de las condiciones jurídicas en el momento en que se realiza la interpretación y las que prevalecían cuando fue creada la norma en estudio.¹²²
- Genético Teleológico: que pretende conocer las causas que motivaron la reforma de la norma para establecer su sentido.

Ahora bien, aún cuando nuestro Tribunal Superior no haya sido muy consistente en emitir criterios de interpretación en base a las nuevas corrientes principalistas, sino limitándose a las arcaicas, ó llamados criterios clásicos de conformidad con Savigny,¹²³ no debemos pasar desapercibido que en los últimos años, han existido nuevos criterios con el ánimo de tendencias progresivas.¹²⁴

En virtud de lo anterior, al ser la nueva corriente en base a principios, la nueva tendencia del derecho Constitucional, al suponer que éstos solucionan la clase de

¹²⁰ ***“MILITARES. PARA RESOLVER SOBRE SU RETIRO DEL ACTIVO POR DETECCIÓN DEL VIH, DEBE ESTARSE A LA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA, CAUSAL TELEOLÓGICA Y POR PRINCIPIOS DE LOS DISPOSITIVOS CONSTITUCIONALES QUE PROTEGEN EL DERECHO A LA SALUD, A LA PERMANENCIA EN EL EMPLEO Y A LA NO DISCRIMINACIÓN”*** Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, Octubre 2004, Página 2363, Tesis: I.4º.A.438 A.

¹²¹ ***“INTERPRETACIÓN HISTÓRICA TRADICIONAL E HISTÓRICA PROGRESIVA DE LA CONSTITUCIÓN.”*** Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo: XI, Junio de 2000, Página 13.

¹²² ***“INSTITUCIONES DE CRÉDITO. ALCANCE DE LA RESTRICCIÓN DE SU CAPACIDAD PARA ADQUIRIR Y ADMINISTRAR BIENES RAÍCES PREVISTA EN LA FRACCIÓN V DEL ARTÍCULO 27 CONSTITUCIONAL (INTERPRETACIÓN PROGRESIVA).”*** Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo: XI, Junio 2000, Página 11, Tesis: P/J 60/2000.

¹²³ Es claro que Savigny no puede ser considerado un finalista para la teoría de la interpretación, pero es claro también que debe ser tenido por “principalista”, sin duda alguna. Se trata de un “principalismo” genérico y no teleológico: los principios que dan sentido a los institutos jurídicos no serán, para él, objetivos que el derecho pretende, sino supuestos de los que el derecho parte.

Manuel Aragón, La Interpretación de la Constitución, compendio de Interpretación Constitucional, Copilador: Eduardo Ferrer Mac-Gregor, Porrúa, México, 2005, Tomo I, pp. 37

¹²⁴ ***“SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 226, SEGUNDA CATEGORÍA, FRACCIÓN 45, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, QUE PREVE LA CAUSA LEGAL DE RETIRO POR INUTILIDAD BASADA EN LA SEROPOSITIVIDAD A LOS ANTICUERPOS CONTRA EL VIERUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH) VIOLA EL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”***

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9º época, Pleno, Tomo: XXVI, diciembre de 2007, pp. 12

conflictos que meramente las reglas jurídicas ortodoxas no logran¹²⁵, ya que la verdadera intención del autor del ordenamiento jurídico interpretado, sólo podrá encontrarse al hacer referencia a los valores y principios consagrados en él. Tal como lo sostiene Alexy, al señalar que: “*los principios deben ser los criterios de optimización del sistema jurídico*”.¹²⁶

En línea con lo anterior, resulta pertinente entrar al estudio de que sucede cuando dos mismos principios se contradicen, es decir, exista una colisión de principios que el derecho debe resolver, para lo cual tenemos el juicio de ponderación constitucional, aunque a veces se habla también de razonabilidad, proporcionalidad o interdicción arbitraria¹²⁷

9.- La interpretación de principios Antinómicos

En esta sección se expondrán las teorías que se han elaborado en base a los problemas argumentativos con los principios, es decir en especial, cuando existe colisión entre ellos. La respuesta a estos problemas recurre a vías argumentativas distintas a las tradicionales, llámese: la razonabilidad, la teoría del contenido esencial ó la aplicación del principio de proporcionalidad ó juicio de ponderación¹²⁸. Este último, será el tema de la presente investigación, y no porqué los demás no sean importantes o trascendentes, sino por el alto contenido doctrinal y práctico de ésta, ya que en él se consideran imparcialmente los aspectos contrapuestos de una cuestión así como el equilibrio entre el peso de dos cosas.¹²⁹

¹²⁵ Cárdenas, Jaime, *op. cit.*, nota 36, p. 117.

¹²⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, nota 67, pp. 81-172.

¹²⁷ Prieto Sanchís, Luis, *El juicio de Ponderación Constitucional*, Madrid, Laporta, p. 232.

¹²⁸ Cárdenas, Jaime, *op. cit.* nota 36, p. 125.

¹²⁹ Prieto, Sanchís, Luis, *op. cit.* nota 125, p. 232.

A) Juicio de ponderación.

La ponderación es la forma en que se aplican los principios jurídicos, es decir, las normas que tienen la estructura de mandatos de optimización. Estas normas no determinan exactamente lo que debe hacerse, sino que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes¹³⁰. Las posibilidades jurídicas están determinadas por los principios y reglas opuestas, y las posibilidades reales se derivan de enunciados fácticos¹³¹. En sí, podemos concluir que ponderar es buscar la mejor decisión, (mejor sentencia) cuando en la argumentación concurren razones justificatorias conflictivas y del mismo valor.¹³²

Tal como lo señala el autor Carlos Bernal Pulido, *“para establece esa mayor medida posible en que debe realizarse un principio, es necesario confrontarlo con los principios opuestos o con los principios que respaldan a las reglas opuestas”* Al concluir lo anterior, en una colisión de principios¹³³

Existe una colisión de principios cuando en un caso concreto, son relevantes dos o más disposiciones jurídicas, que fundamentan *prima facie* dos normas incompatibles entre sí, y que pueden ser opuestas como soluciones para el caso.

En ese sentido y siguiendo con la teoría, la ponderación es la forma de resolver esta incompatibilidad entre normas *prima facie*¹³⁴. Para tal fin la ponderación no garantiza una articulación sistemática de todos los principios jurídicos, que garantiza las posibilidades de colisión, sino por el contrario, es sólo una estructura — al igual que el primitivo silogismo— que esta compuesta por tres elementos, mediante los cuales se puede fundamentar una relación de precedencia condicionada entre los principios de colisión, para así establecer cual

¹³⁰ Alexy, Robert, *op. cit.* nota 67, pp. 86 y 87.

¹³¹ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.* nota 71, pp. 225 y 226.

¹³² Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.*, nota 125, p. 233.

¹³³ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.* nota 71, p. 227.

¹³⁴ Sánchez González, Santiago, *op. cit.*, nota 74, p. 354 .

de ellos debe determinar la solución al caso concreto¹³⁵. Resulta importante precisar que para efectos de la presente investigación únicamente hablaremos de la aplicación del principio de ponderación, sólo en relación con los derechos fundamentales y su enfrentamiento con medidas legislativas.

El uso del juicio de ponderación puede fundarse en: (i) diversas disposiciones constitucionales que lo impliquen o establezcan, más o menos expresamente (ii) la propia naturaleza y estructura de los derechos fundamentales (iii) el principio de Estado Constitucional democrático y las prohibiciones de arbitrariedad y exceso que a éste son inherentes.¹³⁶ En todo caso, se apoyaría en las directivas de interpretación, que ordenan dar a las disposiciones constitucionales la máxima

efectividad real posible — como en el caso Mexicano el artículo 16 Constitucional que prevé la garantía de legalidad — optimizando las posiciones jurídicas colidentes a las que se adscriben, e interpretarlas sistemáticamente como una unidad normativa¹³⁷. A manera de ejemplo, podemos citar la máxima posición dada a conocer por el Tribunal Constitucional Federal Alemán, que a tenor señala:

“El principio de proporcionalidad tiene rango constitucional en la República Federal de Alemania. Resulta del principio de Estado de Derecho y también en razón de la esencia misma de los derechos fundamentales que son expresión de una pretensión general de libertad de los ciudadanos frente al Estado, cuya restricción por el poder público sólo se permite en tanto se impescindible para la protección de un interés público.”

Asimismo, tenemos en Italia el denominado *Bilanciamento* de los intereses y de los principios constitucionales, el cual se inscribe en el postulado de la

¹³⁵ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.* nota 71, p. 227.

¹³⁶ Bernal Pulido, Carlos, *El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p. 568

¹³⁷ *Ibidem*, pp. 46-53.

ragionevolezza, o razonabilidad¹³⁸, que, a su vez, nace del principio de igualdad y se comenzó a utilizar en los años 1957 y 1958, como criterio para enjuiciar el porqué de tratamientos legislativos distintos de otros cuando se trataba de regular materiales similares. El *bilanciamento* representa la ulterior y última evolución del juicio de razonabilidad en cuanto que afecta no ya directamente a las leyes ordinarias, sino a la solución de conflictos entre valores constitucionales en el momento de su concreción. Del juicio de igualdad al *bilanciamento* de intereses se percibe el paso de una técnica de juicio de tipo interpretativo a una de tipo no interpretativo, ó exclusivamente argumentativo. El *bilanciamento* es una forma de decidir, que no deriva de un silogismo jurídico, sino que esta dirigido a formular juicios de valor que son necesarios para seleccionar las premisas del silogismo mismo. Aquí la razonabilidad, alcanza el máximo de independencia de las funciones aplicativas propias de un Juez. Es ponderación. Ya no es subsunción¹³⁹.

A manera más doctrinal, la estructura del juicio de ponderación tiene tres elementos según Alexy: La Ley de Ponderación, la formula del peso y las cargas de argumentación. En ese sentido, tenemos que la ley de ponderación puede dividirse en tres pasos claramente: En el primer paso es preciso definir el grado de la no satisfacción o de afectación de uno de los principios. Luego en un segundo paso, se define la importancia de la satisfacción del principio que juega en sentido contrario. Finalmente en el tercero, debe definirse si la importancia de la satisfacción del principio contrario justifica la afectación o la no satisfacción del otro¹⁴⁰.

¹³⁸ En este sentido, Anna Moscarini, P. EJ., escribe: “Prevalece entre los Jueces Italianos la tendencia a asimilar la cuestión del *bilanciamento* en una perspectiva de interpretación de las disposiciones constitucionales y ha hacer de ella una modalidad del control de la razonabilidad. Vease en: Sánchez González, Santiago, De la Imponderable Ponderación y Otras Artes del Tribunal Constitucional, Teoría y realidad Constitucional, ISSN 1139-5583, No. 12-13, 2003, p. 360.

¹³⁹ Sánchez González, Santiago, *op. cit.* nota 74, p. 361.

¹⁴⁰ Bernal Pulido, Carlos, *op. cit.* nota 71, pp. 227.

En ese sentido, el juicio de ponderación cuenta con tres subprincipios¹⁴¹ los cuales son los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu*, mismos que funcionan para determinar si una medida legislativa interviene en un derecho fundamental legítimamente, al establecer si lo hace de un modo excesivo, respecto de la imprescindible satisfacción de un fin constitucionalmente lícito. Por lo que para estimar como lícita una medida legislativa, ésta tiene que aprobar el examen de cada uno de los criterios relativos a todos los indicados subprincipios, ya que basta que repruebe alguno para tenerla por ilegítima.¹⁴²

A mayor abundamiento podemos definir que la *idoneidad* significa una medida legislativa que intervenga en un derecho fundamental, por lo cual se promueve un fin constitucionalmente legítimo apoyado sobre otro principio fundamental, que de algún modo contribuya a lograr ese fin; *la necesidad*, consiste en que dicha medida sea la menos perjudicial para el derecho intervenido, entre todas las que satisfagan el fin perseguido en igual medida; y la *proporcionalidad* que el beneficio obtenido por el bien tutelado por el principio impulsado de la intervención de un derecho fundamental, justifique ésta por ser de igual o mayor intensidad, de acuerdo con la valoración de ambos dentro del sistema constitucional.¹⁴³

Así las cosas, los criterios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad *stricto sensu* son elementos que determinan la licitud de una medida intervenida en un derecho fundamental¹⁴⁴, porque todas expresan un conjunto de condiciones de racionalidad que toda medida estatal debe cumplir,¹⁴⁵ convirtiéndose entonces en una limitante Constitucional que debe respetar el legislador y los demás operadores; de modo que, podríamos decir que cada uno de los mencionados subprincipios representa un aspecto especial de la ponderación, de una “justa

¹⁴¹ Prieto Sanchís, Luis, *op. cit.* nota 42, p. 232.

¹⁴² Sánchez Gil, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2007, p. 39.

¹⁴³ Bernal Pulido, Calos, *op. cit.* nota 134, p. 759

¹⁴⁴ Cárdenas, Jaime, *op. cit.* nota 36, p. 150.

¹⁴⁵ Bernal Pulido, Calos, *op. cit.*, nota 134 p. 537.

medida”¹⁴⁶ entre objetos diversos, para que uno afecte al otro, sólo en medida indispensable

En ese sentido, puede afirmarse que el examen del juicio de ponderación, es un instrumento metodológico para formular una regla precisa, cuya hipótesis son las circunstancias del caso concreto, con la consecuencia jurídica de preferirse aplicar condicionalmente, las consecuencias jurídicas de una de las normas Constitucionales colidentes, para que ésta rija al caso; como lo expone Alexy al hablar de la Ley de Colisión¹⁴⁷.

Asimismo, es importante precisar que el juicio de ponderación, aún cuando debería utilizarse como una técnica, éste indica de modo vago e incierto y pretendidamente neutral, un complejo, toda vez que aún en nuestros tiempos, no existe una sistematización ni codificación de los medios de valuación y de argumentación, teniendo como resultado, que los rasgos comunes de la ponderación, sean mayormente el de no ser reconducibles al razonamiento jurídico tradicional, es decir, que sirve para indicar y reunir una formula unitaria, bajo el aspecto nominal, pero no bajo conceptual, todos los casos en los cuales los procedimientos que conciben a las decisiones de los Jueces, no siguen el recorrido clásico sologístico-deductivo.

No obstante a lo anterior, concluimos que el principio de proporcionalidad, no opera en el vacío, sino en la aplicación de un parámetro Constitucional, es decir, en la optimización de los derechos fundamentales, que en México podríamos intuir que se refuerza con la exigencia de que la intervención legislativa o judicial en ella, sea debidamente motivada, tal como lo contempla el artículo 16 de nuestra Carta Magna.

¹⁴⁶ Sánchez Gil, Rubén, *op. cit.*, nota 140, p. 89.

¹⁴⁷ Alexy, Robert, *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003, p.100.

CAPÍTULO II.- PANORAMA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, RESPECTO A LA RECEPCIÓN DE PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES.

1.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación como Tribunal Constitucional

La evolución de nuestra Suprema Corte en relación con el control de la Constitucionalidad, se puede concretar hasta hoy en tres puntos básicos:

(i) se ha emancipado a la Corte del conocimiento forzoso y directo de asuntos ordinarios y de legalidad, dejándole, en cambio, los asuntos de mayor importancia y trascendencia dentro de los que sobresalen, por antonomasia, los de constitucionalidad — 1.- Juicio Político, 2.- Facultad investigadora de la SCJN, 3.- Controversia Constitucional 4.- Acción inconstitucional 5.- Juicio Amparo 6.- El juicio político para la protección de los derechos políticos-electorales 7.- El juicio de revisión constitucional electoral 8.- El Ombudsman, por parte de la Comisión de Derechos Humanos.—

(ii) se ha otorgado a la Corte una muy amplia facultad discrecional en varios aspectos — facultad de atracción, admisión del recurso de revisión entre otros— que le permiten conocer de los asuntos más importantes o adscribir a los tribunales colegiados de circuito los que no lo son.

(iii) la deducción que parece más importante es el propósito que se desprende de la serie de transformaciones hechas por el Constituyente, de dotar a la Corte de la voz termina, de la última palabra que unifique el criterio jurídico nacional.¹⁴⁸

¹⁴⁸ Díaz Romero, Juan, *Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, “Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, La Ciencia del Derecho Procesal” Tomo II, Tribunales Constitucionales y Democracia, Comp. Ferrer McGregos y Zaldivar Lelo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, México, pp. 204

En esa tesitura podríamos concluir que nuestra Corte efectivamente tiene el papel de Tribunal Constitucional en nuestro Estado, sin embargo, un punto de vista distinto niega el papel de Tribunal Constitucional, toda vez que nuestro Máximo Tribunal tiene residuos de competencia ordinaria y legal, lo que impide ser reconocido como constitucional¹⁴⁹, además de no estar constituido como un cuarto poder, es decir, nuestra Corte depende del Poder Judicial y no así como en otros países, la creación de un nuevo poder dotado de revisar únicamente la Constitucionalidad de los actos.¹⁵⁰

Bajo esa tesitura, y reconociendo los diferentes puntos doctrinarios en relación a las funciones de nuestra Corte como Tribunal Constitucional, para efectos de la presente investigación, y toda vez que se llevará a cabo un estudio de interpretación Constitucional de nuestro Máximo Tribunal, revestiremos a nuestra Corte como un verdadero Tribunal Constitucional.

2.- Aplicabilidad de principios, reglas y valores, a partir de la novena época.

Resulta evidente que a partir de la novena época, es decir en especial a partir de la reforma de 1994 donde se le confiere a nuestra Corte la idea de “Tribunal Constitucional”¹⁵¹, nuestro Máximo Tribunal ha explicitado formas nuevas de

¹⁴⁹ Fix-Zamudio, Hector, en el prólogo del libro *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamerica*, autor: Ferrer McGregor Eduardo, pp. 23

¹⁵⁰ Cabe destacar lo mencionado por el Magistrado del Tribunal Constitucional Español Don Manuel Aragón Reyes, cuando en agosto del 2006 establece lo siguiente:

“La Suprema Corte de México tiene una ventaja que no convendría que desaprovecharan ustedes: no tiene dos jurisdicciones que, aunque hoy estén interconectadas y no están separadas no obstante, crean problemas de conflicto y de roce. En España ha ocurrido así con el Tribunal Supremo; en Colombia ocurre también en algunas ocasiones con la Suprema Corte. Ustedes tienen una situación que nosotros no teníamos en 1978; una Corte que ya está ejerciendo muy bien funciones constitucionales, de Tribunal Constitucional. Es mejor aprovechar, pues lo que se tiene, que no crear una dualidad de jurisdicciones que pueden ytaer consigo problemas de interexión, por no hablar también de problemas que podrían surgir de una diferente composición. Ustedes son un Tribunal Constitucional sin ninguna duda. ¿Qué puede la Suprema Corte, ser más Tribunal Constitucional?, evidentemente. Este quizá, sería el mejor camino.

¹⁵¹ La reforma Constitucional de diciembre de 1994 dotó al Poder Judicial de la Federación de nuevas atribuciones y estructura. La Ley Reglamentaria del artículo 105 Constitucional y la nueva Ley Orgánica se han encargado de desarrollarlas, al encargarse ahora de resolver acciones de inconstitucionalidad y controversias de constitucionalidad se amplía su ámbito jurisdiccional. Sin embargo, existe una amplia doctrina y critica a si verdaderamente cumple con las características de un Tribunal Constitucional.

representación de la Constitución, razonamientos ó interpretación¹⁵², por lo que se ha pretendido construir una nueva teoría Constitucional¹⁵³, toda vez que los asuntos resultan mas novedosos y de difícil solución. En ese sentido nuestra Corte ha llevado a la práctica el Estado Constitucional, al que hacen mención, entre otros, los autores Ferrajoli, Haberle y Zagrebelsky.

Sin embargo, resulta importante precisar que hasta poco después de la novena época, nuestra Corte comienza a intentar realizar una verdadera teoría constitucional. Toda vez que tal como lo señala el Ministro José Ramón Cossío en su obra la Teoría Constitucional de la Suprema Corte. En México, no contamos con una teoría Constitucional, ni la práctica o los criterios para comenzar a formarla, explicando que ésta ausencia, se debe a una diversidad de factores, entre ellos, la explicación constitucional construida para sostener la dominación priísta.¹⁵⁴

Sin quitarle merito a lo anterior, ahora nos encontramos con una Suprema Corte, que en su jurisprudencia se inclina y resuelve en base a los valores constitucionales e incluso llega a prever — aún de manera vaga e imprecisa — un sistema de valores establecidos por la Ley Fundamental¹⁵⁵. A manera de ejemplo podemos citar la Controversia Constitucional del caso que planteó el Municipio de Texmico en contra de la reforma a la Ley de División Territorial del Estado de Morelos¹⁵⁶. Resolución en la cual, la Corte precisó que el texto

¹⁵² Cossío, José Ramón, “La Teoría Constitucional de la Suprema Corte de Justicia”, *Doctrina Jurídica Contemporánea*, México, p. 141.

¹⁵³ Entendiendo teoría constitucional como: (i) determinar los supuestos de la Constitución (ii) precisar los papeles que éstas deben cumplir (iii) determinar sus contenidos (iv) fijar el entendimiento de sus preceptos a través de la postulación de diversos metodos de interpretación (v) señalar las formas en que debe darse su dinamica (vi) contar con un elemento de contraste hacia la práctica Constitucional (vii) indicar los limites de las reformas que se puedan llevar a cabo y (viii) precisar sus formas de terminación y las consecuencias de ello. Vease Cossío, José Ramón, “La Teoría Constitucional de la Suprema Corte de Justicia”, *Doctrina Jurídica Contemporánea*, México, p. 215.

¹⁵⁴ *Ibidem*, p. 227.

¹⁵⁵ *Ibidem*, pp.170-171.

¹⁵⁶ Pleno, Controversia Constitucional 31/97, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª época, Tesis XI, enero de 2000 **“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LA FINALIDAD DEL CONTROL DE LA REGULARIDAD CONSTITUCIONAL A CARGO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA**

constitucional refleja un sistema de valores, cuya actualización e integración corresponde al órgano de control constitucional, Concluyendo que los entes públicos pueden ser portadores de garantías individuales, mismas que pueden llegar a ser violadas por algún otro poder. Criterio que resulta trascendente, toda vez que se otorga a poderes públicos, como el caso de un Municipio, la protección constitucional de la garantía de seguridad jurídica consagrada en nuestra Carta Magna.

En ese sentido, podemos deducir que en la última década, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, concibe a las normas constitucionales como protectoras y promotoras de un sistema objetivo de valores que le permite tener a éstos —valores constitucionales— como criterios básicos para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación ¹⁵⁷

En línea con lo anterior, la dimensión axiología del texto constitucional en particular de los derechos fundamentales, no sólo ha sido considerada por nuestra Suprema Corte, sino ha permeado de igual forma a los Tribunales Colegiados de Circuito y al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación; Tan es así, que el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa ¹⁵⁸, entre

DE LA NACIÓN INCLUYE TAMBIÉN DE MANERA RELEVANTE EL BIENESTAR DE LA PERSONA HUMANA SUJETA AL IMPERIO DE LOS ENTES U ÓRGANOS DE PODER”.

¹⁵⁷ **“IGUALDAD LIMITES A ESTE PRINCIPIOS”.** Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9 época, t. XX, octubre 2004 tesis 1ª/J. 81/2004 p.99.

¹⁵⁸ El magistrado Jean Claude Trom Petit, ha realizado un exitoso estudio de nuevas tendencias neoconstitucionalistas al momento de llevar a cabo su argumentación judicial. Cabe destacar entre otras, las tesis:

“PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA” Visible en: SJFG, Tomo: XXI, Febrero de 2005, **“JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN SOBRE CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES. EL TRIBUNAL FEDERAL DE JUSTICIA FISCAL Y ADMINISTRATIVA SE ENCUENTRA OBLIGADO A APLICARLA CUANDO ANALICE LA LEGALIDAD DE UN ACTO OPUESTO A LOS VALORES, PRINCIPIOS Y REGLAS DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”.** Visible en: SJFG, Tribunales Colegiados, Tomo: XXI; Abril de 2005, Página: 1430, Tesis: I.4oA.469.A. **“CONCEPTOS JURÍDICOS INDETERMINADOS. LA FORMA DE ACTUALIZARLOS AL CASO CONCRETO EXIGE UN PROCESO ARGUMENTATIVO QUE DEBE REDUCIR LA DISCRECIONALIDAD Y LAS APRECIACIONES SUBJETIVAS, ELIMINANDO LA ARBITRARIEDAD.”** Visible en: SJFG, Tesis Aislada, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: XXII, Septiembre de 2005. **“SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, DEBE NEGARSE CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS**

varias resoluciones similares, ha emitido opinión respecto a la óptima aplicación del derecho, al establecer de manera textual lo siguiente: *“los principios son postulados, que persiguen la realización de algo como expresión directa de los valores incorporados al sistema jurídico, debe aplicarse en la mayor medida posible, en virtud de que las reglas (contenidas regularmente en las leyes) son enunciado que tienden a lograr la aplicación de principios y valores a los casos concretos, y por tanto, de menor abstracción que éstos.* ¹⁵⁹

De lo anterior podemos concluir, que los principios constitucionales están llamados a regir en todos los campos jurídicos en los que tengan alguna relevancia, y servir de criterio para la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico, con lo que se ocasiona el llamado *efecto irradiación*, consistente en que las normas tengan un efecto de irradiación en todo el ordenamiento jurídico, que produce su constitucionalización, fundado en su carácter de elementos jurídicos básicos de todo el ordenamiento. Este fenómeno se produce en especial, a través de dos figuras clave de la dogmática Constitucional de nuestro tiempo, las cuales son: 1.- la interpretación Conforme a la Constitución¹⁶⁰ y la directa eficacia (horizontal) de los derechos fundamentales entre los particulares, ampliamente conocida bajo su denominación alemana *“Drittwirkung”*¹⁶¹

MONOPÓLICAS, PUES EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD PREVALECE Y ES PREFERENTE AL DERECHO DE LA QUEJOSA A LA CONFIDENCIALIDAD DE SUS DATOS” Visible en: SJFG, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: XXVI, Julio de 2007, Página 2717.

¹⁵⁹ ***“PRINCIPIOS Y VALORES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN. DEBE ATENDERSE A ELLOS CUANDO LAS LEYES SON INSUFICIENTES PARA RESOLVER UNA CONTROVERSI”***. Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9ª Epoca, T. XX, Septiembre 2004, tesis: I.4º.A,439 p. 1836

¹⁶⁰ ***“INTERPRETACIÓN CONFORME EN ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, CUANDO UNA NORMA ADMITA VARIAS INTERPRETACIONES DEBE PREFERIRSE LA COMPATIBLE CON LA CONSTITUCIÓN”***, Pleno, 9 época, tesis IV 2008, Acción de inconstitucionalidad 27/2005.

¹⁶¹ La Suprema Corte de Justicia ha sentando precedentes en el sentido de que las garantías individuales indudablemente imponen deberes a los particulares frente a otros, a los que con mayor razón el Estado deba respetar. ***“ARTÍCULO 14 CONSTITUCIONAL. DEBE SER RESPETADO NO SÓLO POR LAS AUTORIDADES , SINO TAMBIÉN POR LOS PARTICULARES. FERROCARRILES”*** Cuarta Sala, 6 época, Vol. LXIX, quinta parte, pp.10 Lo anterior, aún cuando no existe en la práctica judicial de manera palpable, la regulación propia de medios de defensa que protejan dichas violaciones entre particulares, ya que en la Ley de Amparo, se establece textualmente que dicho Juicio únicamente procede contra actos de autoridad.

La optimización de los derechos fundamentales, refiriéndonos a Alexy, utilizada últimamente por nuestra Corte, no tiene aún una clara tendencia pragmática y en innumerables ocasiones confunde y mantiene distintas reflexiones y criterios respecto a un mismo hecho. Tan es así, que basta observar lo manifestado por la Primera Sala de nuestro Máximo Tribunal, al señalar que el principio genérico de igualdad es uno de los valores superiores del ordenamiento jurídico; lo que significa que ha de servir de criterio básico para la producción normativa y su posterior interpretación y aplicación¹⁶². Por otra parte, ha llegado a afirmar la existencia de una escala de valores de la jerarquía normativa constitucional¹⁶³.

Contrario a lo anterior, el Pleno de nuestra Corte ha opinado que la Carta Magna, no tiene ni puede tener contradicciones, de manera que, siendo todos sus preceptos de igual jerarquía, ninguno de ellos prevalece sobre los demás¹⁶⁴. Nótese que en el criterio anteriormente señalado, la Suprema Corte se refirió a todos los preceptos constitucionales y no sólo a las garantías individuales. Lo que equivaldría a sostener una irracionalidad, al asumir que los derechos fundamentales no se encuentran por encima de todos los preceptos constitucionales.

Al respecto y con el fin de comparar lo realizado por otras jurisdicciones¹⁶⁵, tenemos que el Tribunal Constitucional Español, en su sentencia dictada el 17 de febrero de 1987 afirmó lo siguiente: *“Así, el artículo 1º.1 menciona la igualdad junto con la libertad, la justicia y el pluralismo político como uno de los valores superiores del Ordenamiento Jurídico”*¹⁶⁶ Asimismo, destaca en otra sentencia lo siguiente: *“Entre los valores que incorporara la Constitución hay que destacar,*

¹⁶² **IGUALDAD. LIMITES A ESTE PRINCIPIO.** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9 época, octubre de 2004, tesis 1ª./J. 81/2004, pp. 99

¹⁶³ **DEFENSA, GARANTÍA DE. ES DE MAYOR RANGO AXIOLÓGICO QUE LA DE OBTENCIÓN DE UNA SENTENCIA EN BREVE LAPSO.** Segundo Tribunal Colegiado en Materia Penal del Séptimo Circuito, Apéndice al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, t. II, tesis 24, pp.43

¹⁶⁴ **CONSTITUCIÓN FEDERAL. SUS ESTATUTOS NO PUEDEN CONTRADICTORIOS ENTRE SÍ.** Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 7 época, Vol 39,p.22.

¹⁶⁵ González Rivas, Juan José, *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, España, Thomson Civitas, 2005, p. 236.

¹⁶⁶ Tribunal Constitucional Español. Sentencia 665/1984

*muy singularmente, como fundamento del orden político y de la paz social, la libertad de la persona, los derechos inviolables que le son inherentes, el libre desarrollo de la personalidad y el respeto a la Ley y a los derechos de los demás. Por ello, dada su trascendencia, la norma fundamental otorga una protección especial a los denominados Derechos Fundamentales y Libertades Pública...*¹⁶⁷

A nuestra consideración resulta erróneo considerar que no existen derechos constitucionales absolutos, ya que si pensamos que la vida de las personas, en concreto cuando se ha constitucionalizado como derecho fundamental, sí debe tomarse en cuenta como prioritario. Pero también deben considerarse, tal como lo ha reconocido el Tribunal Constitucional Español en la STC 151/1997, el derecho a no ser torturado ó la libertad de pensamiento. En línea con lo expuesto, los derechos fundamentales, deberán ser siempre prioritarios, siempre que su ejercicio se mantenga dentro de los umbrales del respectivo alcance de cobertura; si se traspasan aquellos, ello supone un abuso, exceso o extralimitación que no constituye ya ejercicio del derecho en cuestión.¹⁶⁸

Por tanto, olvidándonos un poco de lo sustentado por la Primera Sala de nuestra Suprema Corte, así como de lo dispuesto por el Tribunal Constitucional Español, en el sentido de otorgar un valor supremo al principio de igualdad inmerso en nuestra Constitución; Y retomando lo señalado por el Pleno de nuestra Máximo Tribunal, en el sentido de que los valores constitucionales deben considerarse en el mismo rango por la inconveniencia y dificultades de establecer y mantener su jerarquía monolítica, debemos entonces, determinar que en los caos en que se opongan los sentidos normativos, los derechos fundamentales y otros principios, la prevalecía de alguno de ellos resultará de una valoración que, lejos de referirse a su rígida y absoluta ordenación, tome en cuenta las particularidades fácticas en las cuales se enfrentan, es decir, la aplicación del juicio de ponderación al que hemos hecho referencia en capítulos anteriores.

¹⁶⁷ Tribunal Constitucional Español. Sentencia 18/1981

¹⁶⁸ Sánchez González, Santiago, *op. cit.*, nota 74, p. 376.

3.- Recepción del Juicio de Ponderación por la Corte —Análisis comparativo con otras Legislaciones—

Lentamente y no siempre de la manera más adecuada, la Corte ha comenzado a utilizar el juicio de ponderación en su práctica judicial. Aunque en la mayoría de los casos con una completa falta de sofisticación argumentativa, en particular cuando se refiere a derechos fundamentales, ya que es bien sabido que la interpretación de los principios es distinta — por no decir compleja — a la interpretación de las reglas. Por lo que en el caso que nos ocupa, se requiere un esfuerzo extra, en términos interpretativos, que nuestra Corte no ha manifestado.

En la función práctica, podemos citar como pionero del juicio de ponderación, lo realizado bajo el Common Law Estadounidense. A manera de ejemplo, tenemos lo que expresamente sentó un Magistrado del Tribunal Supremo norteamericano, Harlan Fiske Stone, en el año de 1936, al mencionar las bases para el empleo de la ponderación como método de interpretación y aplicación del derecho, al señalar lo siguiente *“Expresaré sucintamente, la que considero la tendencia resultante de nuestro pensamiento legal. Estamos percibiendo cada vez de forma más completa que el derecho no es un fin en si mismo, sino un instrumento para la protección y el control adecuado de aquellos intereses, sociales y económicos, que son de la incumbencia del gobierno y, por lo tanto, del derecho; que ese propósito debe alcanzarse mediante el acomodo razonable del derecho a las cambiantes necesidades económicas y sociales, sopesándolas con la necesidad de continuidad de nuestro sistema legal y con la experiencia anterior de la que han nacido sus precedentes; que dentro de los límites existentes entre el mandato de las leyes de una parte, y las restricciones de precedentes y doctrinas considerados vinculantes, de la otra, el juez tiene libertad de elegir la norma que aplica, y que su elección dependerá justamente de los pesos relativos de la balanza del juicio a favor de una norma en vez de otra. En este ámbito el Juez*

*desempeña esencialmente la función del legislador, y en un sentido real, elabora derecho*¹⁶⁹

Contrario a lo anterior, situado en el año 1936, el primer precedente de la nuestra Corte Mexicana, mediante el cual se contempla un poco de lo que hemos estudiado cómo juicio de ponderación, data del año 1996, refiriéndose al tema tan analizado y complejo de la equidad tributaria. En este tema, el Pleno sostuvo que las diferencias legislativas para ser lícitas deben ser adecuadas y proporcionadas de manera que la relación entre la medida adoptada, el resultado que produce y el fin pretendido por el legislador, superen el juicio de equilibrio en sede Constitucional.¹⁷⁰ Sin embargo, en dicha sentencia, la Corte no analiza detalladamente y de conformidad con la técnica doctrinaria que contiene el juicio de ponderación, un eficaz pronunciamiento argumentativo al respecto.

Asimismo, existen sendas de asuntos resuelto por nuestro Máximo Tribunal, en los cuales pueden encontrarse algunas nociones de lo que es el juicio de ponderación, es decir, diversos ejemplos de presunta aplicación de dicho juicio — en la mayoría realizado tácitamente —¹⁷¹ y en los que hace mención a los

¹⁶⁹ The common Law in the United States, Harvard Law Review, Vol. 50, N.1, 1936, pag. 20, Harlan F. Stone fue Magistrado del Tribunal Supremo entre 1905 y 1936.

¹⁷⁰ **EQUIDAD TRIBUTARIA. SUS ELEMENTOS.** Apéndice al Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, tomo I, tesis 198, p. 240.

¹⁷¹ **LEY GENERAL DE SALUD. EL ARTÍCULO 227, PÁRRAFO TERCERO, EN VIGOR A PARTIR DEL 20 DE ENERO DE 2004, QUE PROHIBE LA VENTA DE CIGARROS EN FARMACIAS, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD DE COMERCIO**” Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9 época, t. XXI, abril de 2005, pp. 276.

“MEDIDAS DE EXONERACIÓN EN MATERIA FISCAL. SU PRÓPOSITO DEBE RESPONDER A UN RELEVANTE INTERÉS SOCIAL O ECONOMICO NACIONAL, Y ATENDER AL PRINCIPIO DE IGUALDAD”. Primera Sala, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9 época, t. XXII, noviembre de 2005, pp. 41

“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 4 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo: XVIII, agosto de 2003, tesis: P.IX/2003, Página 54.

“GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN PÓLITICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS”

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9 época, Primera Sala, Tomo: XXV, abril de 2007, tesis 1ª/J. 42/2007.

subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad. Sin embargo, no siguen una teoría argumentativa, es decir, no llevan una metodología en su aplicación ni un desarrollo sustancial de cada uno de los principios, ya que, se conforma nuestra Máximo Tribunal, con argumentar sólo alguno de los subprincipios de una manera vaga e imprecisa y no darle una metodología adecuada con el afán de construir una teoría constitucional al respecto.¹⁷²

A manera de ejemplo, tenemos el caso de la Ley General de Salud, que prohibía la venta de cigarrillos en farmacias. En dicha sentencia, la Corte se limita a establecer que no están justificados los motivos del Legislador para considerar que la prohibición de cigarrillos en las farmacias, pone en riesgo la salud de los individuos, toda vez que no explica el porqué sí pueden venderse en cualquier otro establecimiento comercial. Concluyendo nuestro Máximo Tribunal, por resolver la inconstitucionalidad de dicha prohibición.

De lo anterior se desprende, que aún cuando la Corte haya intentando llevar a cabo un juicio de ponderación entre principios Constitucionales —el Principio de libre comercio vs. El derecho a la protección de la salud— resulta vago e impreciso y en consecuencia, no puede considerarse como un verdadero juicio de ponderación, el llevado a cabo por la Corte, ya que lo realizado por ese Tribunal resulta ineficaz y fuera de contexto, toda vez que se limita al tradicional criterio ortodoxo y erróneo, por el cual los actos legislativos encuentran justificación en la

Una sentencia sin precedentes, toda vez que es mediante la cual por primera vez se acredita un completo entendimiento argumentativo, tanto de estudio como de comprensión, del juicio de ponderación. **“SEGURIDAD SOCIAL PARA LAS FUERZAS ARMADAS MEXICANAS. EL ARTÍCULO 226, SEGUNDA CATEGORÍA, FRACCIÓN 45, DE LA LEY DEL INSTITUTO RELATIVO, QUE PREVE LA CAUSA LEGAL DE RETIRO POR INUTILIDAD BASADA EN LA SEROPOSITIVIDAD A LOS ANTICUERPOS CONTRA EL VIERUS DE LA INMUNODEFICIENCIA HUMANA (VIH) VIOLA EL ARTÍCULO 1º DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL”**

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, 9º época, Pleno, Tomo: XXVI, diciembre de 2007, p. 12

Y por otra parte: y también haciendo alusión al juicio de ponderación. **“IGUALDAD. CRITERIOS PARA DETERMINAR SI EL LEGISLADOR RESPETA ESTE PRINCIPIO CONSTITUCIONAL”**. Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo: XXIV, Septiembre de 2006, tesis: 1ª/J 55/2006, p. 75

¹⁷² Lo anterior, resulta evidente al analizar en el capítulo III de la presente investigación, la sentencia 113/2001.

opinión del legislador, consistente en expresar algún fin lícito a sus disposiciones ó a alguna teleología legítima, para que erróneamente se le pueda tener por Constitucionalmente correcto dicho ordenamiento.

Es importante señalar que en el sistema jurídico mexicano, el juicio de ponderación puede deducirse del Texto Supremo, básicamente como exigencia del principio de legalidad; es decir, de la prohibición constitucional que le exige al legislador, no actuar en exceso de poder o de manera arbitraria. 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)¹⁷³

Aunado a lo anterior, existen criterios en los que se va forjando las consideraciones al juicio de ponderación por nuestros Tribunales Colegiados, tan es así, que el Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito¹⁷⁴, ha enfatizado en realizar una ponderación de valores que están en juego en cada caso concreto para así establecer una relación proporcional entre ellos, con el fin de que tengan eficacia todos, aún cuando alguno deba ceder en cierto grado en función de otro, pues la coexistencia de valores y principios que conforman la Norma Suprema, exige que cada uno se asuma con carácter no

¹⁷³ Ejecutoría del Amparo en Revisión 307/2007, resuelto por el pleno de la SCJN en sesión del 25 de agosto del 2006.

¹⁷⁴ **“SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. CONFORME A LA TEORÍA DE PONDERACIÓN DE PRINCIPIOS, DEBE NEGARSE CONTRA LOS REQUERIMIENTOS DE INFORMACIÓN Y DOCUMENTACIÓN FORMULADOS POR LA COMISIÓN FEDERAL DE COMPETENCIA EN EL PROCEDIMIENTO DE INVESTIGACIÓN DE PRÁCTICAS MONOPÓLICAS, PUES EL INTERÉS DE LA SOCIEDAD PREVALECE Y ES PREFERENTE AL DERECHO DE LA QUEJOSA A LA CONFIDENCIALIDAD DE SUS DATOS”** Visible en: SJFG, Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tomo: XXVI, Julio de 2007, Página 2717.

absoluto, compatible con aquellos otros que también fueron considerados por el Constituyente.¹⁷⁵

Bajo esa tesitura, tenemos que contrario a lo realizado por nuestra Corte, —sin quitarle mérito a las contadas actuaciones antes señaladas— el Tribunal Constitucional Español utiliza el juicio de ponderación, como uno de los criterios hermenéuticos que con mayor frecuencia esgrime, básicamente en el ámbito de los derechos fundamentales, como límite a la incidencia de los poderes públicos en su esfera de protección.¹⁷⁶ Sin limitarse únicamente a interpretar o desarrollar la opinión o motivos del legislador, tal como lo realiza nuestro Máximo Tribunal.

Tan es así, que en el auto 375/83 emitido por el Tribunal en comento, se encuentra un párrafo en el que la referencia o ponderación, se sitúa como un componente básico de argumentación para el Juzgador, al establecer el Tribunal lo siguiente: *“Todo bien o valor constitucionalmente reconocido, puede representarse en supuesto de conflicto, un límite para otros bienes o valores. En principio la ley efectúa la ponderación necesaria para armonizar los diferentes bienes e intereses constitucionalmente relevantes, y a éste Tribunal compete corregir, en su caso, los errores que pudiera cometer el legislador al efectuarla”*.

Así las cosas, El tribunal Constitucional Español, contrario a nuestro Poder Judicial¹⁷⁷, introduce el test alemán de proporcionalidad en los asuntos que

¹⁷⁵ **“DERECHOS CONSTITUCIONALES. LA VINCULACIÓN DE SUS LÍMITES EN EL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA SECUNDARIA”**

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tribunales Colegiados de Circuito, Novena Época, Tomo: XVIII, noviembre de 2003, tesis: I.1º.A.100 A, página: 955.

¹⁷⁶ González Beilfuss, Markus, *Últimas Tendencias en la Interpretación del Principio de Proporcionalidad*, Revista Jurídica de Cataluña, Número 4, año 2002. p. 165.

¹⁷⁷ Resulta importante mencionar, la ejecutoria de amparo en revisión 307/2007, resuelta por el Pleno de la SCJN, mediante la cual, se desprende el *test Alemán* al que se hace mención. La cual en la parte que nos interesa establece de manera textual lo siguiente: *“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*

resuelve¹⁷⁸, brindando con ello, una adecuada, veraz y ordenada interpretación argumentativa. El test Alemán, consiste en tal como lo dejamos establecido en capítulos anteriores, en un examen de la ponderación y sus tres requisitos de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en sentido estricto. A manera de ejemplo, podemos citar la STC 66/1995 (concentración de trabajadores de banca) en el cual, una vez aceptada la constitucionalidad de una resolución gubernativa que había prohibido una concentración de trabajadores en el centro de Madrid, y en el momento de dar respuesta a las alegaciones sindicales sobre la existencia de alternativas menos lesivas para el derecho de reunión, el último fundamento jurídico de la sentencia dispone: *“Para comprobar si la medida impeditiva del ejercicio del derecho de reunión supera el juicio de proporcionalidad exigible es necesario constatar si cumple los siguientes tres requisitos o condiciones: si tal medida era susceptible de conseguir el objetivo propuesto — la garantía del orden público sin peligro para las personas y bienes — ; si además, era necesaria en el sentido de que no existía otra medida mas moderada para la consecución de tal propósito con igual eficacia, y, finalmente, si la misma era proporcionada en sentido estricto, es decir, ponderada o equilibrada por derivarse de ella más beneficios o ventajas para el interés general que perjuicios sobre otros bienes o valores en conflicto”*

Asimismo, podemos citar el caso de la Corte Constitucional Italiana, la cual ha proporcionado a través de numerosas sentencias, las pautas que deben seguirse para proceder a la ponderación, que son tres: (i) el criterio del *contemperamento*, que obliga a coordinar los intereses contrapuestos de manera tal, que se evite el sacrificio de uno de ellos; (ii) el criterio del mínimo *mezzo*, o de la restricción estrictamente necesaria del derecho en cuestión para alcanzar un fin

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.”

Sin embargo, lamentablemente, aún cuando la Corte haya hecho referencia a los subprincipios antes transcritos; la Corte no los desarrolla en su sentencia, es decir, únicamente se limita a dar a conocer que dice la doctrina, pero no realiza un estudio argumentativo del caso concreto.

¹⁷⁸ Markus González Beilfuss, *Ultimas Tendencias en la Interpretación del Principio de Proporcionalidad*, Revista Jurídica de Cataluña, Número 4, año 2002. p. 169.

constitucionalmente relevante; y (iii) la regla de *la coessentialita* del limite, que obliga a que la norma limitadora de un derecho fundamental debe sustentarse en un interés constitucionalmente relevante que compense con su actuación el sacrificio del derecho.¹⁷⁹

Los criterios anteriormente expuesto, ponen de manifiesto que el legislador está autorizado para desarrollar los limites constitucionales de las garantías individuales y para reglamentar sus posibles conflictos; sin embargo, dicha actividad está condicionada por los principios de razonabilidad y ponderación jurídica, tomando en cuenta que existe la imposibilidad de que una ley secundaria nulifique injustificadamente el contenido de cualquiera de las garantías constitucionales en pugna, máxime que éstas son de superior entidad y jerarquía.

Es importante añadir en este capítulo, que ni los Tribunales Constitucionales pioneros de esta técnica¹⁸⁰ ni mucho menos nuestra Suprema Corte, han hecho alusión a lo que las mencionadas técnicas ponderativas suponen desde el punto de vista jurídico, es decir, para la certeza del derecho, para la seguridad jurídica, para el principio de legalidad, ni tampoco para el principio de división de poderes.¹⁸¹, es decir, ni una sola explicación razonable ponderada o adecuada de que deba entenderse sobre la pretendida legitimidad del Tribunal Constitucional para emplear instrumentos interpretativos que implican ni más ni menos la creación de un Derecho Constitucional, podríamos decir, Libre, adaptable a la evolución de nuestros tiempos, evolución que ha sido interpretable por el mismo Tribunal Constitucional.

¹⁷⁹ Sánchez González, Santiago, *op. cit.*, nota 74, p. 362.

¹⁸⁰ Alemania, España e Italia.

¹⁸¹ Sánchez González, Santiago, *op. cit.*, nota 74, pp. 351-382.

CAPITULO III.- ANÁLISIS DE LOS PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN REALIZADO POR LA SUPREMA CORTE, EN MATERIA DE DERECHOS FUNDAMENTALES.

Este capítulo tiene como finalidad analizar, mediante un caso concreto, los diversos criterios interpretativos y de ponderación que deben aplicarse cuando se encuentren en disputa dos o más derechos fundamentales; a efecto de llegar a conclusiones jurídicas que sean coherentes con el Estado Constitucional y democrático de derecho que impera en nuestra Nación¹⁸².

Lo anterior, toda vez que algunos Tribunales de nuestro Estado¹⁸³ y recientemente con mayor claridad, en algunos votos particulares¹⁸⁴, han comenzado a introducirse las nociones de contenidos esenciales de las garantías constitucionales y de ponderación, en orden a racionalizar, argumentar, justificar y hacer transparente el método de resolución de conflictos entre principios constitucionales.¹⁸⁵

El caso que analizaremos, es el relacionado con el Amparo en Revisión 115/2003 en el cual, se solicita el amparo y protección de la justicia federal en contra del artículo 333, fracción VI de la Ley General de Salud, mismo que prevé los requisitos que debe cumplir un donante, para poder llevar a cabo un trasplante de órganos entre vivos.

182 El principio de supremacía constitucional establece que “todos los actos y hechos que se realicen dentro del territorio, provengan de autoridades o particulares, deben de estar de acuerdo o fundados en la Constitución”. Este principio coloca a la Constitución en la cúspide del orden jurídico, por lo que las leyes secundarias o los actos fundados en dichas leyes, ya sean administrativos o jurisdiccionales, deben estar de acuerdo con la Constitución. **“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL** Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Instancia: Pleno, Tomo: XXV, Abril de 2007, página 6.

¹⁸³ Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

¹⁸⁴ Véase Voto Particular del Ministro José Ramón Cossío Acción de Inconstitucionalidad 10/2005 y 27/2005, así como Amparo en Revisión 307/2007 y Amparo Directo 1885/2007, entre otros.

¹⁸⁵ De manera ilustrativa puede citarse el siguiente criterio: **“DERECHOS CONSTITUCIONALES. LA VINCULACIÓN DE SUS LÍMITES EN EL ANÁLISIS DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA SECUNDARIA”** Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito, Tomo: XVIII, Noviembre de 2003, Tesis: I.1º.A.100.A, página 955.

En línea con lo anterior, lo importante de esta investigación, consiste en determinar si existen criterios o principios de interpretación especiales que deban ser tomados en cuenta, en los casos en los que se encuentran diversos derechos fundamentales implicados — tal como sucede en el caso a estudio— por lo que, resulta necesario establecer de manera precisa, la forma en qué es llevada a cabo la práctica de donación de órganos entre vivos, y analizar brevemente, cuales han sido los efectos jurídicos y la situación actual en nuestro Estado. Lo anterior, con el fin de estudiar lo resuelto por nuestro Máximo Tribunal y junto a ello, realizar nuestra propia interpretación y ponderación al respecto.

Cabe señalar que el tema escogido para análisis, nos parece interesante y de trascendencia, toda vez que la ciencia y las nuevas tecnologías han logrado el trasplante de órganos en seres humanos, aliviando padecimientos crónicos y terminales, ya que durante siglos la situación de partes del cuerpo humano había sido una ilusión, pero en el siglo pasado, comenzó a tener una base científica con los adelantos en diversos campos de la medicina, como el descubrimiento de los grupos sanguíneos y los avances en materia de inmunológica.¹⁸⁶

En el caso específico de estudio, el problema radica en resolver; si es jurídicamente correcto, negar al gobernado la posibilidad de un tratamiento terapéutico, consistente en trasplante de órganos, por un donador altruista que no tiene parentesco con el receptor ó si el Estado mediante sus ordenamientos jurídicos, tiene la posibilidad de prever los requisitos que debe tener el donador, entre ellos la relación de parentesco, para poder efectuar dicho trasplante de órganos. Lo anterior dando de manifiesto principios Constitucionales en colisión, los cuales son por un lado, el derecho a la vida y el derecho a la salud; y por otro, el de la prohibición del lucro¹⁸⁷ y utilización de una parte del cuerpo humano, marginando con ello la dignidad humana de la persona.

¹⁸⁶ Donación de Órganos, *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Tomo I, México, 2004, p. 21.

¹⁸⁷ Capítulo VIII del Convenio para la protección de los Derechos Humanos y la Dignidad del Ser Humano con respecto a la aplicación de la Biología y la Medicina (Oviedo el 4 de abril de 1997).

1.- Concepto de Donación de Órganos

Ahora bien, con el fin de comenzar el estudio, debemos primeramente señalar el concepto de trasplante, el cual consiste en: la sustitución de un órgano o tejido que ya no funciona, por otro que sí lo hace, con el objetivo de restituir las funciones perdidas.

En muchos pacientes, el trasplante es la única alternativa que puede salvarle la vida y recuperar la calidad de la misma. Las partes del cuerpo que actualmente se utilizan con fines de trasplante son: órganos sólidos (riñón, hígado, corazón, páncreas, pulmón) o tejidos (médula ósea, hueso, piel, córneas, vasos sanguíneos); Asimismo, consisten en transferir un tejido u órgano, de su sitio original a otro diferente funcionando; esto puede ser dentro de un mismo individuo o bien de un individuo a otro, con el propósito de restaurar funciones perdidas del mismo, sustituyéndolo por uno sano.

Asimismo, el concepto de donación que utilizaremos en la presente investigación, es el previsto en la exposición de motivos que reformó la Ley General de Salud el 26 de mayo de 2000, la cual señala que el término de donación de órganos, tejidos y células difiere del concepto que de ella se ha dado en el derecho privado, ya que, a diferencia de éste, no se requiere de la aceptación del receptor de la donación para que ésta sea válida, enfatizando así, que no es una donación patrimonial, en virtud de que su objeto no se encuentra en el comercio; de ahí los principios en que se basa la donación de órganos, los cuales son: La gratitud, el altruismo y la solidaridad humana.¹⁸⁸

Artículo 21.- "Prohibición del lucro.- el cuerpo humano y sus partes, como tales, no deberán ser objeto del lucro. Artículo 22.- Cuando una parte del cuerpo humano haya sido extraída en el curso de una intervención, no podrá conservarse ni utilizarse con una finalidad distinta de aquella para la que hubiera sido extraída, salvo de conformidad con los procedimientos de información y de consentimiento adecuados."

¹⁸⁸ Exposición de motivos por el Jefe del Ejecutivo Federal, del 6 de abril del 2000, establece en esa parte de manera textual lo siguiente: "La donación es uno de los sustentos de la iniciativa que se somete a la consideración de esa H. Soberanía. Será necesario considerar que el término que se ha utilizado se aparta del esquema legal típico de la donación a que se contraen los Códigos Civiles de las distintas entidades federativas y a lo que expresa la doctrina civilista. La iniciativa no admite, en materia de cesión de órganos,

2.- Regulación de la Donación de Órganos por la Ley General de Salud vigente en los años 2000 a 2003

A partir de la reforma a la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 26 de mayo de 2000, se modifica sustancialmente el título referente a la donación y trasplantes de órganos y se crea el Centro Nacional de Trasplantes; además, se modifica el concepto de “disponente” como aquel que, conforme a los términos de la ley, le corresponde decidir sobre su cuerpo o sus componentes en vida y para después de su muerte; y regula al donador como al que tácita o expresamente consiente la disposición de su cuerpo o componentes para su utilización en trasplantes, conforme a los artículos 313 y 314 fracciones CI y VII.

Asimismo, se establece la figura de la donación por consentimiento tácito, mediante la cual toda persona que fallece es considerada, por ley, donador, salvo que en vida hubiera manifestado por escrito, privado o público, su negativa expresa a ser donador. El legislador estableció que, no obstante lo anterior, para realizar el trasplante de un donador tácito es requisito indispensable el consentimiento de los familiares — previendo su orden de prelación —

Por último, para el caso que nos ocupa, dicha reforma menciona como requisito respecto a la donación para trasplantes entre vivos, que entre el donante y el receptor exista parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, o que se trate del cónyuge, concubina o concubinario, de conformidad con lo señalado por la fracción VI del artículo 333 de la Ley en comento, la cual de manera textual señala lo siguiente:

tejidos y células la noción tradicional de donación que requiere la convergencia de dos voluntades la de donar y la de aceptar lo donado. La donación que se propone está sustentada en la liberalidad y en la gratuidad. Lo que pudiera parecer un traspie desde el punto de vista de la técnica jurídica, queda compensado con la claridad que exige la gratuidad en una materia que así lo exige. No es una donación patrimonial por lo que no requiere la aceptación del donatario y solamente se acredita que pueden existir en el derecho público formas diversas a la donación regulada por el derecho privado. No se trata de un descuido técnico sino de que conscientemente se ha querido insistir en la necesidad de la gratuidad de la donación y recurrir al significado básico de la misma.”

“ARTÍCULO 333.- Para realizar trasplantes entre vivos, deberán cumplirse los siguientes requisitos respecto del donante:

I. Ser mayor de edad y estar en pleno uso de sus facultades mentales;

II. Donar un órgano o parte de él que al ser extraído su función pueda ser compensada por el organismo del donante de forma adecuada y suficientemente segura;

III. Tener compatibilidad aceptable con el receptor;

IV. Recibir información completa sobre los riesgos de la operación y las consecuencias de la extracción del órgano o tejido, por un médico distinto de los que intervendrán en el trasplante;

V. Haber otorgado su consentimiento en forma expresa, en términos del artículo 322 de esta Ley, y

VI. Tener parentesco por consanguinidad, por afinidad o civil o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor. Cuando se trate del trasplante de médula ósea no será necesario este requisito.”

En ese sentido, hasta antes del 4 de octubre del año 2004, día en que entró en vigor la nueva reforma al artículo 333 fracción VI de la Ley General de Salud, la legislación en cuestión preveía que la disposición de órganos y tejidos con fines terapéuticos sería gratuita y que su comercio está prohibido — principio que sigue vigente — sin embargo, con el supuesto fin de darle certeza a lo anterior, se condicionaba dicho trasplante de órganos únicamente entre personas con parentesco, limitando de esa manera la donación de órganos entre particulares vivos.

La regulación anterior, — según lo dispuesto en la exposición de motivos — deviene de la escasez de órganos disponibles en nuestro Estado, lo que podría originar la búsqueda incansable, humanamente justificada, de éstos; búsqueda que en ocasiones podría dejar a un lado varios de los principios éticos que deben respetarse en todo acto humano. Aunado al hecho que la sociedad contemporánea ha convertido prácticamente todos los bienes en una mercancía, con lo cual, la posibilidad de intentar obtener un órgano a través de su compra se convierte en un hecho que el legislador no puede desconocer.

Bajo esa premisa, podríamos considerar que el propósito del legislador al prohibir el trasplante de órganos entre vivos de manera libre, limitándola a la existencia de un vínculo familiar, sea consanguíneo o civil, fue, sin duda, desincentivar la

aparición de un mercado encubierto de órganos que afectaría a la salud de la población mexicana en su conjunto.

Aunado a lo anterior, es importante recordar que la compra venta de órganos humanos atenta contra los principios establecido en la Declaración Universal de Derechos Humanos, de conformidad con los cuales se establece que el cuerpo humano y sus partes no podrán ser objeto de transacción comercial, por lo que está prohibido el pago o el cobro de un precio por un órgano.

En ese sentido, tenemos que la característica mas importante en nuestro Estado referente a la donación de órganos entre vivos, es la gratitud en la donación de órganos, tejidos o células, lo cual significa que no debe, bajo ninguna circunstancia, solicitarse algún tipo de retribución, pues el hecho de recibir cualquier contraprestación en pago por la donación de un órgano, constituye un ilícito — contemplado en la Ley General de Salud —

Ahora bien, es importante destacar en el presente capitulo la cultura de la donación de órganos que tenemos en nuestro Estado, la cual es muy escasa, aún más si se trata de donación cadavérica, ya que simplemente el hablar de donación de órganos sigue siendo un tema complejo, en virtud de existir, en este tema, numerosos prejuicios, dudas, factores religiosos, mitos entre otros. De igual manera, resulta evidente que la población mexicana debería adquirir conciencia de lo importante que es la donación de órganos viéndolo como una forma de salvar vidas humanas.

En ese sentido y ante esa gran preocupación, el Programa Nacional de Salud 2001-2006, emitido por la Secretaría de Salud, establece como uno de sus objetivos el procurar la buena salud de toda la población para el desarrollo y el bienestar social, al lograr establecer una auténtica igualdad de oportunidades; asimismo, dispone entre sus estrategias y acciones, que se promueva al trasplante de órganos como una alternativa accesible, ya que no sólo cura las

enfermedades generadas por alguna falla en órganos o tejidos, sino que conserva la vida del sujeto en condiciones casi normales a un costo inferior que el de otros tratamientos y, además, ofrece una mejor calidad de vida.

No puede pasar desapercibido, que en el tema en cuestión, es decir, en materia de donación de órganos, se debe atender a todos los principios contenidos en la Constitución Federal, de los que se desprende que en la Nación Mexicana, la vida, la salud y la dignidad de la persona humana, deben considerarse como valores fundamentales que deben ser protegidos, por lo que es conveniente analizar la regulación de dichos valores, relacionados con la materia específica de los trasplantes de órganos, para estar en posibilidades de arribar a la conclusión de sí el requisito que establece el numeral en comento, es decir, fracción VI del artículo 333 de la Ley General de Salud, está justificado y por ello, puede tener validez constitucional.

3.- Derecho a la protección de la Salud, Derecho a la Vida y Dignidad Humana

En primer término, conviene tener presente que en materia de interpretación de los derechos fundamentales, se requiere de los aplicadores jurídicos nuevas perspectivas — las que han sido analizadas y expuestas en el capítulo 1 — y sobre todo, dejar atrás los tradicionales postulados iuspositivistas¹⁸⁹

Por lo que, las reglas primitivas de interpretación que todo jurista conoce y ha desarrollado — inspiradas bajo el esquema Kelsiano ó también llamadas de subsunción — por ejemplo: el principio de jerarquía (ley superior deroga o invalida a la ley inferior), el principio de temporalidad (ley posterior deroga ley anterior), principio de competencia (ley expedida por autoridad competente invalida la ley expedida por autoridad incompetente) o el principio de especialidad (ley especial inaplica a la ley general), han quedado — de una u otra manera —

¹⁸⁹ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2005, p. 130.

superadas, sobre todo cuando nos encontramos en un caso como el de estudio, ante la presencia de varios derechos fundamentales en colisión.¹⁹⁰

Es por eso, que los principios interpretativos que deben utilizarse al momento de ponderar para resolver casos como el presente, requieren de principios específicos para proceder a la correcta interpretación y ponderación de los derechos fundamentales, tales principios tal como lo hemos expuesto con anterioridad, son los siguientes:

1.- Principio *pro homine*: que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trata de derechos protegidos y, por el contrario, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trata de establecer límites a su ejercicio.¹⁹¹

2.- Posición referente de los derechos fundamentales, según el cual, el interprete que se enfrenta a un caso concreto en el que puedan entrar en colisión dos derechos fundamentales distintos, debe preferir a alguno de ellos realizando un ejercicio de ponderación.

3.- Mayor protección de los derechos fundamentales (modelo garantista de Ferrajoli)

4.- Fuerza expansiva de los derechos: según el cual el interprete debe realizar su función extendiendo cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que la protección del derecho beneficie al mayor número de personas.¹⁹²

¹⁹⁰ Vázquez-Gómez Bisogno, Francisco, “Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales”. *Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México*. consultado el 5 de octubre de 2008 en: www.bibliojuridica.org/libros/6/2560/20.pdf.

¹⁹¹ “**PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA.**” Visible en: Novena Época, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XXV, Febrero de 2005, Tribunales Colegiados de Circuito, Página: 1744.

¹⁹² “**PRINCIPIOS Y VALORES CONSAGRADOS EN LA CONSTITUCIÓN. DEBE ATENDERSE A ELLOS CUANDO LAS LEYES SON INSUFICIENTES PARA RESOLVER UNA CONTROVERSIA.**” Visible en: Novena Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta Tomo XX, Septiembre de 2004, Página: 1836, Tesis: I.4° A. 439 A.

5.- El principio *pro action* y derecho a la tutela jurisdiccional efectiva. Constituye una concretización del principio *pro homine* en el ámbito procesal, y en particular, con aquellos atributos que forman parte del derecho a la tutela jurisdiccional¹⁹³

Bajo ese orden de ideas, debemos tener presente, en primer lugar que en México, el derecho a la protección de la salud se elevó al rango de garantía individual, en virtud de que el legislador federal consideró que el Estado debe procurar la protección de la salud y el bienestar de los seres humanos, en especial de las clases sociales económicas débiles, como un medio de obtener una vida más prolongada y de mejor calidad, para contribuir a generar un mínimo de bienestar en la plena realización del ser humano, superando las desigualdades económicas existentes y, en consecuencia, lograr un mejor desarrollo de la sociedad en general¹⁹⁴.

Así las cosas, fue el 3 de febrero de 1983 cuando se publicó en el Diario Oficial de la Federación la adición de un párrafo cuarto al artículo 4º Constitucional, en los términos siguientes: *“Toda persona tiene derecho a la protección de la Salud. La Ley definirá las bases y modalidades para el acceso a los servicios de salud y establecerá la concurrencia de la Federación y las entidades federativas en materia de salubridad general, conforme a lo que dispone la fracción XVI del artículo 73 de esta Constitución”*

En ese sentido, tenemos que el derecho a la protección de la salud que establece nuestra Carta Magna como una garantía de igualdad, tiene la característica de ser un derecho prestacional, es decir, que para satisfacerse es necesario que el Estado realice la prestación de un bien o servicio, lo que se traduce en que debe tener una participación preponderante para lograr este fin.¹⁹⁵

¹⁹³ Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mc-Gregor, Eduardo (comp.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, Tomo I, 2005. p.358.

¹⁹⁴ Exposición de Motivos de la reforma Constitucional de 1983.

¹⁹⁵ Podemos en una conclusión personal, establecer que la intención de legislador al prever lo anterior, tiene relación con el principio de progresividad en derechos humanos; *“el cual supone la realización de medidas destinadas a hacerlas efectivas, paso a paso, y no que las pocas que se hayan efectuado se desarticulen.*

En esa tesitura, nuestra Suprema Corte de Justicia ha reconocido como garantía individual el derecho a la protección de la Salud, como un derecho público subjetivo del gobernado frente al Estado que está obligado a brindar atención a la salud para toda la población, es por ello que dicha garantía no debe confundirse con el derecho a la salud, en tanto es bien sabido, que ésta no puede ser garantizada por el Estado a favor de todos y cada uno de los gobernados,¹⁹⁶ Ya que suponer lo anterior, equivaldría a que el Estado obtuviera poderes omnipotentes que controlarían el ciclo de vida y muerte de cada ser humano, lo cual es considerado un misterio de la creación.

En ese aspecto, resulta importante determinar los límites de los derechos fundamentales, ya que éstos, en cuanto elementos de un ordenamiento como lo es la Constitución, están sujetos a límites, ya sea para armonizar su ejercicio con otros derechos de su misma clase, ya sea con la finalidad de permitir la efectividad de otros bienes, principios o valores constitucionales¹⁹⁷.

En el Estado Constitucional de Derecho, en efecto, la regla general es que los derechos son susceptibles de ser limitados, siendo la excepción que sólo algunos puedan considerarse absolutos¹⁹⁸ (ejemplo: el derecho a no ser torturado)

Asimismo, exigen del interprete efectuar un control, en cada intervalo razonable de tiempo, ya que dichas normas carecen de la eficacia inmediata con que gozan la mayoría, ya que su efectividad demanda gastos estatales, entre los cuales se encuentran, desde luego, los derechos sociales”

Vease en: Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mc-Gregor, Eduardo (comp.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, Tomo I, 2005. pp. 382

¹⁹⁶ **“SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4o. CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVICIOS RESPECTIVOS.** Visible en: .Novena Época, Pleno, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo: XI, Marzo de 2000, Página: 112

¹⁹⁷ **“GARANTÍA A LA TUTELA JURISDICCIONAL PREVISTA EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. SUS ALCANCES.”**

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Jurisprudencia, Primera Sala, Tomo: XXV, Abril de 2007, Página 124.

¹⁹⁸ Carpio Marcos, Edgar, “La interpretación de los derechos fundamentales”, en Ferrer Mc-Gregor, Eduardo (comp.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, Tomo I, 2005. pp. 350.

De ahí que, el criterio de la fuerza expansiva de los derechos fundamentales imponga al interprete, cada vez que se haya limitado un derecho, la tarea de verificar que esos límites se encuentren basados en la propia Constitución¹⁹⁹. No cabe una “desconstitucionalización” de la justificación jurídica de los límites a los derechos fundamentales. Lo que, como se ha advertido, no supone que los límites a un derecho sólo puedan justificarse si la finalidad es armonizar su ejercicio con otro derecho del mismo rango. También es un criterio de justificación que los límites introducidos en la regulación jurídica de un derecho se sustenten en otros bienes constitucionalmente protegidos, como los pueden ser el orden público constitucional, la seguridad jurídica, el interés nacional, etcétera.²⁰⁰

Una vez expuesto lo que debemos entender por limitación de derechos fundamentales, debemos hacer mención a la dignidad de la persona humana, que es más que un derecho fundamental, es decir, es la fuente de los derechos que le son inherentes.²⁰¹ Este entender de la divinidad de la persona humana como fuente de los derechos, ha sido una constante en el pensamiento doctrinal Constitucional de la segunda posguerra. En ese sentido, en el ordenamiento Constitucional Español, dignidad y derechos no se hallan en un mismo plano. La dignidad se proclama como valor absoluto y, como tal, punto de referencia del resto de los derechos que de ella emanan.²⁰²

¹⁹⁹ **“LIBERTAD DE EXPRESIÓN E IMPRENTA. LAS LIMITACIONES ESTABLECIDAS POR EL LEGISLADOR RELACIONADAS CON LA VERACIDAD Y CLARIDAD DE LA PUBLICIDAD COMERCIALES SON CONSTITUCIONALES CUANDO INCIDAN EN SU DIMENSIÓN PURAMENTE INFORMATIVA.”**

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo: XXI, Enero de 2005, Página 421, Tesis: 1ª.CLXV/2004.

²⁰⁰ Carpio Marcos, Edgar, *op. cit.* nota 196, p. 350.

²⁰¹ La tesis de que la dignidad de la persona humana no constituye un derecho fundamental ha sido además sustentada en numerosas resoluciones del Tribunal Constitucional Español, el cual, en términos generales, ha sostenido que la dignidad *per se* no puede ser tomada en consideración de modo autónomo para estimar o desestimar pretensiones de amparo. Véase, a guisa de ejemplo, la Sentencia STC 443/1990 del Tribunal Constitucional Español.

²⁰² Batista, Fernando, “La dignidad de la persona en la Constitución Española”, *Revista Cuestiones Constitucionales*, Publicación 01/01/2006, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

Bajo ese orden de ideas, podemos vincular lo mencionado con anterioridad respecto al artículo 4 Constitucional de nuestro Estado, y concluir que dicho artículo establece los beneficios fundamentales para la vida digna de las personas, en un verdadero catálogo trascendente de los mínimos de bienestar, elevados a la máxima jerarquía jurídica, ya que se deberán establecer principios relacionados con la vida y dignidad humana de todos los gobernados, y los límites al derecho de protección a la salud que puedan preverse, deberán siempre actuar de manera armonizada con la dignidad de la persona humana.

A manera de ejemplo, podemos citar las sentencias del alto tribunal Constitucional Español, número 120/90 y 130/09, sobre la alimentación forzosa de los presos en huelga de hambre, mediante las cuales se apela al valor dignidad para rescatar los derechos fundamentales del hombre. En las sentencias referidas, el Tribunal Constitucional Español, se concreta a determinar que el hecho de que el artículo 10.1, CE, reconozca en la dignidad de la persona, la fuente de determinados derechos que le son inherentes y el fundamento del orden político y social, “ *no significa ni que todo derecho le sea inherente —y por ello inviolable— ni que los que se califican de fundamentales sean in toto condiciones imprescindibles para su efectiva incolumidad, de modo que de cualquier restricción que a su ejercicio se imponga devenga un estado de indignidad*” . y culmina la argumentación respectiva señalando que: “*Sólo en la medida en que tales derechos sean tutelables en amparo y únicamente con el fin de comprobar si se han respetado las exigencias que, no en abstracto, sino en el concreto ámbito de cada uno de aquellos, deriven de la dignidad de la persona, habrá de ser ésta tomada en consideración por este Tribunal como referente. No, en cambio, de modo autónomo para estimar o desestimar las pretensiones de amparo que ante él se deduzcan.*”²⁰³

En base a lo anterior, resulta evidente que para el Tribunal Constitucional Español, la noción de dignidad reconocida en la carta fundamental Española, es

²⁰³ STC 120/90, del Tribunal Constitucional Español.

un valor constitucional, ya que en los casos citados, al tratarse de la obligación que tiene el poder público de velar por la salud de los presos, estos casos, tienen la peculiaridad de tratarse de supuestos en donde el conflicto esencial que se verifica, es entre el derecho a la vida de la parte recurrente — huelguista — y su propia dignidad personal, en estrecha relación con su integridad moral; y en ella el Tribunal Constitucional Español opta por salvaguardar el derecho a la vida por encima del valor que le sirve de fundamento —en este caso el de dignidad de la persona—

Ahora bien, todo lo anterior expuesto, nos facilita el acercamiento al valor fundamental de nuestra Constitución y Estado Mexicano, que es el derecho a la vida, el cual de un análisis de los artículos 1, 14 y 22 Constitucionales, nos permite concluir que en la Constitución Federal, se protege el derecho a la vida de todas las personas, pues la reconoce como un derecho fundamental e inherente al ser humano, sin el cual, no cabe la existencia y disfrute de los demás derechos que la propia Constitución otorga.

Tal como lo sostuvo el Tribunal Constitucional Español en el párrafo anterior, nuestra propia Corte Mexicana, también ha realizado similar pronunciamiento respecto al tema. Para muestra basta señalar lo previsto en el amparo en revisión 402/2007, señalando en la parte que nos interesa lo siguiente: *“el derecho fundamental a la vida privada consiste en la facultad que tienen los individuos para no ser interferidos o molestados por persona o entidad alguna, en todo aquello que desean compartir únicamente con quienes ellos eligen; así, este derecho deriva de la dignidad de la persona e implica la existencia de un ámbito propio y reservado frente a la acción y conocimiento de los demás”*²⁰⁴

²⁰⁴ **“VIDA PRIVADA. EL ARTÍCULO 1o. DE LA LEY SOBRE DELITOS DE IMPRENTA, AL PROTEGER EL HONOR Y LA REPUTACIÓN FRENTE A CUALQUIER MANIFESTACIÓN O EXPRESIÓN MALICIOSA, NO EXCEDE EL LÍMITE ESTABLECIDO POR EL ARTÍCULO 7o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL.”** Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Tomo: XXVI, Julio de 2007, Página: 272.

En virtud de lo anterior, y al haber dejado esclarecido un leve acercamiento a los principios constitucionales que contienen los derechos de protección a la salud, vida y dignidad de la persona humana, conviene analizar la sentencia referente a la donación de órganos entre vivos emitida por nuestro Máximo Tribunal, con el fin de localizar los principios constitucionales antes expuestos y la interpretación de ellos realizada por nuestro Poder Judicial.

4.- Análisis interpretativo del Amparo en Revisión 115/2003 resuelto por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia

A) Introducción

A partir de la reforma al artículo 333 de la Ley General de Salud, publicada en el Diario Oficial de la Federación, el 26 de mayo de 2000, quedaron establecidos los requisitos que debe tener el donante para poder llevar a cabo un trasplante de órganos entre vivos, como es el de tener parentesco por consanguinidad, afinidad o civil, o ser cónyuge, concubina o concubinario del receptor, salvo en el caso de que se trate de un trasplante de médula ósea, como lo establece la fracción VI del mencionado artículo, en que no es necesario este requisito.

Esta situación, provocó la inconformidad de un gobernado respecto a dicha ley, el cual impugnó la violación a los artículos 4º y 5º de la Constitución, —ya que la negación de donación de órganos entre personas vivas que no tenga parentesco, y por consecuencia, la no realización de la operación de trasplante de órganos, le causaba una afectación en su esfera jurídica—. Por lo cual, promovió demanda de amparo indirecto ante el Juez de Distrito, en contra del primer acto de aplicación, el cual fue la negación por parte del Instituto Mexicano del Seguro Social de llevar a cabo el trasplante bajo la modalidad señalada con anterioridad.

B) Amparo Indirecto resuelto por el Juzgado Tercero de Distrito en Materia Administrativa con sede en Guadalajara, Jal.

Cabe destacar, que antes de ser remitida la sentencia en comento hasta nuestro Máximo Tribunal, el particular quejoso, sufrió intolerantes prácticas procedimentales respecto a la procedencia del amparo, es decir, aún cuando lo que se encuentra en juego son derechos fundamentales de la persona, el Juez de Distrito pasó desapercibido principios básicos en esta materia de derechos humanos, tales como el de *pro homine* y *pro action* — desarrollados con anterioridad — y se limitó a sobreseer²⁰⁵ el juicio, para posteriormente, después de acatar la orden de un Tribunal Colegiado, resolver negar el amparo.

Es importante mencionar, los razonamientos vagos, imprecisos y contradictorios que enuncia el Juez de Distrito en su demanda, así como su interpretación causal teleológica, gramatical y lógica-jurídica, al resolver negar el amparo. Resolviendo declarar la constitucionalidad del artículo 333, antes comentado, teniendo como sustento lo siguiente:

“... ”

Luego entonces, del contenido del numeral 333 de la Ley General de Salud, que en el presente juicio se impugna de inconstitucionalidad, contrariamente a lo esgrimido por la parte quejosa no se advierte en forma alguna que el mismo contravenga las garantías individuales contenidas en los artículos 4 y 5 de nuestra Carta Magna, habida cuenta que el primero de los ordinales sólo se constriñe a señalar una serie de requisitos para realizar trasplantes entre seres vivos, extremos que fueron establecidos fundamentalmente para la protección del donante, para el control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos, tejidos y células de seres humanos, por conducto del órgano desconcentrado denominado Centro Nacional de Trasplantes

... ”

²⁰⁵ Resulta lamentable en la práctica, la exorbitante cantidad de juicios de garantías sobreseídos por Jueces de Distrito, ya que es una constante el hecho de limitarse a encontrar alguna de las múltiples causales de improcedencia previstas en el artículo 73 de la Ley de Amparo. Lo anterior toda vez que resulta más práctico y menos trabajoso sobreseer un juicio, a que el Juez cumpla con su obligación de entrar al estudio del fondo del asunto, tal como lo prevé nuestra Constitución. **“DESECHAMIENTO O SOBRESEIMIENTO EN EL JUICIO DE AMPARO. NO IMPLICA DENEGACIÓN DE JUSTICIA NI GENERA INSEGURIDAD JURÍDICA”** visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Jurisprudencia, Tomo: XXIV, Julio de 2006, página: 921.

Para corroborar lo anterior, es menester destacar que, según se aprecia de la exposición de motivos del decreto de reformas a la Ley General de Salud en cuestión, el estudio y dictamen relativo, se sustenta en diversas reuniones convocadas por el Senado de la República a las que en calidad de escuchas acudieron los integrantes de la Comisión de Salud de la Cámara de Diputados, reuniones en las que, entre otros

...

En ese orden de ideas, en atención a las circunstancias referidas precedentemente, fue por lo que la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión determinó aprobar el decreto de reforma de diversos artículos del ordenamiento legal invocado; empero, fundamentalmente, como ya se dijo, tendiente a la protección del donante y en beneficio de un control sanitario de las donaciones y trasplantes de órganos

...

Desde esa óptica debe destacarse que las reformas a algunos artículos de la Ley General de Salud, que se impugnan de inconstitucionales, fueron emitidas en beneficio fundamental de una mejor calidad de vida y una mayor expectativa de la misma para un importante número de mexicanos que, de esta forma, vieren cubierto su derecho a la protección de la salud, consagrado en nuestra Carta Magna; empero, siempre en beneficio de un control sanitario de las diversas donaciones y trasplantes de órganos

...²⁰⁶

De la transcripción anterior, se desprende la interpretación literal y causal teleológica realizada por el Juez de Distrito, es decir, para declarar la constitucionalidad del artículo, se conforma con dar a conocer en su resolución la exposición de motivos, llevada a cabo tanto por la Cámara de Senadores como por la de Diputados, de la ley impugnada, con el fin de resolver en base a ellos las pretensiones del quejoso. Exposición de motivos que evidentemente reforzará y dará las razones del porqué la reforma al artículo impugnado resulta acorde con nuestra Carta Magna²⁰⁷, de modo que, el hecho de no llevar a cabo una argumentación e interpretación Constitucional principalista, tal como lo solicitaba el quejoso, — de conformidad con lo dispuesto en el artículo 4 Constitucional — transforma en imposible que un Juzgador resuelva conforme al Estado

²⁰⁶ Juez Tercero de Distrito en Materia Administrativa en el Estado de Jalisco, Amparo Indirecto 936/2000

²⁰⁷ **“FINES EXTRAFISCALES. CORRESPONDE AL ÓRGANO LEGISLATIVO JUSTIFICARLOS EXPRESAMENTE EN EL PROCESO DE CREACIÓN DE LAS CONTRIBUCIONES”**

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Primera Sala, Tomo: XXI, Mayo de 2005, Página: 157.

Constitucional, al que hace mención, entre otros autores Zagrebelsky, Alexy, Ferrajoli, y Dworking. Máxime cuando estamos en presencia de derechos fundamentales.

Asimismo, resulta innegable la falta de argumentación realizada por el Juez, en el sentido de concluir que los artículos de la Ley General de Salud que se impugnan fueron emitidos en beneficio fundamental de una mejor calidad de vida y una mayor expectativa de la misma, para un importante número de mexicanos, que de esta forma, vieron cubierto su derecho a la protección de la salud. Lo anterior pone de manifiesto la falta de conocimiento de nuestros Juzgadores a nivel Federal, toda vez que en ninguna parte de la sentencia se realiza una interpretación axiológica de lo que debemos entender por derecho de protección a la salud, es decir, el Juez de Distrito se limitó a utilizar métodos de interpretación constitucional primitivos para resolver lo anterior. Sin embargo, omite de manera evidente argumentar lo siguiente: (i) ¿Qué debemos entender por derecho de salud?, —para así concluir que un importante número de mexicanos se verán cubierto de ese derecho—; (ii) ¿En qué consiste el beneficio cubierto para un importante número de mexicanos?; (iii) ¿Qué debemos entender por calidad de vida y mayor expectativa de la misma?; (iv) ¿En qué momento se contraponen los derechos de un importante número de mexicanos, con el de la quejosa?, etc.

Lo anterior deja en relieve la escueta argumentación realizada por un Juzgador de Amparo, para resolver la Constitucional de un artículo contrario a derechos fundamentales, en la cual, lamentablemente, no se realiza, ni aún de manera breve, un acercamiento a lo que debe interpretarse de conformidad con el artículo 4 Constitucional, como derecho de protección a la salud.

C) Reconocimiento Constitucional del Derecho a la Protección a la Salud, por parte del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación

Ahora bien, en el tema central de nuestra investigación, es decir, en la sentencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que ahora se analiza, el Tribunal Pleno consideró indispensable para resolver el recurso de revisión interpuesto en contra de la negación realizada por el Juez de Distrito, llevar a cabo un análisis teleológico del artículo 4º Constitucional, señalando que la causa final de la garantía establecida, en el artículo mencionado con anterioridad, es la procuración de la salud y el bienestar de los seres humanos²⁰⁸, lo cual se confirma con la exposición de motivos y los dictámenes, tanto de la Cámara de Senadores como de la Cámara de Diputados, que dieron origen a la reforma ahora analizada, en cuanto señalan que se considera de fundamental importancia la procuración del más alto nivel de salud de todos los seres humanos, obteniendo una mejor calidad de vida y prolongándola, con lo cual se busca lograr el pleno desarrollo y bienestar de la sociedad en general.

En relación con lo anterior, podemos destacar que, contrario a lo resuelto por el Juez de Distrito, la Corte en este aspecto, sí utiliza de manera adecuada la interpretación teleológica de un artículo, toda vez que en el caso concreto, lo que pretende exponer son los alcances y límites del derecho a la salud y en qué consiste éste, dado que la intención del poder constituyente, en relación a un derecho fundamental, sólo puede desentrañarse de la exposición de motivos. Sin embargo, consideramos prudente que de conformidad con el artículo 133 de nuestra Carta Magna, y la jerarquía de leyes realizada por nuestro Máximo

²⁰⁸ **“SUSPENSIÓN EN EL AMPARO. DEBE NEGARSE CONTRA LOS EFECTOS Y CONSECUENCIAS DEL DECRETO POR EL QUE SE REFORMA, ADICIONA Y DEROGA LA LEY DE PROTECCIÓN A LA SALUD DE LOS NO FUMADORES EN EL DISTRITO FEDERAL, PUBLICADO EN LA GACETA OFICIAL EL 4 DE MARZO DE 2008, AL SER DE INTERÉS COLECTIVO SU EXPEDICIÓN”** Visible en: SJFG, Novena Época, Tomo: XXVIII, Agosto de 2008, Tesis: I.7º.A.585.A.

Tribunal²⁰⁹, la Corte también debió remitirse a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Fundamentales en relación al derecho a la salud²¹⁰.

Así pues, el Tribunal Pleno, —persistiendo aún la forma vaga y sucinta— encuentra que el derecho a la protección a la salud está vinculado al reconocimiento que el artículo 1 de la Carta Magna hace a la dignidad humana, ya que para vivir dignamente es indispensable que, en la medida de lo posible, la persona cuente con todos los apoyos institucionales, médicos y psicológicos necesarias para conservar, mejorar o recuperar su salud, lo cual se traduce en una mejor calidad de vida e incluso en la prolongación de ésta.²¹¹

Bajo esa tesitura, debemos recordar lo apuntado por el autor Zagrebelsky, en el sentido de señalar que para su aplicación, los principios Constitucionales requieren concretizarse, al adecuar la idea general que postulan a la hipótesis precisa ó el caso concreto que intentan regular o resolver²¹². Por tanto, la Corte

²⁰⁹ **“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL”**

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo: XXV, Abril de 2007, Página: 6.

²¹⁰ El derecho a la salud, de acuerdo a la Declaración Universal de Derechos Humanos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales, y a la Declaración Americana de derechos y Obligaciones y el Protocolo de San Salvador, está claramente entre los derechos fundamentales. *Ver Comisión IDH, Informe anual 1986, p42.*

El derecho a la salud fue definido por primera vez en la Declaración Americana que afirma: "Toda persona tiene el derecho a que su salud sea preservada por medidas sanitarias y sociales, relativas a la alimentación, el vestido, la vivienda y la asistencia médica, correspondiente al nivel que permitan los recursos públicos y los de la comunidad" Art. 1164 El Protocolo es más específico, manifestando que: 1. Toda persona debe tener derecho a la salud, entendido como el medio para el disfrute de más alto nivel de bienestar físico, mental y social. 2. Con miras a asegurar el ejercicio del derecho a la salud, los Estados parte aceptan reconocer el derecho a la salud como un bien público y, particularmente, a adoptar las medidas que garanticen dicho derecho: a) Atención médica primaria, es decir, atención médica esencial, disponible para todos los individuos y familias en la comunidad; b) extensión de los beneficios de servicios de salud a todos los individuos sujetos a la jurisdicción del Estado;... f) Satisfacer las necesidades de los grupos de mayor riesgo y de aquellos cuya pobreza los convierte en los más vulnerables. (Art. 10)

²¹¹ **“SALUD. EL DERECHO A SU PROTECCIÓN, QUE COMO GARANTÍA INDIVIDUAL CONSAGRA EL ARTÍCULO 4º CONSTITUCIONAL, COMPRENDE LA RECEPCIÓN DE MEDICAMENTOS BÁSICOS PARA EL TRATAMIENTO DE LAS ENFERMEDADES Y SU SUMINISTRO POR LAS DEPENDENCIAS Y ENTIDADES QUE PRESTAN LOS SERVIDORES RESPECTIVOS.”**

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo: XI, Marzo de 2000, Tesis: P. XIX/2000, Página: 112.

²¹² Zagrebelsky, Gustavo, *El Derecho dúctil*, 7 ed., Trotta, España, 2007.

al momento de su interpretación, debe concluir primeramente que el artículo 333 de la Ley General de Salud, actualiza una restricción Constitucional — evitar el tráfico de órganos, mediante la obligatoriedad de realizar trasplantes de órganos únicamente entre familiares — que pretende buscar la realización de un objetivo expresamente previsto en la Norma Fundamental, proteger el derecho a la salud de las personas, establecido en el artículo 4°. Lo anterior, con el fin de claramente establecer una interpretación constitucional del caso concreto en relación con la garantía prevista en el artículo 4 Constitucional.

D) Restricción al derecho fundamental de Protección a la Salud, en relación con el derecho a la Vida.

Ahora bien, la Corte debió en primer término, siguiendo el modelo de derecho como procedimiento de Alexy, determinar si la medida legislativa impugnada es instrumentalmente adecuada e idónea para cumplir con el objetivo señalado, que es la protección a la salud de las personas que se someten a un trasplante de órganos.

Debe aclararse que esta necesidad no se satisface si se ocupa de un interés particular, o si hay otros medios que restrinjan en menos escala este derecho fundamental, para alcanzar dicho fin, sino que necesariamente debe ser un interés público constitucional y no debe existir otro mecanismo menos restrictivo por el que se pueda alcanzar éste. La restricción debe ser proporcional al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo.²¹³

Para comprender mejor qué debe entenderse como “necesidad”, podemos dar un ejemplo de cómo se ha entendido este concepto en los Tribunales Internacionales de Derechos Humanos. La Corte Interamericana de Derechos

²¹³ En los mismos términos ha entendido la Corte Europea de Derechos Humanos esta forma de evaluar la legitimidad jurídica de una restricción a un derecho fundamental. *Cfr.* Eur. Court H. R., *Barthold judgment* of 25 March 1985, Series A no. 90, párrafo no. 59, pág. 26.

Humanos²¹⁴, siguiendo criterios de la Corte Europea de Derechos Humanos²¹⁵, en cuanto a las restricciones válidas a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales respecto a los cuales tienen competencia (Convenio Europeo de Derechos Humanos y Convención Americana sobre Derechos Humanos, respectivamente), ha establecido que:

“‘necesarias’, sin ser sinónimo de ‘indispensables’, implica la existencia de una ‘necesidad social imperiosa’ y que para que una restricción sea ‘necesaria’ no es suficiente demostrar que sea ‘útil’, ‘razonable’ u ‘oportuna’. La ‘necesidad’ y, por ende, la legalidad de las restricciones [...], dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquélla que restrinja en menor escala el derecho protegido”.

Con base en este concepto de necesidad, es claro que la Corte debió analizar sí la restricción a la protección de la salud establecida para el donante, como medio necesario para la protección de la salud del donatario y de la comunidad en general —resguardado por el principio de la prohibición de lucro con partes del cuerpo — , que establece el artículo 333 Fracción VI de la Ley General de la Salud, además de salvaguardar los derechos de terceros —evitar el tráfico y lucro de las partes del cuerpo humano— que es una de las restricciones autorizadas constitucionalmente, es razonable para el fin que se busca, que es la protección de la salud de las personas.

Ahora bien, de lo que hemos expuesto a lo largo de la presente investigación, se desprende que las medidas emitidas por un legislador ordinario, con el propósito de regular una restricción prevista constitucionalmente a un derecho

²¹⁴ Corte IDH, La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Arts. 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos Humanos), Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, Serie A, No. 5, párrs. 46 y 79.

²¹⁵ Eur. Court H. R., *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párrafo no. 59, págs. 35-36.

constitucional sean válidas, deben satisfacer, en principio, los siguientes requisitos:

(i) En primer lugar, la restricción reglamentada por el legislador debe ser admisible en la Constitución, es decir, el legislador ordinario sólo puede restringir o suspender el ejercicio de las garantías individuales en los casos y en las condiciones que la misma Constitución establece. Por lo tanto, es claro que el legislador no tiene facultades para establecer limitaciones a derechos fundamentales.

(ii) La medida legislativa debe ser necesaria para asegurar la obtención de los fines que fundamentan la restricción Constitucional, es decir, no basta que la restricción sea en términos amplios útil para la obtención de ese fin, sino que de hecho esa medida debe ser la idónea para su realización. Ahí es donde, nuestra Suprema Corte debe asegurarse de que el fin buscado por el legislador no se pueda alcanzar razonablemente por otros medios menos restrictivos de derechos fundamentales.

(iii) Debe ser proporcional, la medida legislativa debe respetar una correspondencia entre la importancia del fin buscado por la Ley, y los efectos perjudiciales que produce en otros derechos e intereses constitucionales.

En la sentencia a analizar, si bien es cierto que se realiza un estudio de manera exhausta de la exposición de motivos, —tanto de la Cámara de Diputados, de Senadores, del Ejecutivo Federal etc—, respecto a la Ley General de Salud, también lo es que dicha transcripción, se queda en el aire, toda vez que nuestro Máximo Tribunal, se dedica en la mayor parte de su sentencia a transcribir sin fundamento lógico las exposiciones de motivos que le dieron origen a la norma impugnada, sin realizar el estudio doctrinal que debió hacer, es decir, el estudio acerca del propósito del legislador ordinario de regular una restricción Constitucional, tal como quedó descrito en el párrafo inmediato anterior. Aunado a lo anterior, debemos recordar que a diferencia de las reglas, que son normas de “todo o nada” (que son cumplidas o incumplidas cuando se dan las condiciones establecidas en el supuesto de hecho), los principios son normas que ordenan

que algo sea realizado en la mayor medida posible son “mandatos de optimización”, cuya medida de cumplimiento vendrá dada por su peso y por el que deba ser concedido en el caso concreto a reglas y principios opuestos.²¹⁶

Lo anterior, ya que sí la Corte desea realizar una interpretación teleológica de la Ley General de Salud, mediante su exposición de motivos, ésta tiene que tener un fin, una metodología y un proceso, con el fin de optimizar el principio que protege el derecho a la salud²¹⁷, cuestiones que la Corte no aterriza en su estudio, toda vez que se limita a establecer después de realizar las transcripciones de las exposiciones de motivos, lo siguiente:

“Ahora bien, el legislador ya consideró que el trasplante de órganos es una medida que contribuye al mejoramiento de la salud y de la calidad de vida, por lo que para verificar si la disposición impugnada contraviene el espíritu del artículo 4 Constitucional, es necesario analizar si dicho requisito, se traduce en una limitación a la práctica de tal medida que implica una restricción al derecho a la salud justificada y por tanto, tiene validez constitucional o bien sucede lo contrario

Al respecto, es conveniente tomar en cuenta el contexto jurídico integral en el que se contiene el requisito impugnado, pues en la Ley General de Salud se advierte que el legislador, inspirado por el propósito de evitar la comercialización de órganos de personas, estableció muchas otras medidas tendientes a impedir que se presente ...”

De lo anterior se desprende, que lejos de seguir los procedimientos establecidos con anterioridad, la Corte sigue el clásico sistema lógico-jurídico de silogismos, es decir, en un intento por llevar a cabo una verdadera argumentación principalista del derecho a la protección de salud, —el cual deja de lado su estudio,

²¹⁶ Para un acercamiento a los principales vertientes del tema aquí invocado, consúltese de Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, *Las piezas del Derecho*, 2da. ed., Ariel, Barcelona, 2004; Ronald Dworkin, *Los Derechos en Serio*, Ariel, Barcelona, 1984; Robert Alexy, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

²¹⁷ **“DERECHO A LA SALUD. SU REGULACIÓN EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y SU COMPLEMENTARIEDAD CON LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS”**

Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Primera Sala, Tomo: XXVII, Julio de 2008, página 457, Tesis: 1ª. LXV/2008.

umentando con ello la falta de un Teoría Constitucional realizada por la Corte— se limita a determinar una hipótesis que se refiere a un determinado hecho, es decir, (i) el legislador estableció el requisito impugnado con la única finalidad de evitar el comercio y una disposición que consiste en las consecuencias normativas derivadas de la realización primera; y (ii) En la Ley General de Salud, se advierte que el legislador estableció muchas otras medidas tendientes a impedir el comercio de órganos.²¹⁸

Concluyendo la Corte, que sí la única finalidad del legislador es evitar el comercio, y en la Ley General de Salud existen otras medidas tendientes a lo mismo, entonces, la Ley, en la restricción realizada mediante el artículo 333 fracción VI, no tiene justificación. En relación con lo anterior, el propio Pleno del Tribunal establece de manera textual lo siguiente:

*“Entonces, si la Ley General de Salud establece todo un sistema que tiene como objetivo tener un control de los trasplantes de órganos que se efectúan en el país, el concreto requisito contenido en la norma impugnada, consistente en que el donante tenga una relación de parentesco o concubinato con el receptor, no es indispensable para evitar el comercio de órganos
..”*

Asimismo, continúa argumentando la Corte, con el afán de dar a conocer distintas razones para declarar como inválida la restricción señalada en la Ley en comento lo siguiente:

*“...
En Efecto, la solidaridad y el altruismo son características que no son ajenas a la especie humana; por tanto, no son exclusivos de las personas involucradas en una relación de matrimonio, parentesco o concubinato; y esta reflexión no es tomada en*

²¹⁸ Artículo 421 de la Ley General de Salud. Sin perjuicio de lo anterior se impondrá de 4 a 10 años de prisión y multa por el equivalente de 4000 a 10000 días de salario mínimo general vigente en la zona económica de que se trata I.- Al que ilícitamente obtenga, conserve, utilice, prepare o suministre órganos, II.- Al que comercio o realice actos de simulación jurídica que tengan por objeto la intermediación onerosa de órganos ... III.- al que trasplante un órgano o tejido sin atender las preferencias y el orden establecido en las listas de espera a que se refiere el artículo 336 de la Ley

consideración por la norma impugnada, de la que se infiere que fuera del reducido grupo familiar que establece, automáticamente existe tráfico de órganos.

...

Aunado a lo anterior se encuentra el hecho de que existe una gran cantidad de personas en espera de un órgano que les permita mejorar su calidad de vida o incluso, prolongarla, por lo que el requisito que se reclama no encuentra justificación Constitucional, sobre todo que, como ya se apuntó, en la Ley General de Salud se establecen otras medidas que permiten un control estricto de las instituciones, de los médicos y de las personas involucradas en el trasplantes de órganos, sistema que integralmente se encamina, más que nada, a evitar el comercio de órganos, y por otra parte, como ya se dijo, el ánimo de altruismo y solidaridad humana no es exclusivo de las relaciones de parentesco y concubinato.

...”

De lo anterior se desprenden las siguientes consideraciones: (i) existen una gran cantidad de personas en espera de un órgano que les permite mejorar su calidad de vida ó incluso prolongarla; (ii) la Ley General de Salud establece otras medidas que permiten el control estricto de las instituciones, médicos etc, que evitan el comercio de órganos; y (iii) el ánimo altruista y solidaridad humana no es exclusivo de las relaciones de parentesco y concubinato.

E) Aplicabilidad de las garantías de protección al derecho a la Salud y a la Vida.

Sí bien, estamos de acuerdo con las consideraciones realizadas por la Corte para declarar como inválida una norma que vulnera la garantía de la protección a la salud establecida en el artículo 4º Constitucional, también lo es, que la forma argumentativa, de llevar a cabo dichas conclusiones no la consideramos correcta, toda vez que lejos de realizar un análisis y juicios necesarios, recurre a conclusiones establecidas sin una metodología argumentativa.

Lo anterior, ya que consideramos imprescindible que en la sentencia a estudio, la Corte hubiese realizado un pronunciamiento acerca del valor normativo del

artículo 4º Constitucional, en tanto reconoce el derecho a la salud y determinar la invalidez de un artículo de la Ley General de Salud a partir de su oposición con la Constitución, utilizando principios antes señalados, tales como el de *pro homine*, ó el de irradiación de los derechos fundamentales, ya que, lo establecido en el derecho a la protección de la salud, es un principio constitucional que está llamado a regir en todos los campos jurídicos en los que tenga alguna relevancia, y servir de criterio para la interpretación y aplicación del ordenamiento jurídico.

Por lo que, al no realizar un pronunciamiento extenso acerca del derecho consagrado en el artículo 4 Constitucional, se evidencia la falta de una teoría constitucional por parte de nuestro Máximo Tribunal, que trae como consecuencia una imprecisa función argumentativa y deja de brindar seguridad jurídica en la congruencia de sus sentencias a los gobernados.

Asimismo, la resolución argumenta esencialmente que *“En Efecto, la solidaridad y el altruismo son características que no son ajenas a la especie humana; por tanto, no son exclusivos de las personas involucradas en una relación de matrimonio, parentesco o concubinato”* Dejando así de considerar, contrario a lo señalado en la Acción de Inconstitucionalidad 10/2005²¹⁹, que la ley en comento también priva a las personas que no cuentan con parientes donantes, de la posibilidad de ser receptores de órganos de otros sujetos que, bajo los principios de gratitud y respeto a su integridad corporal, otorguen su consentimiento para llevar a cabo trasplantes de órganos

Lo anteriormente expuesto, es decir, las contradicciones y nuevas reflexiones realizadas por la Corte en un tema similar, refleja las consecuencias de realizar un análisis de razonabilidad difuso o poco desarrollado en términos analíticos, ya que hubiese sido más claro proceder a identificar los distintos objetivos al servicio

²¹⁹ Ese criterio sí fue utilizado en la Acción de Inconstitucionalidad 10/2005, promovida por el Procurador General de la República en contra del artículo 24-A del Código Civil de Nayarit, el cual establecía de manera similar al estudio analizado, la prohibición de recibir órganos por personas que no tienen relación de parentesco.

de los cuales se encuentran las normas examinadas, analizar lo dicho por el legislador sobre lo mismo, evaluar su plausibilidad y su aceptabilidad o urgencia, desde el punto de vista Constitucional y posteriormente hacer el análisis de adecuación, de la mano con el juicio de ponderación, desarrollando los motivos por los cuales la norma puede, efectivamente, considerarse sobreinclusiva a la luz de los diferentes fines perseguidos. Finalmente, se hubiera podido enfatizar en la resolución de la Corte la existencia de alternativas regulativas menos gravosas desde la perspectiva de los intereses y derechos involucrados.²²⁰

Aunado a lo anterior, el análisis a la Ley impugnada debió haberse realizado a nuestra consideración, a partir de lo siguiente: (i) el preciso alcance del derecho a la salud; (ii) la autonomía de las personas para disponer parcialmente de su cuerpo en los términos que fijen las leyes, en la inteligencia, claro, de que en éstas no se debe impedir dicha autonomía ni tampoco los fines de solidaridad y altruismo que la disposición de órganos persigue; y (iii) el respeto para todas las personas de su derecho a la salud, a través de todos los medios que la ciencia médica permita, conforme evoluciona día con día, puesto que el derecho a la salud implica, necesariamente, los derechos a su preservación, a su atención y a su mejoramiento.

Situaciones que la Corte no analizó en su interpretación argumentativa, y las cuales son necesarias desarrollar a la luz de las nuevas tendencias Constitucionales.

F) Colisión entre principios Constitucionales

En un caso como el que nos ocupa, en donde existe colisión de principios Constitucionales, nada excluye ciertamente que el juicio de ponderación deba ser necesario para poder llevar el análisis constitucional a su término final, pues aún

²²⁰ Varias de las conclusiones, fueron tomadas del Voto Particular, realizado por el Ministro Cossío, en la Acción de Inconstitucionalidad 10/2005.

cuando nuestro Máximo Tribunal llegó a la conclusión de que la distinción legislativa no goza de justificación ni razonabilidad, eso no impide que se lleve a cabo el estudio del *test Alemán* de ponderación. Análisis que no realiza la Corte, — sin quitarle mérito al estudio tácito que pretendió llevar a cabo—

En el presente caso, el legislador privilegia — de manera absoluta y plena — el interés constitucional de no lucrar con el cuerpo humano, para así salvaguardar el interés colectivo de la protección a la salud, frente al interés de cada gobernado de recibir un trasplante de órgano, con el fin de prolongar y a su vez proteger su derecho a la salud. Al grado de hacer posible una restricción que vincule únicamente al parentesco, para llevar a cabo la donación. Por lo que resulta necesario, con el fin de declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma, llevar a cabo el *test Alemán* del juicio de ponderación²²¹ en los siguientes términos:

G) Criterios para la solución de conflictos; el Juicio de Ponderación

Es cierto que las garantías individuales encuentran sus límites, en ocasiones, en el interés público y en las garantías constitucionales de terceros. Sin embargo ese hecho no conduce a determinar que las garantías individuales siempre deban ceder frente al interés público o a los intereses constitucionales de terceros que determine el legislador.

El pleno de la Suprema Corte ha establecido en otras ejecutorias²²², que si la Constitución admite restricciones de una garantía individual, ello conducirá a la posibilidad de que un Poder Constituido pueda sobreponerse al contenido

²²¹ Sanchez Gil, Rubén, *op. cit.* nota 140, p. 89.
Alexy, Robert, *op. cit.* nota 145, p.100.

²²² Amparo en Revisión 307/2007 “**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**”
Visible en: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Pleno, Tomo: XXVII, Abril de 2008, Página: 805.

axiológico y material de la Constitución Federal, ya 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)

Es por eso, que las nociones de contenido esencial y ponderadas son relevantes para la solución de conflictos entre bienes constitucionalmente protegidos y para establecer los límites del desarrollo y reglamentación legislativa de las garantías individuales.

Bajo esa tesitura, tenemos que en el presente caso, la Corte debió realizar un juicio de ponderación, con el fin de establecer, sí la limitación incluida por el legislador cumplía con el *test alemán* referente a los subprincipios de idoneidad, necesidad y proporcionalidad de la restricción. Cabe resaltar que en varias ejecutorias reciente en el año 2008²²³, la Corte ha comenzado a utilizar de manera frecuente este *test*, creando un cambio radical a la estructura de su argumentación en las sentencias que resuelve²²⁴.

En primer lugar, se debió demostrar sí la norma impugnada que introduce una distinción legislativa, efectivamente obedece a una finalidad objetiva y expresamente contemplada en la Constitución: La protección a la salud. En efecto, tal como lo pretende realizar la Corte en su escueta argumentación, los requisitos establecidos en la norma impugnada pretenden evitar el comercio de

²²³ Resaltando además, las enriquecedoras argumentaciones realizadas por el Ministro Cossío en varios de sus votos particulares.

²²⁴ Véase un amplio estudio del juicio de Ponderación en las ejecutorias de los Amparos en Revisión:

1.- Amparo en Revisión 173/2008, respecto del artículo 271 de la Ley General de Salud, el cual medularmente resuelve: el segundo párrafo del artículo 271, de la Ley General de Salud, al establecer que sólo los profesionales de la salud que cumplan con ciertos estándares que garanticen la protección de la salud de las personas, podrán realizar cirugías estéticas y cosméticas, no viola ninguna de las previsiones de carácter económico que consagra el artículo 28 constitucional, ni el derecho a la salud, igualdad y retroactividad de la Ley;

2.- Amparo en Revisión 307/2008, inconstitucionalidad del artículo 226, segunda categoría, fracción 54, de la Ley del Instituto de Seguridad Social para las Fuerzas Armadas Mexicanas, por ser contrario a las garantías de igualdad y de no discriminación por razón de salud.

órganos entre los gobernados, estableciendo una limitación a lo establecido en el artículo 4° constitucional, consistente en prohibir la donación de órganos entre personas que no tienen parentesco, por lo que dicha prohibición no es la idónea para contribuir al fin legítimamente protegido, es decir, el comercio de órganos. Ya que además de existir otras medidas que protejan ese fin, previstas en la Ley General de Salud —tan es así, que existen una serie de tipos penales que permiten la sanción a esas conductas — no existe evidencia alguna que los principios de gratitud, solidaridad y altruismo, sólo pueden existir entre un vínculo de parentesco, ya que éste no los garantiza, además de poder existir los mismos en relaciones de mera amistad.

En segundo lugar, realizando un estudio de necesidad, se concluye que la medida legislativa impugnada no es adecuada para cumplir con el objetivo constitucionalmente señalado, ya que no es la menos perjudicial para el derecho intervenido, es decir, la protección al derecho a la salud del que pretende recibir la donación. Lo anterior ya que se debió realizar un amplio estudio entre todas las medidas que satisfagan el fin perseguido, en el caso concreto, el comercio de órganos, y así concluir cuál es la menos perjudicial para todo gobernado²²⁵.

Finalmente, se debió realizar una valoración de todos los principios constitucionales impregnados en el sistema Constitucionales que tuvieran relación con el caso concreto, para así estar en actitud de señalar la proporcionalidad que el beneficio obtenido por el bien tutelado sea justificado por ser de igual o mayor intensidad.

²²⁵ Cabe resaltar al respecto, que en la exposición de motivos realizada por la Cámara de Senadores de fecha 26 de abril de 2001, se destacó lo siguiente: *“Además, es de destacarse que ni las autoridades sanitarias, ni el Ministerio Público Federal y el del Fuero Común han recibido ninguna denuncia y no hay ningún caso en el país documentado sobre este tema. Pese a que no se tiene ninguna denuncia a este respecto, pero con el objeto de evitar suspicacias, prevenir y desalentar cualquier práctica de tráfico futuro de órganos, tejidos o células, la iniciativa que hoy se discute contempla la prohibición de que los menores de edad puedan ser donadores vivos y que los trasplantes entre vivos sólo se realicen entre familiares, exceptuando médula ósea.”*

H) Evidencia científica aportada por expertos

Además de lo anteriormente expuesto, no debemos olvidar que existe hoy en día, una discusión amplia en el Pleno de nuestra Corte, respecto a la legalidad de recurrir a dictámenes de especialistas para determinar si una Ley resulta ó no inconstitucional²²⁶

En el tema a estudio, consideramos que hubiese resultado pertinente el hecho de que nuestro Máximo Tribunal se allegase de dictámenes científicos, que realizaren estudios de conocimientos médicos mundialmente estabilizados y aceptados en materia de trasplantes de órganos y su donación.²²⁷

Lo anterior, ya que el recurrir la Corte al análisis de los estudios técnicos²²⁸ no supone que está delegando la decisión sobre la constitucionalidad de la norma en los especialistas, ya que sí bien los científicos no podrían arrogarse la competencia de sumergirse en los juicios y operaciones evaluativos que exige la actividad de aplicación justificada del derecho, tampoco la Corte puede arrogarse la facultad de construir, por sí sola, todas las premisas del razonamiento en los casos en que es el derecho mismo el que impone que una de estas premisas venga constituida por elementos, cuyo contorno sólo pueden ser adecuadamente descrito por especialistas.

Como sustento de lo anterior, tenemos que en el año de 1993, la Suprema Corte de los Estados Unidos emitió una resolución en la que sienta criterio sobre esta importante cuestión²²⁹. La Corte sostuvo, en este caso, que los Jueces Federales pueden admitir evidencia científica proporcionada por expertos, cuando la misma

²²⁶ Voto particular del Ministro José Ramón Cossío, referente a la ejecutoria del amparo en revisión 307/2007.

²²⁷ En las acciones de inconstitucionalidad presentadas por la PGR y la CNDH contra la ley de despenalización del aborto en el DF, aprobada por la Asamblea Legislativa en abril de 2007. Inclusive se anunció que se realizarían audiencias públicas en las que las partes expondrán sus argumentos. Además de estudios científicos que le brinde a nuestra Corte la especialización técnica que el juicio necesita.

²²⁸ Summers, Robert, *op. cit.*, nota 55, pp. 46-65.

²²⁹ William Daubert et al vs. Merrell Dow Pharmaceuticals, Inc. 509 US579 (1993).

pueda ser calificada de “conocimiento científico” y el testimonio al respecto es científicamente “confiable y válido”.

Bajo esa tesitura, difícilmente podríamos calificar como fundada y motivada argumentativamente la sentencia en cuestión —primordialmente por el hecho de intervenir situaciones científicas— cuando en ella, el derecho remite a áreas de conocimiento de las que los Ministros no son expertos, sustituyendo pues por meras especulaciones, información que debe estar entre los puntos de partida para resolver en uno u otro sentido. Por lo que resulta lamentable, en la mayoría de los asuntos resueltos por la Corte, que deba comprobarse la racionalidad instrumental de la norma (conexión entre medios y fines) en base a especulaciones.

Contrario a lo anteriormente expuesto, debe destacarse la gran aportación que realizó nuestro Máximo Tribunal, en relación a la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, relativas a la despenalización del aborto en el Distrito Federal, cuando además de establecer audiencias públicas, el estudio de la Constitucionalidad ó Inconstitucionalidad de la norma, se llevó a cabo con la ayuda de dictámenes científicos aportados por expertos. Lo anterior de conformidad con lo establecido con anterioridad, en el sentido de que los Ministros de la Corte no tienen obligación, ni es posible que conozcan con profundidad, lo concerniente a todas las materias reguladas por el Derecho y más aún cuando se trata de avances científicos.

Robustece lo anterior, el precedente utilizado por la Corte en las acciones de inconstitucionalidad señaladas con anterioridad, en el sentido de abrir al campo judicial la figura del “*amicus curiae*”²³⁰ ya que al permitir la intervención de

²³⁰ En el derecho internacional se reconoce una institución bajo el nombre de *amicus curiae* (amigos de la corte), el cual se distingue por ser un tercero ajeno a una disputa judicial, pero con un justificado interés en la resolución final del litigio o controversia, lo anterior con el fin de que puedan expresar sus opiniones en torno a la materia a través de aportes de trascendencia para la sustentación de algún procedimiento ya sea judicial o de diferencias.

personas ó de ONGs en causas donde se encuentre comprometido el interés público o una trascendencia social que supera las particulares del caso, abre un paso más a la democracia que nuestro Estado esta edificando. Lo anterior aún cuando la presentación de los escritos de *amicus curiae* no produzca efectos vinculantes en la Corte, ya que su única razón de existencia es asistir al Tribunal proporcionándole una opinión fundada relevante sobre alguna cuestión jurídica que pudiese escapar de las consideraciones propias que cuenta el Tribunal, colaborando así para decidir en un asunto complejo.

En ese contexto, nos encontramos ante una Suprema Corte en proceso de construcción, es decir, tomando en consideración las nuevas tendencias del derecho constitucional y tratando de adecuarlas legalmente en nuestro sistema, ya que no ha sido sencillo despojarse de su tradicional positivismo y dar paso a una serie de cuestiones, que en la mayoría de los casos, no se encuentran contemplada de manera explícita en el derecho positivo o procedimental mexicano.

ii. CONCLUSIONES

PRIMERA.- La metodología tradicional apoyada, principalmente en los llamados “métodos” de interpretación arcaicos, es insuficiente para dar cuenta de los aspectos esenciales de la interpretación Constitucional y construir un procedimiento que asegure la validez de sus resultados. Así pues, se requiere que la interpretación de la Ley Fundamental se base en posturas hermenéuticas que desde sus bases fundamentales provea una comprensión de la naturaleza de esa actividad y brinde postulados generales, a través de principios y valores, que deba satisfacer.

SEGUNDA.- Se deben desentrañar los valores y principios que las normas Constitucionales proporcionen, mediante métodos racionales, de tal manera que se evite en la medida posible que la aplicación e interpretación del derecho sean meras decisiones políticas — judicialización de la política — , toda vez que de lo que se trata es de desterrar en la valoración las razones de oportunidad, para que sólo operen razones jurídicas. Ya que no debemos olvidar que la función del Juez Constitucional no es creadora del derecho sino garantizadora de éste.

TERCERA Respecto al Juicio de ponderación, aún cuando consideramos que es una técnica que optimiza los derechos fundamentales, la cual debe ser utilizada por parte de nuestro Poder Judicial, ésta indica de modo vago e incierto y pretendidamente neutral, un complejo; toda vez que aún en nuestros tiempos, no existe una sistematización ni codificación de los medios de valuación argumentativos en su utilización. Trayendo como consecuencia, una distorsión para el gobernado en lo que se refiere a la garantía de seguridad jurídica, principio de legalidad y sobre todo al principio de división de poderes que debe contener todo acto de autoridad.

CUARTA Resulta evidente que una Teoría Constitucional, “constitucionalmente adecuada”, exige una teoría de interpretación constitucional principalista o valorativa necesariamente, para lo cual estamos conscientes que en primer término nuestra Corte necesita de abogados litigantes que obliguen a ese Máximo Tribunal a resolver conforme a sus pretensiones, es decir, que los abogados postulantes accionemos los principios constitucionales a través de su defensa, y con ello la Corte este en posibilidades de efectuar una teoría constitucional adecuada a nuestros tiempos.

QUINTA La metodología interpretativa ha evolucionado en la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ya que en los últimos años ha concebido a la interpretación Constitucional como un procedimiento flexible que debe realizarse con un criterio teleológico, buscando la realización de los valores y principios de la Ley Fundamental, y tratando de excluir en ellos, los razonamientos formalistas y literales. Cabe hacer mención que este gran cambio argumentativo tiene como pionero las base de las nuevas tendencias Constitucionales, utilizadas por el Cuarto Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito.

SEXTA.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación tiene a la Constitución como un elemento jurídico, supremo y de aplicabilidad inmediata. En sus decisiones de la reciente época, precisando un poco más del año 2006, 2007 y 2008, se aprecia un creciente acercamiento a los postulados axiológicos del neoconstitucionalismo europeo, que ha ocasionado la interpretación extensiva de las disposiciones fundamentales en base a principios, aunque en general todavía no se advierte la formación jurisprudencial de límites claros y precisos a las implicaciones de dichos derechos.

SÉPTIMA No existe en nuestra práctica judicial, una ordenada tendencia a formar una teoría Constitucional por parte de nuestro Máximo Tribunal —sin contar las honradas intervenciones mediante Votos Particulares del Ministro José

Ramón Cossío— . Toda vez que nuestra Corte continúa sin determinar de manera precisa lo siguiente: (i) los supuestos de la Constitución; (ii) los papeles que éstas deben cumplir; (iii) sus contenidos; (iv) la fijación de entendimientos claros de sus preceptos a través de la postulación de diversos métodos de interpretación; y (v) los límites de las reformas que se puedan llevar a cabo etc. En ese sentido y al situarnos en un Estado con control concentrado de la Constitucionalidad de las Leyes, nuestra Corte deja a los Juzgadores de Amparo sin margen ni parámetros para resolver las pretensiones de los gobernados en base a principios y valores, toda vez que necesitan una “Teoría Constitucional Marco” que los oriente a interpretar y solucionar las leyes en pugna.

OCTAVA.- Lamentablemente Nuestro Máximo Tribunal, —salvo contadas excepciones: Amparo en Revisión 307/2007 y 173/2008 entre otros— no ha llevado a cabo un juicio de ponderación de conformidad con lo previsto en el *test Alemán*, es decir, desarrollando cada subprincipio mediante la argumentación del derecho. Sin embargo en numerosas sentencias ha resuelto limitar un derecho fundamental, justificando su actuación, ante una colisión con otro derecho de la misma jerarquía. En ese sentido, aún cuando el *test alemán* comience a ser utilizado en las sentencias más recientes de la Corte, cabe mencionar que dicho *test* comenzó a circular en nuestro Poder Judicial, mediante tesis aisladas que establecían los 3 subprincipios que lo conforman, sin embargo, en la mayoría de los casos resueltos, la Corte y los Tribunales Colegiados, sólo se limitaron a hacer mención a dichos subprincipios, pero no así ha desarrollado cada uno de conformidad con el caso concreto. Podríamos atribuir lo anterior, a la falta de una teoría constitucional realizada por la Corte.

NOVENA.- La suprema Corte se encuentra en un momento de transición, al pasar de una rígida posición tradicionalmente positivista sobre la interpretación jurídica y constitucional, a una más flexible y acorde a las nuevas tendencias neoconstitucionalistas. Debemos recalcar que el variable uso que la Corte otorga a los principios interpretativos sólo se explica por la ausencia de una Teoría

Constitucional adecuada al Estado Constitucional, democrático, contemporáneo que tenemos. No debemos olvidar que lo anterior no es fácil, si recordamos el régimen autoritario — priísimo — que la Corte sostuvo bajo su interpretación Constitucional por más de 70 años.

CONCLUSIONES EN RELACIÓN CON EL ANÁLISIS INTERPRETATIVO DEL AMPARO EN REVISIÓN 115/2003

PRIMERA.- Resultan evidentes las prácticas formalistas y procedimentales que efectúan los Juzgados de Distrito, con el fin de sobreseer los amparos presentados, aún cuando lo que se encuentra en decisión son derechos fundamentales de los gobernados que el Estado se encuentra en todo momento obligado a garantizar. En el presente caso el Juzgado de Distrito al momento de resolver el amparo indirecto, pasa desapercibido principios básicos en materia de derechos humanos, como lo son el de *pro homine* y *pro action*; limitándose a sobreseer en la materia, dilatando con ello la impartición de justicia.

SEGUNDA.- Es una práctica normal al momento de fundamentar sus resoluciones, que La Suprema Corte de Justicia de la Nación utilice una interpretación teleológica de los artículos reclamados, para lo cual recurre a su exposición de motivos; Sin embargo, consideramos que en el caso concreto al ser los alcances y límites del derecho a la protección de la salud lo que se pretende justificar, debió además remitirse a lo dispuesto por la Corte Interamericana de Derechos Fundamentales en relación con el derecho comentado, y no únicamente tal como lo realiza, desarrollar una interpretación en base a la exposición de motivos de nuestro Congreso. Máxime sí de conformidad con el artículo 133 de nuestra Carta Magna, la jerarquización de leyes en nuestros Estado contempla los tratados internacionales.

TERCERA.- De conformidad con lo dispuesto en el sentido de que los principios constitucionales para su aplicación, requieren en primer lugar concretizarse;

Nuestro Máximo Tribunal debió en primer termino al momento de realizar su interpretación, concluir de manera evidente que el artículo 333 de la Ley General de Salud actualiza una restricción Constitucional, consistente en evitar el tráfico de órganos y resolver sí dicha restricción concretiza cabalmente un principio previsto en nuestra Carta Magna. Lo anterior toda vez que de la sentencia analizada, se desprende que la Corte no señala de manera precisa y coherente el principio constitucional que dicha restricción pretende salvaguardar, es decir, aún cuando se desprende que el tráfico de órganos es un ilícito que nuestro Estado de Derecho debe proteger, en su argumentación la corte, debió exponer y justificar los alcances que dicho principio contiene —aún cuando lo podamos encontrar de manera implícito en nuestra Constitución—

CUARTA.- La Corte sigue utilizando el clásico sistema lógico-jurídico de silogismos, dejando así de utilizar las nuevas tendencias neoconstitucionalistas que hemos expuesto en la presente investigación, toda vez que aún cuando pretende llevar a cabo un análisis teleológico del derecho a la protección a la salud con fines principalistas, termina declarando la inconstitucionalidad del artículo impugnado, en base al silogismo clásico Kelseniano.

QUINTA.- Aún cuando estamos de acuerdo con la inconstitucionalidad del artículo impugnado, diferimos en la forma argumentativa en que la Corte desarrollo sus consideraciones, toda vez que lejos de realizar un análisis y juicio ponderativo necesario, recurre a conclusiones vagas establecidas sin una metodología argumentativa, lo anterior ya que teniendo a su alcance principios básicos en materia de derechos fundamentales, tales como el de *pro homine* o el de irradiación de los derechos humanos, omite pronunciarse acerca del valor normativo del artículo 4 Constitucional y con ello establecer un criterio que pudiese servir como base para la interpretación y aplicación de todo el ordenamiento jurídico.

SEXTA.- Los criterios utilizados por la Corte en un mismo asunto, son contradictorios y en enumeradas situaciones crean nuevas reflexiones, dotando con ello de inseguridad jurídica al gobernado. Lo anterior toda vez que nuestro Máximo Tribunal no emite criterios lo suficiente desarrollados argumentativamente, que vuelvan previsible cuál será la razón suficiente para justificar una restricción a los derechos fundamentales, sino por el contrario, realiza un análisis de razonabilidad difuso o poco desarrollado en términos analítico que permite que un mismo razonamiento sirva para otorgar un amparo como para negarlo.

SÉPTIMA.- A nuestra consideración, en el presente asunto, la Corte debió realizar una completa argumentación de conformidad con lo siguiente: (i) identificar los distintos objetivos al servicio de los cuales se encuentran las normas examinadas; (ii) analizar lo dicho por el legislador sobre la norma reclamada; (iii) evaluar su plausibilidad y su aceptabilidad o urgencia desde el punto de vista Constitucional; (iv) realizar un análisis de adecuación, necesidad, idoneidad y proporcionalidad; (v) exponer el porqué la norma puede considerarse sobreinclusiva a la luz de los diferentes fines perseguidos; (vi) enfatizar en las alternativas regulativas menos gravosas desde la perspectiva de los intereses y derechos involucrados.

OCTAVA.- La corte no analiza los alcances del derecho fundamental de la protección a la salud, ni tampoco los límites a su restricción. Dejando así de prevenir los principios constitucionales consagrados en dicho derecho, constriñéndose a resolver que sí la limitación establecida en el artículo 4º constitucional —consistente en prohibir la donación de órganos entre personas que no tienen parentesco— tiene otra medida que proteja ese fin, es decir, la existencia de una serie de tipos penales consagrados en la misma Ley General de Salud, debe considerarse como razón suficiente para declarar la inconstitucional de dicha limitante. Si bien coincidimos en la premisa utilizada para declarar como inconstitucional la norma impugnada, lo cierto es que la Corte

deja al completo arbitrio tanto de los Tribunales Colegiados, Jueces de Distrito etc, los principios que protege la Constitución respecto al derecho a la salud y las restricciones que puede tener dicho derecho fundamental.

NOVENA.- En el presente asunto de trascendencia de avances médicos, la Corte omite por completo allegarse de conocimientos científicos al momento de emitir su sentencia, aún cuando debido a los avances de los últimos tiempos en el campo de la ciencia, nuestro Máximo Tribunal deba prevenir los hallazgos que estos puedan representar para el derecho. Lo anterior pone en relieve la falta de argumentación jurídica que contiene la sentencia en estudio, toda vez que resulta evidente que los ministros que integran nuestro Máximo Tribunal no son expertos en las diversas materias que contemplan los avances científicos, por lo que la fundamentación y motivación de las resoluciones que emitan serán en base a meras especulaciones que puedan concluir de sus vagos conocimientos. En ese sentido, resulta trascendental que nuestro Máximo Tribunal no únicamente escuche a los expertos, sino brinde valor pleno probatorio a las aportaciones hechas por peritos en la materia y así puedan válidamente tomarlas en cuenta al momento de dictar sus resoluciones.

DÉCIMA.- De conformidad con las instituciones del *amicus curiae*, la valoración de conocimientos científico, el juicio de ponderación, la argumentación principalista, entre otros, encontramos a una Suprema Corte de Justicia de la Nación, que funge como Tribunal Constitucional, no ajena a las tendencias innovadoras del Derecho Constitucional, ya que la edificación de nuevas tendencias podrá ser paulatina, sin embargo los ministros integrantes de ella tienen intención de modificar el rígido sistema positivista que ha imperado en nuestro Estado, implementando nuevas figuras Constitucionales dentro de un esquema argumentativo cada vez mas enriquecedor, del cual esperamos poder sentirnos orgullosos en los próximos años.

DÉCIMO PRIMERA.- La Suprema Corte al momento de señalar expresamente “*que el legislador ya consideró que el trasplante de órganos es una medida que contribuye al mejoramiento de la salud y de la calidad de vida de las personas*” olvida por completo que en materia de principios constitucionales, las exigencias de los casos cuentan más que la voluntad legislativa y ésta puede invalidarse. Por lo que la Corte debió avocarse a resolver en casos cómo el presente, trágicos, el hecho de justificar la elección que emite nuestro Tribunal entre sacrificar las exigencias particulares del caso ó las de la propia ley, para así estar en presencia de argumentos razonables que no se presten a la arbitrariedad judicial.

DECIMO SEGUNDA.- La Corte no manifiesta entender el sentido de la prohibición prevista en el artículo 333 de la Ley General de Salud, ya que en ninguna parte de la sentencia le proporciona un valor. Por lo que resulta imposible encontrar la perfecta categoría que le brinde sentido a la norma, la cual nos debería indicar en que dirección de resultados deberá buscar nuestro Máximo Tribunal, la regla idónea para ser aplicada dentro del ordenamiento nacional.

A manera de ejemplo del presente caso, podemos citar que el hecho materia del trasplante de órganos entre vivos, puede ser entendido en varios sentidos diferentes: ya sea con el fin de procurar la vida de una persona, con el fin de evitar sufrimientos ajenos, para la experimentación médica con seres humanos, para el comercio de órganos, para la degeneración de la especie humana, etc. Por lo que, aún cuando el sentido y el valor siempre tendrán significados objetivos, la Corte al momento de fallar, omite por completo desarrollar su categorización.

DECIMO TERCERA.- La argumentación de la Corte en relación a la razonabilidad y justificación de la regla que prohíbe un determinado hecho, resulto escueta en términos de derecho positivo. Lo anterior toda vez que aún que existiere una absoluta evidencia axiológica en las premisas sobre la necesidad de combatir el comercio de tráfico de órganos entre la sociedad,

nunca va a resultar en absoluto evidente, que para ello se pudiese poner en peligro un bien específico, en este caso, la salud de una persona humana, salud que podría brindar de nuevo la vida que ésta merece. Por lo que, sí lo pretendido por la norma impugnada emitida por el legislativo, era que el coste de la consecución del bien colectivo (prohibición de comercio de órganos) al no ser posible su distribución sobre toda la sociedad, recayera necesariamente por entero sobre una o unas pocas personas, que necesitasen la donación de un órgano por individuos ajenos a su familia, la Corte debió recalcar esa noción legislativa y argumentar sobre ello.

DÉCIMO CUARTA.- Resulta importante precisar la anotación que realiza nuestro Máximo Tribunal al principio de solidaridad, al establecer lo siguiente: *“En efecto, la solidaridad y el altruismo son características que no son ajenas a la especie humana; por tanto, no son exclusivos de las personas involucradas en una relación de matrimonio, parentesco o concubinato; y esta reflexión no es tomada en consideración por la norma impugnada”* Bajo ese orden de ideas, podemos concluir que el principio de solidaridad al que hace mención nuestra Corte permite al menos situar el comienzo de la apreciación de un valor objetivo por parte de nuestro Tribunal; para así desentrañar su objetividad al caso concreto. Sin embargo, el principio por sí sólo no encierra una solución al caso concreto, siendo evidente la importancia que tiene en ellas las valoraciones concretas que se les proporcionarán, sobre todo la urgencia de establecer una comparación del bien general que se quiere alcanzar con la entidad del bien individual puesto en peligro.

DÉCIMO QUINTA.- En el presente caso, nos situamos ante interrogantes planteadas al derecho, que devienen de progresos tecnológicos y científicos (trasplante de órganos). En ese sentido, quizás podamos concluir que la forma más adecuada ó las primeras respuestas a esta clase de conflictos sociales pueda ser brindada, como en el presente caso, mediante un procedimiento judicial, en el que se deberán confrontar rigurosamente los principios implicados. Ya que esperar que un Congreso Legislativo brinde respuestas, se traduciría al

menos por el momento, en la nada jurídica, ya que en el Congreso la utilización de principios constitucionales, son utilizados en frecuencia únicamente como instrumentos partidistas.

DÉCIMO SEXTA.- En México la nueva teoría del Neoconstitucionalismo no ha desarrollado completamente su construcción, ya que sí bien es cierto que en nuestro País, sí existe una constitución que contenga positivada los derechos fundamentales y principios básicos, también lo es que de las sentencias emitidas por nuestro Máximo Tribunal no se desprende una vasta, razonable y justificada argumentación jurídica, tampoco se distingue la formación de una hermenéutica constitucional —tal como lo concluimos al indicar que no existe una teoría constitucional en México— y por último tampoco se ha desarrollado una nueva teoría de derechos fundamentales basada en el fundamento de la dignidad humana, —sin hacer mención al principio de mínimo vital, que pretende abarcar un poco el concepto de dignidad humana, en materia de contribuciones—. En virtud de lo anterior, podemos concluir que nuestro Estado se encuentra en una primera fase de edificación de la nueva corriente neoconstitucionalista.

DÉCIMO SÉPTIMA.- Al momento de afirmar que no existe una teoría constitucional realizada por la Corte, nos referimos a que los principios consagrados en nuestra Carta Magna no están aún concretizados, ni por el legislador ni por nuestro Máximo Tribunal, es decir, no se adecua la idea general de los principios a las hipótesis previstas de los casos que se pretende regular, por lo que la transformación de principios a reglas mediante la argumentación, no puede concebirse, toda vez que es imposible observar de las ejecutorias dictadas por la Corte, el señalamiento claro y preciso de una regla que aclare el principio — lo cual sería evidente encontrar en la función jurisprudencial— dando esto por consecuencia un descubrimiento jurídico creativo.

DÉCIMO OCTAVA.- Considero que los principios y valores fundamentales consagrados en nuestra Constitución, no deberían estar jerarquizados, es decir,

el señalamiento del Pleno de nuestro Máximo Tribunal en el sentido de otorgarle mayor peso al principio de igualdad me parece sobreprotector e irracional, toda vez que se debe otorgar el mismo valor jerárquico a todos los principios explícitos previstos en nuestra Carta Magna, con el fin de que mediante el juicio de ponderación se pueda activar el mecanismo de otorgarle una optimización y un valor superior al que se adecue al caso concreto, y no así por mera decisión jurisdiccional otorgarle mayor peso a uno respecto a otro. Afirmar que existe un valor superior, sería lo equivalente a violar el propio principio de equidad previsto en nuestro Ordenamiento Constitucional.

No obstante a lo anterior y sin el afán de contradecirlo, considero que en materia de derechos fundamentales, sí debe existir una prioridad —y no así una jerarquización mayor— con respecto a la interpretación de dichos principios; Siempre salvaguardar dos principios básicos el de la Vida y el de la Dignidad Humana, ya que con ellos sí sería factible concluirlos como *ethos* del resto de los derechos fundamentales.

DÉCIMO NOVENA.- La común tendencia de la Corte al resolver sus sentencias, resulta apartada de la realidad, ya que la justificación de la constitucionalidad ó inconstitucionalidad de una ley en base en las opiniones vertidas por los legisladores, consistentes en expresar algún fin lícito a sus disposiciones o a alguna teleología legítima, no puede resultar acorde a las nuevas tendencias neoconstitucionalistas, lo anterior toda vez que dichos razonamientos lógicos jurídicos arcaicos, dan como resultado unos precedentes completamente cerrados en las formulaciones jurídicas, sin conciencia alguna de los fenómenos a los que ésta dirigida su fuerza normativa, ni a los principios y valores que esta conlleva.

En virtud de todo lo anterior, estoy convencida que se deben utilizar en nuestro Estado las nuevas tendencias del Neoconstitucionalismo, ya que nuestro actual sistema de protección a partir de violaciones de legalidad o violaciones indirectas

a la constitución, ya ha sido agotado. Asimismo, los artículos 14 y 16 de nuestra Carta Magna han generado y contribuido a que no se expanda una verdadera Teoría Constitucional, sino todo lo contrario, que nuestra Corte se avoque a resolver conflictos de legalidad disfrazados de constitucionalidad, ya que para los jueces, magistrados y ministros es mucho mas sencillo resolver en base a un postulado dictado por reglas, que a un principio que no se puede concebir, es decir, que esta en abstracto. Con lo anterior, se concluye que no se puede admitir que la Corte, siendo un Tribunal Constitucional, siga resolviendo amparos de legalidad, dando esto como resultado que en México exista bajo la Máxima Judicial, un mero Tribunal de Casación.

Bibliografía

ALEXY, Robert, *El concepto y la Validez del Derecho*, Barcelona, Gedisa, 1994.

----- *Justicia como corrección*, trad. Haquín, Ana Inés, Alicante, España, 2005.

----- *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Váldez, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1997.

----- *Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios*, trad. de Carlos Bernal, Bogotá, Universidad Externado de Colombia, 2003.

ALEXY, Robert, GARZÓN VÁLDES, Ernesto *Teorías del Discurso y Derecho Constitucionales*, México, Fontamara, 2005.

ALEXY, Robert e IBAÑEZ PERFECTO Andrés, *Jueces y Ponderación Argumentativa*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2006.

ALEXY, Robert, PRIETO SANCHÍS, Luis, *La teoría de la institución y de la fundación, en Obras escogidas*, trad. de Juan Santamaría Pastor y Santiago Muñoz Machado, Instituto de Estudios Administrativos, Madrid, 1976

ARAGON, Manuel, *Constitución democracia y control*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2002.

ATIENZA, Manuel, *Las razones del Derecho. Teoría de la argumentación Jurídica*, Instituto de Investigación Jurídicas, UNAM, México, 2003.

----- *El derecho como argumentación*, Editorial Ariel Derecho, Barcelona, 2006.

ATIENZA, Manuel y RUÍZ MANERO, Juan, *Las piezas del derecho*, Barcelona, Editorial Ariel, 1996.

ARCE Y FLORES VÁLDEZ, Joaquín, *Los principios Generales del Derecho y su formulación Constitucional*, Madrid, Civitas, 1990.

BARROSO, Luis Roberto, *El Neoconstitucionalismo y la Constitucionalización del Derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008.

BATISTA, Fernando, "La dignidad de la persona en la Constitución Española", *Revista Cuestiones Constitucionales*, Publicación 01/01/2006, UNAM Instituto de Investigaciones Jurídicas.

BERNAL PULIDO, Carlos, *Estructuras y Límites de la Ponderación*, consultado el 10 de agosto de 2008, <http://descargas.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/01826852872365026338813/015786.pdf?incr=1>.

----- *El principio de Proporcionalidad y los Derechos Fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003.

BOBBIO, Norberto, *Estado, Gobierno y Sociedad*, Trad. de José Fernández Santillán, México, Fondo de Cultura Económica, 2001.

BOCKENFORD, Ernst, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, Editorial Trotta, Madrid, 2000.

CAMARA DE DIPUTADOS, *Derechos del Pueblo Mexicano*, México a través de sus Constituciones 5ª. Edición, México, Miguel Ángel Porrúa, 2000, T. XVVV,

CARBONELL, Miguel, *Constitución, reforma constitucional y fuentes del derecho en México*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1998.

----- *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2005.

----- *Notas sobre la reforma constitucional en México*, "Revista de la Facultad de Derecho de México", ISSN 0185-1810, No, 245.

CÁRDENAS Jaime, *La argumentación como derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2007.

CARPIO MARCOS, Edgar, "La interpretación de los derechos fundamentales", en Ferrer Mc-Gregor, Eduardo (comp.), *Interpretación Constitucional*, Porrúa, México, Tomo I, 2005.

CASTAÑO VALLEJO, Raúl, *Intervenciones Corporales y principio de proporcionalidad*, Instituto de investigaciones jurídicas UNAM, consultado en Internet 5 de agosto de 2008, <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/dconstla/cont/20072/pr/pr3.pdf>.

COMANDUCCI, Paolo, *Formas de Neoconstitucionalismo: Un análisis Matateórico*, trad. de Miguel Carbonell, consultado el 18 de julio de 2008 http://www.cervantesvirtual.com/servlet/SirveObras/mcp/90250622101470717765679/isonomia16/isonomia16_06.pdf.

CONCEPCIÓN GIMENO, María, "La interpretación jurídica en la obra de Ricardo Guastini", *Anuario de Filosofía del Derecho*, Universidad Complutense de Madrid, núm. XVII, Enero 2000, Universidad Complutense de Madrid, consultado el 1 de agosto de 2008. http://europa.sim.ucm.es/compludoc/GetSumario?r=/S/10302/05180872_1.htm&zfr

COSSIO, José Ramón y PEREZ DE ACHA Luis, *La Defensa de la Constitución*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, 2003.

COSSÍO José Ramón, *La Teoría Constitucional de la Suprema Corte de Justicia*, Doctrina Jurídica Contemporánea, Fontamara, México, 2002.

DÍAZ, Elías, *Estado de Derecho y sociedad democrática*, Madrid, Taurus, 1998.

DÍAZ Romero, Juan, *Los Tribunales Constitucionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, "Homenaje a Héctor Fix-Zamudio, La Ciencia del Derecho Procesal" Tomo II, Tribunales Constitucionales y Democracia, Comp. Ferrer McGregos y Zaldivar Lelo, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2008, México.

DONACIÓN DE ÓRGANOS, *Decisiones Relevantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México, Tomo I, México, 2004.

DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Editorial Ariel, 1984.

ESTRADA TORRES, Pedro, "Las tendencias del Derecho Constitucional en México", en Estrada Torres, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*, México, Editores Limusa, 2006.

EUROPEAN COURT, *The Sunday Times case*, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párrafo no. 59.

FERRAJOLI, Luigi, "Derecho y Razón". *Teoría del Garantismo Penal*, Trotta, Madrid, 2004.

----- *Derechos y Garantías*, Editorial Trotta, Madrid, 2004.

FIORAVANTI, Maurizio, *Constitución de la antigüedad a nuestros días*, Editorial Trotta, Madrid, 2001.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, en el prólogo del libro *Los Tribunales Constitucionales en Iberoamerica*, autor: Ferrer McGregor Eduardo, Porrúa, México.

GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, "La teoría del derecho en tiempos de constitucionalismo", en Carbonell, Miguel (comp), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo, *Introducción al estudio del derecho*, 31a edición, México, Porrúa, 1980.

GONZÁLEZ BEILFUSS, Markus, *Ultimas Tendencias en la Interpretación del Principio de Proporcionalidad*, Revista Jurídica de Cataluña, Número 4, año 2002.

GONZÁLEZ RIVAS, Juan José, *La interpretación de la Constitución por el Tribunal Constitucional (1980-2005)*, España, Thomson Civitas, 2005.

GUASTINI Riccardo, “La interpretación: objetos, conceptos y teorías” *Estudios sobre la interpretación jurídica*, 5a. ed., México, Porrúa-UNAM, 2003.

----- “La Constitucionalización del ordenamiento Jurídico”, en Carbonell, Miguel (comp.), *Neoconstitucionalismo*, 3ª. Ed., Madrid, Trotta, 2006.

HABERLAS, Jürgen, *Facticidad y validez*, trad. de Manuel Jiménez Redondo, Madrid, Trotta, 1998,

----- *El Estado Constitucional*, trad. de Héctor Fix Zamudio, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003.

HELLER, Herman, *Teoría del Estado*, trad. de Luis Tobio, México, Fondo de Cultura Económica, 1987.

JIMÉNEZ CANO, Roberto-Marino, “Sobre los principios generales del derecho”, *Especial consideración en derecho Español*, consultado en Internet el 6 de agosto de 2008: <http://www.filosofiyderecho.com/rfd/numero3/1-3.pdf>

KELSEN, Hans, *La garantía jurisdiccional de la Constitución (la Justicia Constitucional)*, trad. de Ronaldo Tamayo y Salmorán, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001.

MACCORMICK, Neil, “Retórica y Estado de Derecho”, *Isegoría, Revista de Filosofía y Política*, Madrid, num.21, noviembre de 1999.

NUÑEZ TORRES. Michael, “Nuevas Tendencias del Derecho Constitucional del siglo XXI o el regreso de concepciones básicas del Estado”, en Torres Estrada, Pedro (comp.) *Neoconstitucionalismo y Estado de Derecho*, editorial limusa, México, 2006.

PÉREZ LUÑO, Antonio, *Derechos humanos, Estado de Derecho y Constitución*, 9 edición, Tecnos, Madrid, 2005.

PIETRO SANCHÍS, Luis, *El juicio de Ponderación Constitucional*, Madrid, Laporta, 2003.

----- “Justicia Constitucional y Derechos Fundamentales” *Sobre el Neoconstitucionalismo y sus implicaciones*, Justicia, Madrid, 2003.

----- “Tribunal Constitucional y Positivismo Jurídico”, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, España, pp. 177-178, consultado el 5 de agosto de 2008, <http://cervantesvirtual.com./portal/doxa>.

RAZ Joseph, *Razonamiento práctico*, México, Fondo de Cultura Económica, 1988.

REALE, Miguel, *Teoria Tridimensional do Direito*, São Paulo, Saraiva, 1968;

RECASÉNS SICHES, Luis, *Introducción al estudio del derecho*, México, Porrúa, 1985

ROJAS AMANDI, Victor Manuel, *Ronald Dworkin y los Principios Generales del Derecho*, Porrúa, México, 2007.

ROSSEAU, Jacob, *El contrato Social*, visitado el 24 de noviembre de 2008 en: <http://www.laeditorialvirtual.com.ar/Pages/Rousseau/RousseauContratoIndice.htm>

SALAZAR Ugarte, Pedro, *La Democracia Constitucional una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica y UNAM, 2005.

SÁNCHEZ GIL, Rubén, *El Principio de Proporcionalidad*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2007.

SÁNCHEZ GONZÁLEZ, Santiago, “De la imponderable ponderación y otras artes del tribunal constitucional”, *Teoría y realidad constitucional*, España, ISSN, 1139 5583, 2003, No. 12, 13.

SCHMITT Carl, *La Defensa de la Constitución*, serie de ciencia política, 2da. Edición, 1998.

SERNA BERMÚDEZ, Pedro, "Neoconstitucionalismo e Interpretación", en Estrada Torres, Pedro (comp.), *Dos reflexiones en torno a la interpretación Constitucional*, México, Editorial Limusa, 2006.

SIEYES, Emmanuel, *¿Qué es el tercer Estado?*, 3 edición, traducción de José Rico Godoy, México, UNAM, 1989.. visitado el 24 de noviembre en:
<http://www.unam.mx/publicadas/060426224841.html>

SUMMERS, Robert, *La naturaleza formal del derecho*, México, Fontamara, 2001.

TAMAYO SALMORÁN, Rolando y Enrique Cáceres Nieto (coord), *Teoría del derecho y conceptos dogmáticos*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1987,

VÁZQUEZ-GÓMEZ BISOGNO, Francisco, "Los principios de interpretación en materia de derechos fundamentales. Un ejemplo de su aplicación a partir de la despenalización del aborto en México". consultado el 5 de octubre de 2008 en:
www.bibliojuridica.org/libros/6/2560/20.pdf.

VÁZQUEZ Rodolfo, *Teoría del Derecho*, Editorial Oxford, México, 2007.

ZAGREVELSKY, Gustavo, *El Derecho dúctil*, 7 ed., Trotta, España, 2007.

LEYES, JURISPRUDENCIA Y EJECUTORIAS

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

Ley General de Salud

Ley de Amparo

Sentencias de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México

Sentencias de los Tribunales Colegiados de Circuito, México.

Sentencias del Tribunal Constitucional Español

Sentencias del Tribunal Constitucional Alemán

Sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos

Sentencias de la Corte Europea de Derechos Humanos

Sentencias de la Corte Estadounidense

Tesis y Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México

Tesis y Jurisprudencia de los Tribunales Colegiados de Circuito, México.