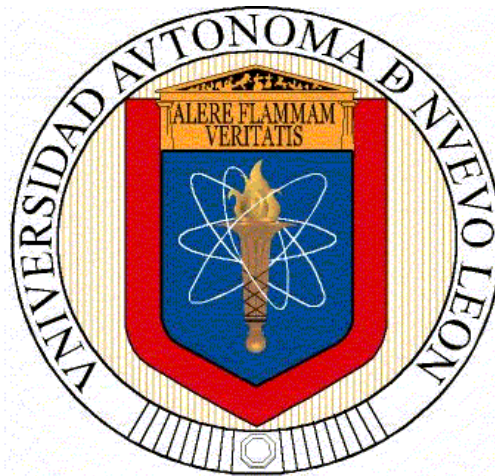


**UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA**



**“DIRECTIVAS ANTAGÓNICAS DE INTERPRETACIÓN DE
LAS NORMAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS A
LOS DERECHOS HUMANOS”**

PRESENTA:

Carlos Emilio Arenas Bátiz

TESIS PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTORADO EN DERECHO

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, N.L. ABRIL DE 2014

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE NUEVO LEÓN
FACULTAD DE DERECHO Y CRIMINOLOGÍA
SUBDIRECCIÓN DE POSGRADO



**“DIRECTIVAS ANTAGÓNICAS DE INTERPRETACIÓN DE
LAS NORMAS CONSTITUCIONALES RELATIVAS A
LOS DERECHOS HUMANOS”**

TESIS QUE PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN DERECHO

PRESENTA:

Mtro. Carlos Emilio Arenas Bátiz

DIRECTOR:

Dr. Gastón Julián Enríquez Fuentes

SAN NICOLÁS DE LOS GARZA, N.L. ABRIL DE 2014

INTRODUCCIÓN

I

¿Por qué las normas constitucionales relativas a derechos humanos, particularmente a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, son interpretadas de formas distintas por los Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación?, y ¿por qué esta divergencia de opiniones también suele presentarse cuando en otros órganos judiciales colegiados, tanto federales como locales, o en eventos académicos en los que participan estudiosos del tema, se busca establecer el significado o sentido de las referidas normas relativas a derechos humanos?

Ciertamente que esta disparidad en la interpretación, no se debe a que algunos de estos juzgadores o académicos sí sepan Derecho de los derechos humanos y de Derecho constitucional, y los otros no. Todos los referidos juzgadores y académicos especialistas, son expertos en el tema. Más bien, la explicación está en que esos expertos, aun cuando todos se refieran a la misma norma jurídica, sin embargo, cada uno la lee y entiende desde directivas antagónicas de interpretación.

En efecto, en el campo del Derecho no es extraño encontrar normas o instituciones jurídicas, cuyo significado o alcance estén determinados por la directiva teórica desde la cual se les interprete. Siendo las normas constitucionales relativas a los derechos humanos, un innegable ejemplo de esto. Estas normas sobre todo porque son genéricas o de textura abierta, tienen grandes márgenes de indeterminación, y por esto son preceptos muy susceptibles a significar cosas distintas para operadores jurídicos con directivas antagónicas de interpretación.

Ahora bien, aunque son muchas las directivas que inciden en la interpretación de las normas relativas a derechos humanos, en este trabajo nos referiremos sólo a algunas de ellas. Esta investigación estará centrada en el análisis de cuatro pares de esas directivas de interpretación, para demostrar que éstas en ciertos casos son antagónicas entre sí, pues ponen al interprete en la disyuntiva de tener que optar –de manera consiente o inconsciente- por una directiva o por la otra, cada una de las cuales produce un resultado interpretativo diverso. Y

para demostrar también que son estas directivas, las que están detrás del debate en torno a cuatro de los más importantes temas del régimen nacional de los derechos humanos.

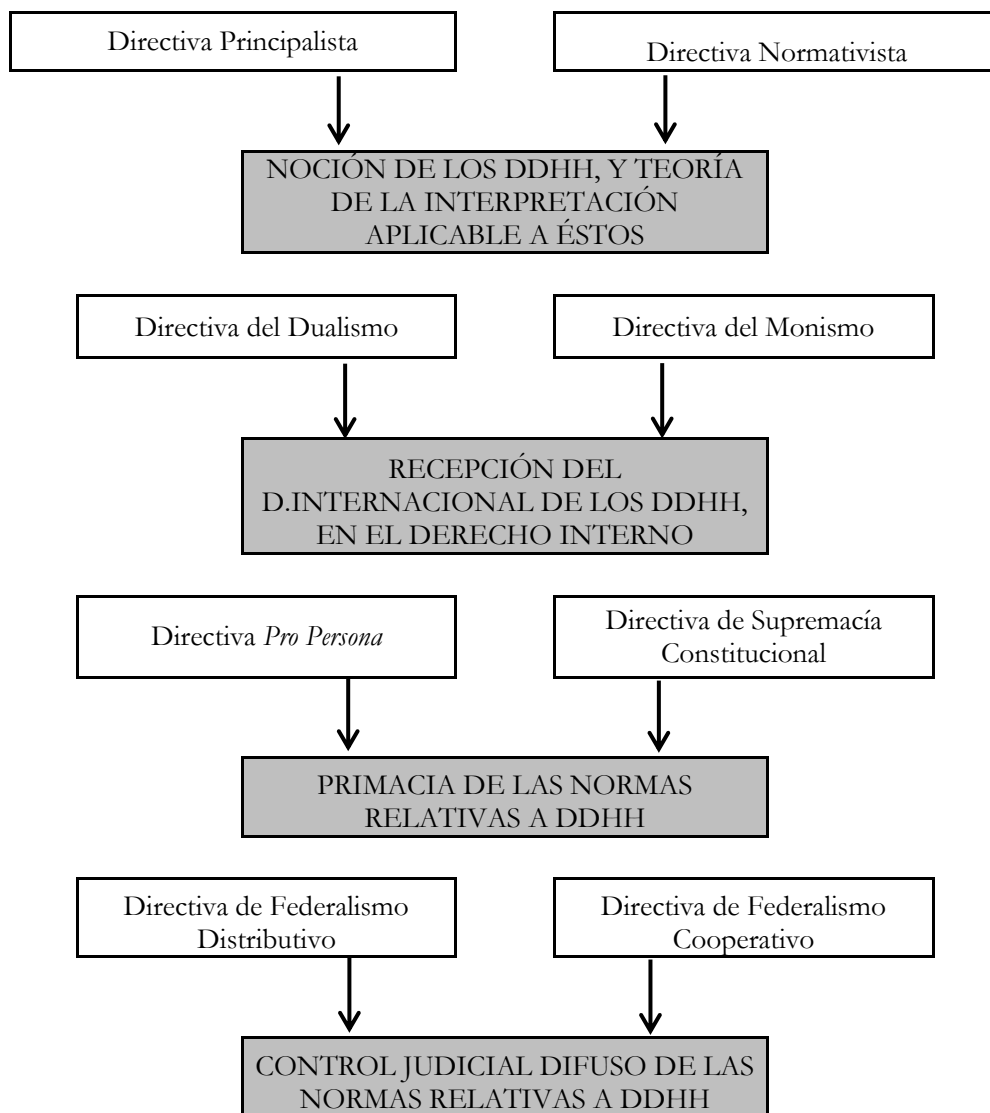
Esto es, la trascendencia de la teoría a la práctica jurídica en materia de derechos humanos, será el objeto de estudio de esta tesis, y específicamente se pondrá en evidencia que si algunas de las principales normas constitucionales relativas a derechos humanos, no han podido ser interpretadas de manera unívoca, esto se debe a que académicos y operadores jurídicos las procesan y entienden desde directivas antagónicas de interpretación.

Y demostraremos de manera concomitante, que para determinar la dimensión efectivamente practicable y exigible de los derechos humanos en México –lo mismo que en cualquier otro país-, si bien es cierto que es muy importante el precepto constitucional definido por el legislador, pues éste constituye un marco de referencia o significación que pone ciertos límites que el intérprete no puede exceder. Sin embargo, también es cierto que tiene gran trascendencia la particular perspectiva teórica que adopte el intérprete –en última instancia el juez- pues será éste quien, en correspondencia con su propia directiva de interpretación, terminará atribuyendo uno y desechando los demás significados que pueden tener cabida en la norma jurídica como marco de referencia o significación. Lo cual, por cierto, no deja de ser revelador de las capacidades creciente y decreciente, respectivamente, que actualmente corresponden al juez y al legislador en la determinación del Derecho.

Los cuatro pares de directivas antagónicas de interpretación, que respectivamente inciden en cuatro grandes temas del Derecho de los derechos humanos, que analizaremos son:

1. Las directivas “principalista” vs “normativista”, serán analizadas por ser éstas las que en mayor medida determinan nuestra idea respecto de qué son y cuál es la naturaleza de los derechos humanos; determinan cuál debe ser la teoría de la interpretación jurídica aplicable a éstos; e incluso desbordan su influencia sobre otros temas relacionados con la vigencia y exigibilidad de los derechos humanos.
2. Las directivas del “dualismo” vs “monismo”, serán analizadas por ser éstas las determinantes en la interpretación del régimen nacional de recepción o incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos.

3. El principio “*pro persona*” vs el principio de “supremacía constitucional”, serán presentados como directivas antagónicas de interpretación que determina qué primacía corresponde a las normas relativas a derechos humanos, cuando éstas quedan incluidas en un conflicto normativo.
4. Finalmente, nos referiremos a las directivas teóricas del “federalismo distributivo” vs el “federalismo cooperativo”, y a la influencia que éstas tienen en la interpretación del régimen nacional de distribución de las competencias jurisdiccionales encargadas de salvaguardar la vigencia de los derechos humanos.



Directivas de interpretación y temas por interpretar, los anteriores, cuyo debate ha revivido intensamente a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, que introdujo nuevas instituciones jurídicas como la constitucionalización de los tratados internacionales relativos a derechos humanos, el principio de interpretación *pro persona*, y el control difuso de constitucionalidad; temas todos estos sobre los cuales incide el artículo 1º constitucional en sus primeros tres párrafos, en los siguientes términos:

“Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.

...”¹

II

Para ilustrar por qué adoptar una particular directiva de interpretación y no su antagónica, lleva de manera determinante a desembocar en un cierto resultado interpretativo y no en otro; pongamos un ejemplo.

¹Este es el texto del artículo 1º constitucional, a partir de su reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011. El texto completo de este precepto incluye además los párrafos cuarto y quinto, que respectivamente prohíben la esclavitud y la discriminación, en los siguientes términos:

“Está prohibida la esclavitud en los Estados Unidos Mexicanos. Los esclavos del extranjero que entren al territorio nacional alcanzarán, por este solo hecho, su libertad y la protección de las leyes.

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otra que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.”

Tomemos el enunciado normativo “El varón y la mujer son iguales ante la ley” (art. 4º constitucional). Norma ésta que como cualquiera otra, constituye un marco de significación dentro del cual caben o pueden identificarse varias opciones de significado posible. Ahora supongamos que invocando esta norma constitucional, una persona transexual que se postuló como candidato a diputado, cuestiona que se le incluya dentro del bloque masculino para los efectos de la cuota de género 50/50 que prevé la ley electoral; mientras que una mujer trabajadora impugna la negativa del instituto de seguridad social para registrar como beneficiario del seguro médico a su cónyuge masculino sin empleo formal, no obstante que los hombres trabajadores sí registran a sus esposas dedicadas al hogar. Frente a esto, el intérprete tendrá que resolver las varias disyuntivas de significación que esta norma puede contener, entre otras las siguientes:

- a) Las calidades de varón y mujer, está determinada por el nacimiento: son varones los que nacen con cromosomas “xy”, y mujeres las que nacen con cromosomas “xx”. O bien, estas calidades están determinadas por el rol de género que cada persona desempeña en sus relaciones sociales y personales.
- b) La igualdad que prescribe este artículo Constitucional, es homologación que prohíbe toda forma de diferenciación entre personas de distintos sexos; o es equidad que autoriza la discriminación positiva orientada a lograr la igualdad entre quienes están en una situación desigual. Esto es, la igualdad entre varones y mujeres es un presupuesto que existe y debe ser garantizado por la norma, o bien, es un resultado que debe ser procurado por el Derecho.
- c) El significado de este precepto debe establecerse atendiendo a la “naturaleza de las cosas” o principios o derechos inherentes. O debe establecerse en apego a la que fue la voluntad o intención del legislador constituyente mexicano autor de dicha norma; de tal manera que aun y cuando esta norma esté expresada en términos literalmente idénticos en varios países, sin embargo, en cada uno de éstos pueda significar algo distinto, atendiendo a la particular voluntad o propósito de cada legislador nacional.

Como se advierte, para atribuirle a la norma uno de sus significados posibles, y de manera concomitante descartar todos los demás significados, el intérprete debe previamente identificar desde cuáles directivas hará la interpretación normativa.

Directivas de interpretación que también funcionan como el parámetro desde el cual el intérprete evalúa la corrección de la interpretación hecha por sí mismo, y de la interpretación que otros proponen. *“Las directivas de interpretación desempeñan una doble función: ‘heurística’ y ‘justificatoria’, respectivamente. En efecto, las directivas pueden servir para ‘descubrir’ cuál es el significado que le conviene a una disposición, o también para ‘justificar’ que ese es el significado que le conviene a la disposición.”*²

III

Otro aspecto de las directivas de interpretación, que también es importante mencionar en esta introducción, es que tales directivas son muy variadas, pues las hay de distintas clases o tipos; y sin embargo, en esta obra sólo nos referiremos a unas pocas de ellas.

En efecto, hay directivas orientadas al cómo se hace la interpretación, esto es, son directivas lógicas o metodológicas. A éstas WRÓBLESKY las denomina directivas de primer grado y las agrupa en lingüísticas, sistemáticas y funcionales. Por ejemplo, las siguientes directivas lingüísticas de interpretación legal:

“i) Sin razones suficientes, no se debería atribuir a los términos interpretados ningún significado especial distinto del significado que estos términos tienen en el lenguaje natural común. Directiva que se basa en una presunta técnica legislativa de acuerdo con la cual en el lenguaje legal, los términos no se utilizan con el significado técnico legal mas que en casos especialmente justificados;

ii) Sin razones suficientes, a términos idénticos que se utilizan en las reglas legales, no se les debería atribuir significados diferentes. Esta directiva presupone que en el lenguaje legal no existe polisemia;

iii) Sin razones suficientes, a términos diferentes no se les debería atribuir el mismo significado. Esta directiva presupone que el lenguaje legal carece de sinonimia;

iv) No se debería determinar el significado de una regla de manera tal que algunas partes de dicha regla sean redundantes. Directiva que garantiza una presunta intención legislativa de garantizar relevancia a cada expresión del lenguaje legal;

*v) El significado de los signos lingüísticos complejos del lenguaje legal deberá ser determinado según reglas sintácticas del lenguaje natural común. Esta directiva se basa en la tesis de que el lenguaje legal no posee particularidades sintácticas que lo diferencien del lenguaje común”.*³

² CASTILLO GONZALEZ, Leonel. “Una aproximación al modelo de interpretación de Jerzy Wroblesky”. En: BAEZ SILVA, Carlos, et. al (Coords.) *Estudios sobre interpretación y argumentación jurídicas*. 2ª ed. Laguna, 2010, p. 52.

³ WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Civitas, 1985, p. 47-48.

Hay directivas que definen el orden o la prelación con la que otras directivas metodológicas deben aplicarse en ciertas materias. Por ejemplo, en materia penal, la letra de la ley debe prevalecer y está prohibida la interpretación por analogía (art. 14 constitucional), mientras que en materia civil, cuando las palabras utilizadas en un contrato resulten contrarias a la intención evidente de los contratantes, prevalecerá ésta sobre aquéllas (art. 1851 del Código Civil Federal).

Otras directivas son las teóricas, ideológicas o axiológicas; a las cuales WRÓBLESKY las llama directivas de segundo grado.

Un ejemplo de directiva ideológica sería la que asume la existencia de un legislador racional o legislador perfecto, no obstante que la existencia de tal entidad no sea verificable en la realidad, sino que más bien sea *“un término teórico porque sin connotar algo empírico tiene un significado y una función explicativa dentro de la estructura teórica de la dogmática. La cual conceptúa al derecho de manera formalista, es decir, sin lagunas, incoherencias, redundancias ni algún otro defecto operativo, axiológico, etcétera.”*⁴

*“Se habla del legislador como si fuera un único individuo que dictó todas las normas del orden jurídico, cuando en la realidad, las normas de un sistema moderno son dictadas por gran número de hombres diferentes. Se alude a un legislador imperecedero, incluso de normas dictadas mucho tiempo atrás por hombres que tal vez murieron. Presuponen que el legislador es siempre consciente de las normas que expide, aunque muchas veces los legisladores reales sólo levantan la mano sin tener idea de la ley que están votando. Parten de que el legislador es omnisciente, que comprende todas las circunstancias fácticas, a veces infinitas, comprendidas dentro de las normas que dicta...”*⁵

Por cuanto hace a las directivas teóricas de interpretación (*“entendiendo ‘teorías’ en un sentido amplio, como estructuras conceptuales sobre un objeto; no toda teoría es científica”*⁶) éstas no sólo están relacionadas con la teoría del Derecho, pues también las hay relativas a los contenidos no jurídicos de las normas. *“Por ejemplo, la teoría de la química sobre sustancias prohibidas del Código Penal Federal.”*⁷ Destacando aquí que para la interpretación de las normas constitucionales relativas a derechos humanos, resultan muy frecuentemente aplicables directivas relacionadas con teorías

⁴ LARIOS VELASCO, Rogelio y CABALLERO GUTIÉRREZ, Lucila. *Las directivas de interpretación jurídica*. México, Fontamara, 2011, p. 42.

⁵ NINO, Carlos Santiago. *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Astrea, 2001, p. 328.

⁶ LARIOS VELASCO, Rogelio y CABALLERO GUTIÉRREZ, Lucila... ob. cit. p.36.

⁷ *Ibidem*. p.44.

no jurídicas, pues dichas normas constitucionales ordinariamente contienen conceptos jurídicos indeterminados cuyo contenido debe ser definido acudiendo a directivas extra jurídicas. Ya antes pusimos el ejemplo de una norma constitucional que se refiere a “*el varón y la mujer*” y vimos que para la interpretación de estos conceptos es necesario acudir a directivas teóricas extra jurídicas. Y así como éste, hay otros diversos casos en los que los tribunales del país han tenido que hacer uso de directivas teóricas no jurídicas, para atribuir o argumentar el significado de conceptos no jurídicos o conceptos indeterminados o de textura abierta,⁸ contenidos en la normas constitucionales, como tales como es el caso del concepto “vida” – que la Suprema Corte tuvo que precisar cuándo iniciaba, para los efectos de la interrupción voluntaria del embarazo⁹-, o el concepto “democracia” –que el Tribunal Electoral federal tuvo que precisarse para establecer cuáles son los atributos de ésta que deben exigirse en la vida interna de los partidos políticos¹⁰-.

Ejemplos de directivas axiológicas, estarían por ejemplo las que proponen que en caso de duda debe privilegiarse la interpretación que más favorezca al reo en materia penal (*in dubio pro reo*), al trabajador en materia laboral (*in dubio pro operario*), o al ciudadano en materia electoral (*in dubio pro cive*). Así como la directiva que prescribe que “*En todas las decisiones y actuaciones del Estado se velará y cumplirá con el principio del interés superior de la niñez*” (art. 4º constitucional).

Otras directivas de interpretación pueden catalogarse como expresas, toda vez que se consignan literalmente en las normas jurídicas. Por ejemplo, “*Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán... favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*” (artículo 1º constitucional), y “*En la interpretación de este derecho (acceso a la información) deberá prevalecer el principio*

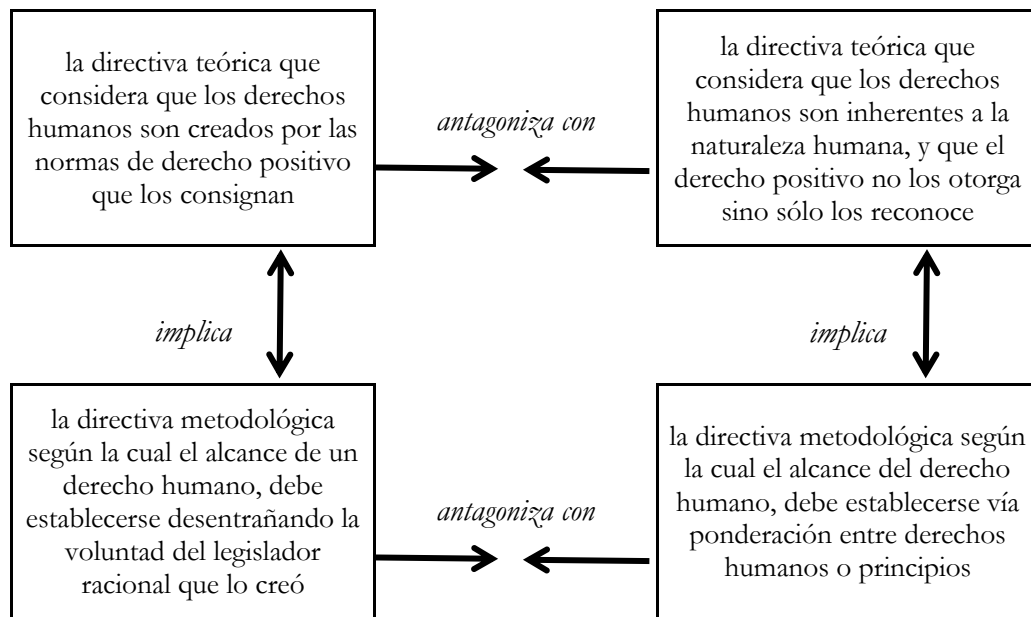
⁸“... lo que doctrinariamente se conoce como un concepto jurídico abierto o indeterminado, (es)... un vocablo o expresión empleado en un ordenamiento jurídico como componente de algún supuesto o consecuencia, pero carente de una significación precisa, tanto dentro del sistema positivo como en el vocabulario común o técnico, ante el cual el operador jurídico, a quien le corresponde aplicar el Derecho, se ve impelido a descubrir el significado que resulta más idóneo tanto para el contexto en que fue utilizada la palabra o frase, como para el contenido regido por la disposición jurídica y los fines que con ella se persiguen.” (Fragmento de la sentencia SUP-JDC-781/2002, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación).

⁹ Véase sentencia dictada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para resolver la acción de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, planteadas para combatir una reforma al Código Penal del Distrito Federal, que despenalizaba la interrupción voluntaria del embarazo.

¹⁰ Véase tesis relevante del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, número S3 EL 008/2003 con rubro “ESTATUTOS DE LOS PARTIDOS POLÍTICOS. ELEMENTOS MÍNIMOS QUE DEBEN CONTENER PARA CONSIDERARSE DEMOCRÁTICOS”.

de máxima publicidad” (art. 6º constitucional). Habiendo también directivas de interpretación implícitas en el Derecho, como por ejemplo la que propone DWORKIN en el sentido de que “*nadie puede beneficiarse de su propio delito*”¹¹

Para terminar este vistazo sobre los diversos tipos de directivas, cabe distinguir aquéllas que son convergentes o se implican recíprocamente, de aquellas otras que son divergentes o antagónicas entre sí.



Por ejemplo, la directiva de interpretación, que sostiene que las normas jurídicas no deben tener otro significado sino el que definió para ellas su autor, y que dicho significado debe descubrirlo o desentrañarlo el interprete, aplicando para esto los criterios gramaticales, sistemáticos y funcionales; es una directiva metodológica, consistente con la directiva teórica que sostiene que la producción del Derecho corresponde al legislador, mientras que a los jueces –intérpretes últimos de la norma- sólo corresponde su aplicación. Aunque estas dos directivas, a su vez, son antagónicas con las directivas que consideran que específicamente los

¹¹ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1989, p. 75-76. El principio que actúa como directiva de interpretación, que DWORKIN derivó del caso *Riggs v. Palmer*, y conforme al cual una norma no puede ser interpretada en el sentido de permitir que el nieto que asesina a su abuelo, tenga derecho a recibir la herencia de éste.

derechos humanos, no son creados por el legislador, sino que son preexistentes a todo el Derecho positivo, y su contenido debe ser dilucidado no por una investigación histórica, sino por la razón humana y por la ponderación entre estos derechos inherentes.

Y así, habiendo repasado los diversos tipos o clase de directivas de interpretación, se insiste que este trabajo no es sobre todas ellas, sino sólo sobre las ya enunciadas directivas antagónicas de interpretación, que mayormente están presentes en el debate en torno a cuál es la interpretación correcta que corresponde a los grandes temas del Derecho mexicano de los derechos humanos, reformados en junio de 2011.

IV

En el capítulo I, se presentará la directiva teórica del “constitucionalismo principalista”, la cual tiene como ideológico de partida considerar que los derechos humanos son principios o postulados de valor moral inherentes a la persona humana. Postura ideológica ésta, que bien puede ser identificada como “neo-iusnaturalista”. Y también presentaremos a su directiva teórica antagónica que es el “constitucionalismo normativo”, perspectiva ésta que considera que los derechos humanos son esencialmente normas jurídicas positivas creadas por el legislador, y que tienen como contenido sustantivo ningún otro más que el legislador decide soberanamente. Siendo esta una postura innegablemente “neo-positivista”.

La importancia de las directivas teóricas del principalismo y del normativismo, es mayúscula porque adoptar una u otra hace variar la idea o noción de lo que debe entenderse por “derecho humano”; y también hace variar los criterios, métodos o procedimientos de interpretación aplicables para establecer el significado y alcance de los derechos humanos.

Pero además, adoptar una noción principalista o normativista de los de los derechos humanos, influye poderosamente en prácticamente todos los demás temas asociados a los derechos humanos.

Por ejemplo, el tema relativo a la incorporación o recepción de los derechos humanos consignados en tratados internacionales, desde el mirador del constitucionalismo principalista debe entenderse en el sentido de que el referido precepto constitucionaliza de manera completa y con la misma jerarquía, a todo el derecho internacional de los derechos humanos.

No podría ser de otra manera considerando que desde esta perspectiva al legislador constituyente no le corresponde decidir si otorga o no los derechos humanos, pues estos no son propiamente normas jurídicas que deban ser creadas por la autoridad pública, sino que más bien son principios morales y universales, que toda autoridad pública en un país democrático, debe reconocer y no puede traspasar. Los derechos humanos reconocidos por la comunidad internacional, no pueden ser restringidos por ninguna norma de derecho interno, e incluso los derechos humanos que constituyen el denominado “*ius cogens*” ni siquiera requieren ser formalmente reconocidos por los Estados, a efecto de resultar de observancia obligatoria para éstos.

En cambio, desde el punto de vista normativista, el artículo 1º constitucional, aunque constitucionaliza a los derechos humanos como principios, sin embargo no lo hace de manera completa, o no con la misma jerarquía para todos los referidos derechos; lo cual es perfectamente posible en la medida en que desde esta perspectiva, el legislador constituyente es soberano para decidir cualquier contenido para las normas jurídicas que produce, y los denominados derechos humanos no son otra cosa sino normas jurídicas con cierto contenido moral.

Del mismo modo, también se impacta el tema relativo al principio *pro persona* como parámetro material o de contenido aplicable para resolver los conflictos entre normas jurídicas, pues si a este principio se le ve desde una perspectiva principalista, pues entonces debe prevalecer por sobre el principio de supremacía constitucional que es un parámetro formal o de jerarquía. En cambio, si se adopta la perspectiva normativista, habría que coincidir en que la mayor jerarquía de las normas está determinada por la mayor soberanía del legislador que las produce, y en esa medida el criterio de la jerarquía formal de las normas es el que debiera prevalecer en la resolución de antinomias.

Asimismo, las diversas directivas principalista o normativista de los derechos humanos, también hacen variar el alcance del control difuso de constitucionalidad, esto es, el alcance de la competencia de las autoridades públicas para actuar como garantes de la Constitución y de los derechos humanos previstos en ésta. Así, por ejemplo, para la perspectiva normativista que equipara al derecho humano con la norma jurídica que lo consigna, resulta que los derechos humanos son “derecho constitucional”, que por lo tanto sólo puede ser legislado y juzgado,

respectivamente por las autoridades legislativas y jurisdiccionales del ámbito constitucional, y no así por las autoridades del ámbito local. En cambio, desde la perspectiva principalista, en la medida en que los derechos humanos no son normas jurídicas, sino principios morales, universales y autoevidentes, entonces trascienden las fronteras competenciales y deben ser respetados y salvaguardados tanto por las autoridades públicas locales, como por las autoridades federales y las del ámbito constitucional, aunque cada una en apego a sus respectivas atribuciones de carácter procesal.

En el Capítulo I, para presentar de manera más completa la propuesta ideológica y las consecuencias jurídicas prácticas, de las directivas principalista y normativista; también se expondrá la confrontación teórica que existe entre iusnaturalismo y iuspositivismo, y entre principios inherentes y principios positivos, pues estos antagonismos indudablemente son episodios importantes de la disyuntiva principalistas vs normativistas.

V

En el Capítulo II se analizarán las directivas antagónicas del “dualismo” y del “monismo”, que son las que condicionan la interpretación del régimen relativo a la incorporación al Derecho interno mexicano, de las normas relativas a derechos humanos contenidas en tratados internacionales.

Y dentro del monismo, se analizan las razones, principalmente propuestas por KELSEN, que respaldan un monismo internacionalista o un monismo nacionalista. Ambos consideran que el Derecho internacional y el Derecho interno, forman un único sistema jurídico, sin embargo, los primeros sostienen la prevalencia del Derecho internacional sobre el interno, mientras que los segundos sostienen que en casos de conflicto normativo, el Derecho nacional debe prevalecer sobre las normas de fuente internacional.

Este debate relativo a la exigibilidad en el orden interno, de los derechos humanos pactados en tratados internacionales, no es nuevo ni exclusivo de nuestro país. Constituye uno de los temas –aunque sin duda el más importante– de un debate mayor que involucra a toda la comunidad internacional: ¿el Derecho internacional cómo y en qué términos, deja de ser sólo fuente de obligaciones exigibles entre los Estados nacionales, para incorporarse al Derecho

interno de cada país y convertirse también en fuente de derechos y obligaciones que los individuos puede exigir a sus respectivas autoridades nacionales?

Considerando lo anterior, en el Capítulo II se presentará la noción de Derecho internacional de los derechos humanos, y se explicarán las bases teóricas que justifican la directiva monista y la directiva dualista. Además, también se expondrán los distintos sistemas y cláusulas constitucionales que los diversos países adoptan para regular la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos, a su respectivo Derecho nacional interno. Dedicando un apartado especial, para exponer la fórmula constitucional de incorporación de tratados internacionales, que en México preveía el artículo 133 constitucional hasta antes de la reforma de 2011.

Ahora bien, de entre las diversas fórmulas o modelos de incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos, ¿cuál fue el que adoptó México a partir de la reforma de 2011 al artículo 1º constitucional? Ésta fue la interrogante que se planteó la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el asunto Varios 912/2010, el cual fue definitivamente resuelto en sesión del Pleno del día 14 de julio de 2011, habiéndose publicado el engrose de esta sentencia en septiembre de ese mismo año; y en la Contradicción de Tesis 293/2011, la cual fue resuelta por el Tribunal Pleno el día 3 de septiembre de 2013, habiéndose publicado el engrose de esta sentencia hasta abril de 2014.

En el asunto Varios 912/2010 la Suprema Corte debatió la obligatoriedad para México, de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Radilla Pacheco vs México”, y en el caso de la Contradicción de Tesis 293/2011, el Pleno de la Corte tuvo que superar las divergencias de criterios que hasta ese momento enfrentaban a la Primera y Segunda Salas de ese Máximo Tribunal, en el tema relativo a la jerarquía que en el Derecho interno mexicano les corresponde a los tratados internacionales.

La Suprema Corte finalmente interpretó la fórmula de incorporación de derechos humanos prevista en el artículo 1º constitucional, combinando elementos del discurso monista internacional con elementos del discurso monista nacional, aunque prevaleciendo estos últimos. Postura ésta, que en el propio Capítulo II, será comparada con los precedentes que las

Cortes Supremas de otros países y tribunales internacionales, han adoptado en casos emblemáticos semejantes.

VI

En el Capítulo III, serán analizados el principio *pro persona* y el principio de supremacía constitucional, como principales directivas antagónicas de interpretación que determinan en qué casos las normas relativas a derechos humanos, deben primar sobre otras en un conflicto normativo.

Estudiar la primacía de las normas relativas a derechos humanos, necesariamente está asociado al tema de las antinomias y de las reglas o criterios aplicables para resolverlas. Sin dejar de mencionar que la resolución de tales antinomias, constituye a su vez, el aspecto sustantivo del control de constitucionalidad y de convencionalidad en aquellos casos en que se impugna la invalidez de una norma general, precisamente por ser contraria o antinómica con una norma relativa a los derechos humanos.

Ahora bien, los criterios aplicables para resolver los conflictos entre normas jurídicas, en México siempre habían sido los criterios de jerarquía, de temporalidad o cronológico, y el de especialidad, de acuerdo con los cuales el conflicto normativo debía resolverse prefiriendo a la norma superior sobre la norma inferior, a la posterior sobre la anterior, y a la especial sobre la general.

Y específicamente por cuanto hace al control de constitucionalidad de las normas relativas a derechos humanos, éste siempre había sido un control de supremacía normativa. Esto es, un control para garantizar la primacía de las normas de jerarquía superior sobre las normas de jerarquía inferior, y que se ejerce declarando la invalidez o inaplicabilidad de las normas inferiores que se contrapongan o sean antinómicas a la norma constitucional de jerarquía suprema. Así, el control de constitucionalidad era sólo para garantizar la supremacía de la Constitución, esto es, para garantizar el principio de supremacía constitucional.

Sin embargo, a partir de la reforma de 2011 se introdujo en la Constitución el principio *pro persona* en materia de derechos humanos, y según este principio una norma de jerarquía inferior pero que establezca una protección más amplia a derechos humanos, debería

prevalecer sobre una norma de jerarquía superior. Así, el principio *pro persona* como nuevo criterio de resolución de antinomias puede resultar en ciertos casos, contrario al criterio de jerarquía.

El principio *pro persona* surgió en el ámbito de los tratados internacionales, como principio hermenéutico para preferir de entre normas consignadas en tratados internacionales diversos, aquella que estableciera una protección más amplia al respectivo derecho humano. Esto es, el principio *pro persona* surgió para aplicarse entre normas de la misma jerarquía y fuente (los tratados internacionales), y por lo tanto su aplicación en este ámbito no implicaba la posibilidad de resolver que una norma inferior prevaleciera sobre una de superior jerarquía.

Pero la reforma constitucional de junio de 2011 incorporó en el artículo 1° de la Carta Magna el principio *pro persona*, para ser aplicado no sólo entre normas consignadas en los tratados internacionales suscritos por México, sino para ser aplicado entre las diversas normas que integran el orden jurídico nacional. Esto es, para ser aplicado entre normas de diversa jerarquía y fuentes. Abriéndose así la posibilidad de que ciertos conflictos normativos terminen resolviéndose haciendo prevalecer la norma inferior sobre la de superior jerarquía.

Atento a lo anterior, resulta evidente que se ha introducido al país una nueva vertiente en el control de constitucionalidad: el control de la progresividad de las normas relativas a derechos humanos. Siendo también evidente que el parámetro de control bajo el cual opera este control de la progresividad (la primacía de las normas se determina por su contenido, no por su jerarquía), es diverso al parámetro de control bajo el cual opera el control de supremacía (la primacía de las normas se determina por jerarquía suprema, con independencia de cuál sea su contenido).

Y precisamente porque en cierto punto llegan a ser contradictorios y excluyentes entre sí, resulta entonces necesario determinar cuál de los dos modelos, el de control constitucional clásico basado en el principio de supremacía constitucional, o el de control constitucional de progresividad basado en el principio *pro persona*, prevalecerá sobre el otro en aquellos casos en que colisionen; pues la aplicación indiscriminada de cualquiera de ellos, implica la negación del otro.

Desde la directiva teórica del principio *pro persona*, habría que concluir que este principio recién incorporado a la Constitución en el 2011, deja sin efectos a las antiguas reglas que ordenaban que los conflictos entre normas jurídicas debían resolverse prefiriendo a la superior sobre la inferior, a la posterior sobre la anterior, y a la especial sobre la general. Y desde este punto de vista, ahora una norma legal podría llegar a prevalecer sobre una constitucional, si aquella es más favorable a los derechos humanos, e incluso, una norma que haya sido derogada podría llegar a prevalecer sobre una vigente, cuando esta última indebidamente restrinja el avance progresivo que ese derecho humano ya había logrado en el pasado.

Sin embargo, desde la directiva teórica del principio de supremacía constitucional, el panorama es muy diferente. Desde esta directiva no deben confundirse las reglas de validez normativa, con las de interpretación; y debe tenerse claro que el principio *pro persona* es sólo de carácter interpretativo o hermenéutico, y por lo tanto no debe determinar la validez de aquéllas. Esto es, si dos normas jurídicas relativas a derechos humanos tienen contenidos contradictorios, pero una es de jerarquía constitucional y otra infra constitucional, entonces esta última será inválida y expulsada del ordenamiento jurídico, sin que entre ellas pueda aplicarse el principio *pro persona*, ya que éste sólo es aplicable para determinar el significado de dos o más normas jurídicas válidas cuya antinomia sea sólo aparente.

Dicho en otras palabras, desde la directiva teórica de la supremacía constitucional, el artículo 1° de la Carta Magna, no deroga al artículo 133 del mismo ordenamiento, ya que aquél consigna el principio *pro persona* como criterio de interpretación normativa, y el segundo, establece el principio de supremacía como criterio que condiciona la validez de las normas jurídicas.

Así, para explicar mejor las ideas anteriores, en el Capítulo III se desarrollarán los siguientes temas: En primer término se hará una presentación del marco conceptual de las antinomias. Qué debe entenderse por éstas, cuál es su tipología, y cuáles son los criterios que se aplican para su resolución. También se presentará la noción, tipología, y el desarrollo jurisprudencial de los principios de supremacía normativa y del principio *pro persona*, que son precisamente los protagonistas en esta disputa ideológica de fondo.

Pero también en este Capítulo haremos notar que los principios *pro persona* y de supremacía constitucional, no en todos los casos resultan excluyentes entre sí. Identificaremos los casos en que estas directivas teóricas pueden aplicarse de manera convergente, y aquéllos otros casos en los cuales resultan francamente incompatibles. Casos estos últimos, que son los que ubican al juzgador frente a grave disyuntiva de tener que optar entre uno u otra directiva de interpretación, cada una de las cuales conduce a resultados interpretativos diversos.

VII

Ahora bien, ¿el Derecho de los derechos humanos, es un único Derecho “transversal” que pertenece a todos los ámbitos normativos que inciden en nuestro país, o bien no es un solo Derecho, sino varios bloques de normas procedentes y pertenecientes a los cinco distintos ámbitos normativos que hay en México (ámbito constitucional, ámbito federal, ámbito local, ámbito municipal y ámbito del Distrito Federal¹²), y al ámbito normativo internacional? Pregunta para la cual existen respuestas encontradas entre sí, según se responda desde uno u otro mirador teórico.

Por ejemplo, desde una perspectiva normativista, los derechos humanos sólo existen como Derecho exigible, en la medida en que estén previstos como contenido de una norma jurídica positiva que haya sido aprobada por algún órgano legislativo nacional competente, pudiendo serlo el Constituyente Permanente, el Congreso de la Unión, el Senado tratándose de tratados internacionales, los Congresos estatales, la Asamblea del D.F, y los Ayuntamientos. Y por esta razón, se torna central en el tema de fuentes de los derechos humanos, el relativo a la distribución de competencias para legislar sobre estos.

En cambio, desde una perspectiva principalista, los derechos humanos, particularmente los que integran el *jus cogens*, existen incluso aunque no hayan sido reconocidos por el Estado.

¹² Estos cinco ámbitos normativos han sido identificados por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis: “ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN... de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal...”. Tesis de Jurisprudencia: P./J. 136/2005. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Octubre de 2005, Tomo XXII, p. 2062. Registro: 177006.

Y debe considerarse que además de las fuentes nacionales productoras de normas jurídicas, tienen otras fuentes ultra-nacionales, como tal es el caso del ya mencionado *jus cogens*, así como la costumbre y la jurisprudencia internacional. Y por cuanto hace específicamente a las facultades para legislar, desde esta perspectiva principalista, debiera aceptarse que todas las instancias normativas nacionales, sin importar a cuál de los cinco órdenes jurídicos o ámbitos legislativos y de gobierno pertenezcan, son competentes para dictar ordenamientos, no que produzcan, sino que reconozcan y garanticen cada vez mejor los derechos humanos e impulsen su avance progresivo. Idea ésta que es conteste con la noción de que existe un único Derecho de los derechos humanos, o un único bloque normativo, que se integra por el total de normas existentes en esta materia.

Pero dilucidar si la competencia para legislar en materia de derechos humanos, pertenece por igual a todos los ámbitos normativos u órdenes de gobierno del país, o si se distribuye entre estos de manera diferenciada; es sólo una de las cuestiones previas que necesitamos aclarar, antes de abordar la interrogante principal del Capítulo IV de esta obra: ¿cómo se distribuyen, entre los diversos órdenes de gobierno del país, las competencias jurisdiccionales para garantizar los derechos humanos?

Pregunta la anterior, para la cual destacan dos respuestas posibles pero antagónicas entre sí, cada una de las cuales es conteste con una diversa directiva teórica de interpretación: la directiva del federalismo distributivo, y la directiva del federalismo cooperativo.

La directiva teórica del federalismo distributivo, es la que ha prevalecido históricamente en México, y según ésta en nuestro país a cada ámbito normativo u orden de gobierno le corresponde una competencia diferenciada.

Así por ejemplo, hasta antes de 2011 estaba claro que las normas jurídicas en materia de derechos humanos que dictaba el legislador Constituyente –entonces denominadas garantías individuales –, no podían ser legisladas por la instancia legislativa local (no obstante lo cual la mayoría de las legislaturas reproducía en su Constitución local, las garantías previstas en la Constitución federal, pero en el entendido de que esto no convertía en Derecho local, a las Garantías Individuales que eran Derecho Constitucional); y esto debido a que la competencia

de aquél, se integra con las atribuciones que los estados le delegaron, y por ende se trataba de atribuciones que los estados ya no conservan y consecuentemente no pueden ejercer.

Y por cuanto hace a la distribución de las competencias jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos, éstas desde la perspectiva teórica del federalismo distributivo, se entendían también distribuidas de manera diferenciada entre los diversos ámbitos normativos. A la jurisdicción de cada ámbito normativo, le correspondía salvaguardar sólo el Derecho producido en ese respectivo ámbito normativo. Así, la jurisdicción constitucional tenía como facultad privativa o exclusiva de ella, salvaguardar las normas relativas a derechos humanos que fueran Derecho constitucional, mientras que a las jurisdicciones locales correspondía la competencia para salvaguardar sólo el Derecho local.

En este orden de ideas, resultaba congruente la prohibición para todos los juzgadores locales, de ejercer un control difuso de constitucionalidad, o de actuar como garantes de las Garantías Individuales, pues siendo éstas Derecho constitucional su defensa debía ser competencia exclusiva del poder encargado de ejercer la jurisdicción constitucional: el Poder Judicial de la Federación. De hecho, en este sentido se pronunció reiteradamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en diversas épocas de la Jurisprudencia, incluyendo la Novena Época en la cual destacan las tesis 73/99 y 74/99 del Tribunal Pleno, cuyos rubros son: *“CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”*¹³ y *“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”*¹⁴

Pero si adoptamos como perspectiva teórica de interpretación al federalismo cooperativo, entonces el régimen vigente en materia de distribución de competencias jurisdiccionales para la defensa de los derechos humanos puede entenderse de manera muy distinta.

¹³ Tesis: Jurisprudencia P./J. 73/99. Pleno, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Agosto de 1999, Tomo X, p. 18. Registro: 193558.

¹⁴ Tesis: Jurisprudencia P./J. 74/99. Pleno, Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Agosto de 1999, Tomo X, p. 5. Registro 193435.

Desde esta perspectiva el nuevo modelo de control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, autorizado por la Constitución a partir de junio de 2011, implica una modificación sustantiva de fondo: el Derecho de los derechos humanos constituye un Derecho nacional, o bloque normativo transversal a todos los órdenes jurídicos, y a cuya producción pueden contribuir por igual todos los órganos legislativos del país, y en correspondencia con esto, todos los órganos judiciales deben también poder “decir ese Derecho”, o sea, tener jurisdicción sobre éste.

Lo anterior, sin que la concurrencia entre las atribuciones de autoridades pertenecientes a diversos ámbitos normativo, implique el fin del federalismo. Pues éste también se puede entender como federalismo cooperativo en el cual muchas de sus competencias pueden ser coincidentes.

Para desarrollar las ideas anteriores, en el Capítulo IV se hará un repaso de las nociones de control de constitucionalidad y de convencionalidad, tanto concentrado como difuso; también se expondrán las bases teóricas de las directivas del federalismo distributivo y del federalismo cooperativo, y se presentarán los dos principales resultados interpretativos a los que se arriba adoptando una u otra directiva: las competencias jurisdiccionales para la defensa de las normas relativas a derechos humanos, deben distribuirse de manera diferenciada entre los diversos ordenes de gobierno; o bien, debe reconocerse que la competencia protectora de los derechos humanos corresponde por igual a todas las jurisdicciones (constitucional, federal, local, municipal, del Distrito Federal), y que en todo caso deberán ser los legisladores de cada ámbito los que repartan su propia jurisdicción entre diversos órganos judiciales pertenecientes al respectivo ámbito normativo. Así todos los juzgadores nacionales serían garantes de todos los derechos humanos, pero cada uno en el marco de sus respectivas atribuciones procesales (por ejemplo, todos ejercerían control difuso, pero sólo algunos podrían resolver acciones de inconstitucionalidad local o amparos locales).

VIII

En suma, a través de esta investigación se pondrá en evidencia cómo las ideas filosóficas tienen consecuencias jurídicas, pues constituidas en directivas de interpretación condicionan el resultado interpretativo.

Así por ejemplo, desde su propia perspectiva teórica, un intérprete podrá considerar que en México a partir de 2011, los derechos humanos ya no deben entenderse como derechos mínimos, otorgados por el legislador constituyente y garantizados sólo por la jurisdicción constitucional; sino como derechos de expansión progresiva, cuya configuración está determinada por las normas jurídicas que producen todos los legisladores nacionales, y también por el Derecho internacional e incluso por el de otros países. Debiendo prevalecer de entre todas estas normas, las que consignan con mayor extensión aquéllos, por sobre las que los limitan o restringen, y sin que la jerarquía entre éstas sea relevante para determinar cuál prevalece sobre otra en casos de conflictos normativos. Considerando también que las normas relativas a derechos humanos aunque provengan de diversas fuentes, forman un solo Derecho, y en la defensa de éste deben intervenir tanto la jurisdicción constitucional, como las jurisdicciones ordinarias federal y locales, y la internacional, sin que a ninguna corresponda la última y definitiva palabra, ya que entre ellas más que jerarquías, lo que hay es un diálogo jurisdiccional.

Pero otro intérprete ubicado en un diverso mirador teórico, podrá considerar que los impactos que las reformas del 2011 causaron en el Derecho mexicano, no deben entenderse tan profundas o refundacionales. Para éste, lo que básicamente habría cambiado serían las atribuciones que la Constitución establece para los juzgadores, pues ahora los autoriza expresamente para garantizar los derechos humanos; y la introducción del principio *pro persona*, como criterio interpretativo que sirve para determinar la preferencia entre dos normas válidas, y no como criterio para la validez de dos normas en conflicto. Ya que para resolver conflictos de validez entre normas, debe seguir prevaleciendo la mayor jerarquía de una sobre la otra. Luego entonces, para este interprete, sólo las normas nacionales serán fuente válida del Derecho obligatorio en el país, y dentro de éste las normas de la Constitución, que son la máxima expresión de la soberanía nacional, seguirían siendo la fuente esencial de los derechos humanos, manteniendo su jerarquía suprema, por lo que su validez debe prevalecer por sobre la validez de cualquier otro acto o norma, incluso internacional, que las contradiga. Y tratándose de los diversos medios de control de la constitucionalidad, como es el caso del juicio de amparo, acciones de inconstitucionalidad, controversias, y juicios de revisión constitucional electoral, ahora simplemente se les suma el control difuso de constitucionalidad por vía incidental, pero sin que éste los sustituya o los deje sin materia.

	"Intérprete X"	"Intérprete y"
Fuentes del Derecho de los derechos humanos	Normas jurídicas del universo nacional cerrado.	Normas jurídicas del pluriverso internacional en diálogo.
Competencia para producir normas jurídicas relativas a derechos humanos	Cada ámbito normativo (local, federal, general, etc.) produce las propias, pero ninguna pueda contradecir las del ámbito constitucional.	Constitución y los tratados internacionales, sólo reconocen a los derechos humanos. Y este sistema de garantías constituye un solo "bloque" o Derecho que incide o es transversal a todos los ámbitos normativos.
Principio pro persona	Criterio de interpretación normativa. Sólo se aplica entre normas válidas.	Criterio de validez normativa. Se aplica para determinar la validez de normas.
Criterio que predominante para resolver antinomias:	Jerarquía formal de las normas.	Primacía material de las normas.
Supremas Cortes Nacionales	Última palabra; autoridad formal-vertical.	Diálogo entre ellas; autoridad material-horizontal.

En correspondencia con su naturaleza, algunas partes de esta investigación serán predominantemente de carácter filosófico, aunque otras de sus partes estarán inscritas en la dogmática jurídica, entendida ésta como “la rama de la ciencia del Derecho que tiene por objeto la explicación, elaboración y el fundamento lógico de los conceptos jurídicos, como tales. Estudia asimismo la naturaleza y las relaciones de los conceptos jurídicos entre sí y con otras ramas del Derecho.”¹⁵

IX

Por último, debo mencionar que esta investigación se ha realizado con el carácter de Tesis Doctoral, dentro del Doctorado en Derecho que imparte la Facultad de Derecho y Criminología de la Universidad Autónoma de Nuevo León. Reconozco mi deuda permanente

¹⁵ CISNEROS FARIÁS, German. *La interpretación de la Ley*. 3ª ed. México, Trillas, 2000, p. 16-17.

con esta Máxima Casa de Estudios en Nuevo León, y particularmente agradezco la valiosa guía académica de mi Director de tesis, el Dr. Gastón Julián Enríquez Fuentes.

CAPÍTULO I

NOCIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. DIRECTIVAS PRINCIPALISTA VS NORMATIVISTA

Identificar una determinada teoría jurídica, no es cosa fácil. Implica poner una etiqueta, encasillar o hasta simplificar el pensamiento complejo de grandes autores, para luego agruparlos a estos en conjuntos o corrientes doctrinarias, atendiendo a los rasgos comunes que comparten entre ellos, así como a sus principales diferencias y antagonismos.

Está claro que las perspectivas teóricas jurídicas que en este primer Capítulo queremos confrontar, son por una parte la que considera a los derechos humanos como principios o postulados de carácter moral e inherentes a la persona humana, y por la otra la que considera a los derechos humanos como derechos enteramente determinables y disponibles por el legislador. Pero aun estando claro este objetivo, no fue fácil elegir bajo qué etiqueta o nombre debían identificarse tales perspectivas, y a qué autores debía inscribirse en cada una de ambas corrientes ideológicas.

Finalmente se optó por las denominaciones de “constitucionalismo principalista” y “constitucionalismo garantista”, porque estas etiquetas están respaldadas por el gigante contemporáneo de la filosofía jurídica, Luigi FERRAJOLI, quien en uno de sus artículos más recientes (2011),¹⁶ identificó dos perspectivas teóricas a las que precisamente llamó “constitucionalismo argumentativo o principalista” y “constitucionalismo normativo o garantista”, y las cuales tienen como una de sus diferencias medulares, precisamente la que en este trabajo queremos destacar y confrontar: que una considera a los derechos humanos como principios inherentes a la naturaleza humana, mientras que la otra los considera como normas jurídicas que son enteramente de producción humana.

¹⁶ FERRAJOLI, Luigi. “*Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista*”. En: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 34, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2011, p.15-53.

Por lo anterior, este Capítulo lo iniciaremos presentando las ideas de FERRAJOLI en torno a los principales rasgos que identifican y distinguen al constitucionalismo principalista y al constitucionalismo garantista, así como a sus principales expositores. Y como las teorías principalistas y garantista tienen sus raíces en el eterno debate entre iusnaturalistas y iuspositivistas, y en la distinción entre principios inherentes, principios positivos, y reglas; por eso éstas nociones serán presentadas con mayor abundamiento en apartados por separado de este mismo Capítulo, con la finalidad de lograr una completa comprensión de las perspectivas teóricas que aquí confrontaremos.

Ahora bien, las consecuencias de adoptar una directiva principalista o una normativista son varias, pues ellas influyen en el resultado interpretativo de diversos temas relacionados con derechos humanos. Aunque en este Capítulo nos concentraremos sólo en los impactos que tales directivas producen en dos importantes temas: la noción misma de derechos humanos, y la teoría de interpretación aplicable para establecer el significado de las normas relativas a derechos humanos. Esto último particularmente considerando que desde la perspectiva principalista, el contenido y alcance de los derechos humanos debe establecerse a partir de una ponderación entre principios, mientras que desde la perspectiva normativista las normas se interpretan en correspondencia con la voluntad del legislador racional, y se aplican vía subsunción de los hechos en hipótesis de la norma.

Finalmente, en este Capítulo se hará una presentación de la reforma constitucional de 2011, en materia de Derecho de los derechos humanos: sus antecedentes y principales contenidos. Y esto en atención a que es a partir de esta reforma, que se intensifica en México el debate entre principalistas y normativistas. Debate del cual depende no sólo la definición de los límites de los derechos humanos y sus garantías, sino también su permanente redefinición. Esto último particularmente considerando que aún y cuando la ley, la jurisprudencia y la doctrina, vayan “resolviendo” algunos puntos de este debate, tales soluciones más que ser finales o definitivas, son meras pausas transitorias dentro de un proceso que busca asimilar dos extremos que desde hace mucho tiempo atrás han demostrado ser atractivos entre sí pero irremediablemente excluyentes, y que muy probablemente así continúen en el futuro.

1. DIRECTIVAS TEÓRICAS PRINCIPALISTA Y NORMATIVISTA

1.1. Perspectivas teóricas modernas: los neoconstitucionalismos

La realidad exterior la percibimos a través de nuestros sentidos, pero lo que percibimos sólo adquiere sentido cuando lo hacemos coincidir con las ideas que tenemos preestablecidas en nuestro intelecto. Así, la figura estática que nuestros ojos ven, nuestro intelecto la interpreta como una silla que además es útil para cumplir con la función de servir de asiento. Esto es, resulta inevitable que al mundo se le interprete siempre a partir de una idea preestablecida. Y lo mismo pasa con el Derecho, al cual también siempre se le entiende desde cierta directiva teórica previa.

Históricamente en México, las perspectivas teóricas predominantes desde las cuales se ha entendido al Derecho, han sido el iusnaturalismo y el iuspositivismo. En otros países, particularmente con tradición jurídica anglosajona, otra perspectiva importante ha sido el iusrealismo.

Pero en el Siglo XXI nadie quiere ser etiquetado como iuspositivista o como iusnaturalista. Esto suena obsoleto. En cambio, hoy día la perspectiva teórica que la mayoría acepta tener como mirador desde el cual analiza y entiende el Derecho, es el constitucionalismo o mejor dicho el neoconstitucionalismo.

Aunque el neoconstitucionalismo no es de un solo tipo, sino por lo menos de dos clases, y cada una de estas clases termina siendo heredera o tributaria respectivamente, de aquellos antiguos iusnaturalismo y iuspositivismo. Así, el neoconstitucionalismo no supera, sino re edita la pugna entre iusnaturalismo y iuspositivismo.

En efecto, el “constitucionalismo” de hoy, no sólo es un conjunto de límites formales y sustantivos de jerarquía suprema que se imponen sobre todas las fuentes de producción de normas jurídicas, sino que además es una poderosa teoría del Derecho que equivale –como lo afirma FERRAJOLI- *“a una concepción de validez de las leyes ligada ya no sólo a la conformidad de sus formas de producción con las normas procedimentales sobre su formación, sino también a la coherencia de sus contenidos con los principios de justicia constitucionalmente establecidos.”*¹⁷

¹⁷ Ídem.

Conociéndose como neoconstitucionalismo en sentido amplio, a ese “proceso de transformación de los ordenamientos o sistemas jurídicos que ha tenido lugar en muchos países durante la segunda mitad del siglo XX y que supone, ante todo, una superación de la concepción formal del Estado de Derecho y su sustitución por un Estado de Derecho rematerializado a partir de una comprensión de la constitución como orden o sistema de valores que se proyecta sobre el Derecho ordinario o ‘infraconstitucional’”¹⁸

Por lo anterior, no es de extrañar que la mayoría se considere partidaria del neoconstitucionalismo, toda vez que esta perspectiva teórica, en la acepción amplia antes referida, admite tanto a los neo-iusnaturalistas como a los neo-iuspositivistas que coinciden en que las normas de la Constitución condicionan tanto la validez formal como material o sustantiva de todas las demás normas jurídicas de jerarquía inferior. Esto es, satisface a todos los que consideran que no deben ser las leyes las que determinen el alcance de las normas constitucionales, sino que debe ser la Constitución la que determine la validez e interpretación de las leyes.

Pero el neoconstitucionalismo no es de un solo tipo. De hecho, el mismo término “neoconstitucionalismo” utilizado en una de sus acepciones restringidas, puede considerarse como sinónimo de una especie de constitucionalismo principalista, que no es compatible con otra especie de constitucionalismo garantista o normativo que tiene una composición mayormente positivistas o neo-iuspositivistas.

Entre los que consideran que la noción de “neoconstitucionalismo” se usa o puede usarse en sentido restringido para referirse sólo a un neoconstitucionalismo principalista, tenemos a FERRAJOLI, quien apunta que “en el plano teórico, la expresión ‘neoconstitucionalismo’ se identifica, generalmente, con la concepción iusnaturalista del constitucionalismo.”¹⁹ Y en el mismo sentido COMANDUCCI, para quien el neoconstitucionalismo está “orientado a la limitación del poder y a la defensa de una esfera de libertades naturales”,²⁰ y concibe a la Constitución como un conjunto de reglas jurídicas positivas, contenidas en un documento o consuetudinarias, que son, respecto a

¹⁸ SERNA BERMUDEZ, Pedro. “Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional”. En: TORRES ESTRADA, Pedro (comp.). *Neoconstitucionalismo y estado de Derecho*. México, Coeditores: Limusa e ITESM, 2006, p.213.

¹⁹ FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”...ob. cit.p.18.

²⁰ COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: *ISONOMIA Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 16. México, ITAM, abril de 2012, p. 96.

las otras reglas jurídicas, fundamentales, “a condición de que tengan determinados contenidos a los que se atribuya un especial valor.”²¹

En resumen. El constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo en sentido amplio, es la perspectiva dominante desde la cual se interpreta, se entiende, o se “captura” intelectualmente al Derecho. Pero dentro del neoconstitucionalismo cabe identificar por una parte al neoconstitucionalismo en sentido restringido, al cual también se le puede denominar de otras diversas maneras, como constitucionalismo principalista, constitucionalismo argumentativo, constitucionalismo iusnaturalista o neo-iusnaturalista, constitucionalismo moral, o simplemente principalismo; y por otra parte tenemos al constitucionalismo garantista, constitucionalismo positivista o neo-positivista, constitucionalismo normativista, constitucionalismo semántico, o simplemente garantismo.

Estos dos bloques o tipos de constitucionalismo, FERRAJOLI los presenta en los términos siguientes:

“...junto a la distinción entre constitucionalismo iusnaturalista (o no positivista) y constitucionalismo positivista, será necesario formular y discutir una segunda y más importante distinción, coincidente sólo en parte con la primera, entre el que llamaré constitucionalismo ‘argumentativo o principalista’ y el que cabe denominar ‘constitucionalismo normativo o garantista’. La primera orientación está caracterizada por la configuración de los Derechos fundamentales como valores o principios morales estructuralmente distintos de las reglas, en cuanto dotados de una normatividad más débil, confiada no a la subsunción sino, más bien, a la ponderación legislativa y judicial. La segunda orientación se caracteriza, en cambio, por una normatividad fuerte, de tipo regulativo, es decir, por la tesis de que la mayor parte de (si no todos) los principios constitucionales y, en particular, los Derechos fundamentales, se comportan como reglas, pues implican la existencia o imponen la introducción de reglas consistentes en las prohibiciones de lesión u obligaciones de prestación, que son sus respectivas garantías. En esta segunda caracterización, el constitucionalismo sería definido como un sistema jurídico y/o una teoría del Derecho que establecen —en garantía de lo que viene estipulado constitucionalmente como vinculante e inderogable— la sujeción (también) de la legislación a normas sobre la producción no sólo formales, esto es, relativas a la forma (al ‘quién’ y al ‘cómo’), sino también sustanciales, es decir, relativas a los contenidos de las normas producidas (al ‘qué’ no se debe o se debe decidir), cuya violación genera antinomias por acción o lagunas por omisión.”²²

Ahora bien, siendo la finalidad de este trabajo la de evidenciar que las normas constitucionales relativas a los derechos humanos y a sus garantías procesales, se interpretan

²¹ Ibídem. p. 98.

²²FERRAJOLI, Luigi. “Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”...ob. cit. p. 20 – 21.

con alcances diversos, según sea distinta la directiva teórica que adopte el interprete; para demostrar esta tesis, lo que haremos será confrontar a las perspectivas teóricas del constitucionalismo principalista. Y a estas perspectivas teóricas las identificaremos siguiendo la caracterización de fondo que de ellas hace FERRAJOLI. Aunque para referirnos a estas perspectivas teóricas también vamos a utilizar a lo largo de esta obra, algunas otras denominaciones que también maneja la doctrina y que en sentido amplio pueden utilizarse como sinónimos.

<p align="center">CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA</p> <p align="center">-sinónimos de-</p>	<p align="center">CONSTITUCIONALISMO NORMATIVO</p> <p align="center">-sinónimos de-</p>
<p>“<i>Neoconstitucionalismo</i>”.- (En sentido restringido), el cual considera que la Constitución incorpora postulados morales, y que con esto termina la separación entre Derecho y Moral.</p>	<p>“<i>Garantismo</i>”.- Para el cual las normas constitucionales relativas a derechos humanos, aunque cabe calificarlas como principios por tener una redacción genérica o abierta, sin embargo también implican reglas que consignan garantías y derechos, y cuya violación implica la violación de aquéllos.</p>
<p>“<i>Principalismo</i>”.- Concepto que destaca la diferente naturaleza de los principios respecto de las reglas, considerando a aquéllos como inherentes a la naturaleza humana, de contenido moral y preminentes sobre las reglas.</p>	<p>“<i>Normativismo</i>”.- Concepto que destaca que tanto los principios como las reglas constitucionales, son normas jurídicas que tienen el mismo origen (creaciones de la autoridad competente) y funciones, y que sólo difieren por su estilo de redacción o mayor grado de generalidad.</p>
<p>“<i>Constitucionalismo iusnaturalista o neoiusnaturalista</i>”.- Concepto que permite ver a la Constitución desde una perspectiva iusnaturalista, como ley positiva suprema que no crea sino sólo “reconoce” principios que ya existían en la naturaleza de las cosas, esto es, en la “lex naturalis”.</p>	<p>“<i>Constitucionalismo positivista o neopositivista</i>”.- Concepto que permite ver a la Constitución desde una perspectiva positivista, como la ley positiva suprema que fundamenta la existencia y validez de todos los principios y reglas –incluyendo a los derechos humanos- del sistema jurídico.</p>
<p>“<i>Constitucionalismo moral</i>”.- Concepto que pone énfasis en que la Constitución incluye de manera expresa o implícita, principios y normas que derivan de imperativos de carácter moral. No obstante que éstos no hayan sido considerados por el legislador histórico.</p>	<p>“<i>Constitucionalismo formal</i>”.- Concepto para el cual sólo son principios y derechos constitucionales, aquéllos que el legislador constituyente de manera formal e intencional, incorporó a la Constitución (sin perjuicio de que el legislador bien puede decidir incorporar principios morales).</p>
<p>“<i>Convencionalistas o internacionalistas</i>”.- Esta noción expresa la identidad o unidad, entre los derechos humanos previstos en la Constitución y los reconocidos por los tratados internacionales, particularmente por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.</p>	<p>“<i>Soberanistas</i>”.- Con esta noción se pone énfasis en que ningún principio del “Derecho natural” o del “Derecho internacional”, será Derecho interno mexicano sólo en la medida en que así lo resuelva la soberanía nacional, expresada a través del legislador constituyente.</p>

Las principales diferencias entre los dos bloques de constitucionalismo, así como la pertinencia de utilizar como sinónimos o categorías similares las denominaciones mencionadas en el cuadro anterior, deberán entenderse mejor con la exposición que se presentará en el resto de este Capítulo.

1.2. El constitucionalismo principalista

Son tres los rasgos que caracterizan al neoconstitucionalismo o constitucionalismo principalista:

En primer lugar, los partidarios de esta perspectiva teórica, consideran que desde que las Constituciones nacionales han incorporado “*principios de justicia de carácter ético-político*”,²³ como tal es el caso de los derechos humanos o derechos fundamentales, quedó superado el positivismo jurídico, pues éste sostenía la separación entre el Derecho y la Moral, o entre validez y justicia. Esto es, los imperativos morales han sido incorporados al Derecho, y no de manera fraccionada sino con toda su extensión objetiva y de carácter universal.

En segundo término, otro importante aspecto que caracteriza al constitucionalismo principalista es considerar que los derechos humanos o derechos fundamentales, aunque sean incorporados al Derecho y por regla general a la Constitución; sin embargo, no deben aplicarse como reglas que se cumplen o se incumplen del todo, sino que deben considerarse y aplicarse como principios o mandatos de optimización que pueden cumplirse no en términos absolutos, sino parcialmente y sin que esto implique su derogación o inobservancia. “*Las reglas son normas que sólo pueden ser cumplidas a no... los principios son normas que ordenan que algo sea realizado en la mayor medida posible, dentro de las posibilidades jurídicas y reales existentes*”.²⁴

Esto es, los principios pueden respetarse en mayor o en menor medida, sobre todo considerando que si todo principio se respetara en términos absolutos, seguramente colisionaría con otros principios o con los principios de otros. Por ejemplo, si la libertad de expresión se pudiera ejercer en términos absolutos colisionaría con el derecho a la privacidad

²³Ibídem. p. 21.

²⁴ ALEXY, Robert. *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993. p. 86-87.

de otro, o si la libertad de tránsito no tuviera límites colisionaría con el respeto a la propiedad privada de otros, o haría imposible la adopción de ciertas medidas sanitarias que tutelan la salud.

El tercer rasgo distintivo de esta perspectiva, que está relacionado con los dos anteriores, consiste en considerar que los principios en la medida en que no deben ser aplicados en términos absolutos, sino armonizados con los demás, por lo tanto deben ser objeto de una ponderación por parte de los operadores jurídicos –principalmente los jueces-, a efecto de que las colisiones entre ellos no se traduzcan en restricciones injustificadas para alguno de ellos.

En este punto ALEXY afirma que *“las normas constitucionales con estructura de regla pueden ser interpretadas satisfactoriamente con los métodos interpretativos legales y mediante el proceso de subsunción. Pero, las normas con estructura de principio están sujetas a una operación hermenéutica de concreción para hacerlas operativas al caso concreto. Para determinar el significado de estas normas no son suficientes los métodos tradicionales: en muchas ocasiones será necesario realizar un juicio de ponderación.”*²⁵

Y esta potestad jurisdiccional de ponderación de principios, dentro de los cuales cabe ubicar a los derechos humanos como principios ético-políticos, se traduce en un poder enorme para los jueces, a quienes corresponde declarar lo que el Derecho “es en realidad”, sin que necesariamente deban ser portavoces de la voluntad política del legislador. *“Por lo mismo que los principios no tienen determinaciones, existe vaguedad en su aplicación; ante la ausencia de una moral común, así como de una jerarquización clara de los mismos, es necesario exigirle al juez constitucional que aplique el modelo principalista.”*²⁶ En este punto el constitucionalismo principalista coincide con el realismo, en la medida en que *“enfatisa el rol de la praxis, es decir el ‘Derecho como hecho’ más que ‘como norma’, y propone, como alternativa a la crisis de la ley –que juzga irreversible-, un renovado ‘rol de los juristas’, inspirado en una clara opción iusnaturalista”*.²⁷

²⁵ ALEXY citado por FLORES MARTÍNEZ, Alejandra. *Un nuevo canon interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales en la Constitución española*. México, Porrúa-UNAM, 2013. p.77.

²⁶ TORRES ESTRADA, Pedro. *“Las tendencias del derecho constitucional en México”*. En: TORRES ESTRADA, Pedro. (Compilador). *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*. México, LIMUSA – EGAP, 2006. p. 239.

²⁷ FERRAJOLI, Luigi. *“Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista”*...ob. cit. p. 23.

En el siguiente párrafo, FERRAJOLI expresa de manera muy clara los principales rasgos que caracterizan al constitucionalismo principalista.

“Así pues, este constitucionalismo principalista y argumentativo, de clara matriz anglosajona, se caracteriza, por un lado, por el ataque al positivismo jurídico y a la tesis de la separación entre Derecho y moral; luego, por la tesis de que los Derechos constitucionalmente establecidos no son reglas, sino, antes bien, principios en virtual conflicto y, por ello mismo, objeto de ponderación y no de subsunción; y, en fin, por la consiguiente concepción del Derecho como una ‘práctica social’ confiada, sobre todo, a la actividad de los jueces. Bajo este último aspecto, puede registrarse una singular convergencia del constitucionalismo principalista o argumentativo con el realismo y también con el que podríamos denominar ‘neo-pandectismo’, en cuanto minan la normatividad del Derecho en relación con los operadores jurídicos. En efecto, pues, según estas tres orientaciones, el Derecho es en realidad lo que hacen los tribunales y, más en general, los operadores jurídicos, y consiste, en última instancia, en sus prácticas interpretativas y argumentativas.”²⁸

Podemos ubicar entre los partidarios de esta perspectiva teórica, entre otros a DWORKIN, ALEXY, ZAGREBELSKY, y ATIENZA, ya sea porque sostienen que en el neoconstitucionalismo han quedado desdibujadas las fronteras entre Derecho y Moral, porque consideran que los principios o derechos humanos han sido incorporados con toda su extensión moral a la Constitución o el Derecho, o por que resaltan el poder de los jueces para declarar lo que el Derecho “es en realidad”.

1.3. El constitucionalismo normativo

El constitucionalismo normativo o garantista, por su parte, es menos una nueva propuesta teórica, y es más una renovación o actualización del antiguo iuspositivismo, frente a los embates del constitucionalismo principalista.

El constitucionalismo garantista puede verse como continuación y complemento del tradicional positivismo jurídico, por lo siguiente. El inicial positivismo estableció que serían válidas todas las normas jurídicas –y sólo éstas- que hubieren sido producidas por los órganos de autoridad que el Derecho estableciera como competentes para ello y siguiendo el procedimiento de producción normativa previsto también por el mismo Derecho. Así, sin importar que la norma jurídica pudiera incluso tener un contenido “injusto”, dicha norma sería totalmente vigente y válida cuando hubiere sido producida por la autoridad competente siguiendo el procedimiento previsto. Pero el constitucionalismo garantista, como continuación

²⁸ Ídem.

de aquel positivismo, se ocupa ahora del contenido de las normas jurídicas, y establece que éstas, para ser válidas, deben –además de ser producidas por órgano competente y conforme al procedimiento reglado- tener un contenido que sea conforme con el contenido de las normas constitucionales, y particularmente con el contenido de los derechos fundamentales. Así, el constitucionalismo garantista continua regulando las “formas” en las que se produce el Derecho, y ahora también regula los “contenidos” de éste.

El constitucionalismo garantista, por lo tanto, completa el positivismo jurídico, y también completa al Estado Constitucional de Derecho, esto último en la medida en que son constitucionales las normas superiores que determinan o condicionan la validez del contenido de todas las demás normas jurídicas infra constitucionales. FERRAJOLI lo explica en los siguientes términos:

“El primer iuspositivismo del Estado legislativo de Derecho equivale a la positivización del ‘ser’ legal del Derecho, que permite la democratización de sus formas de producción, condicionando su validez formal a su carácter representativo, sobre el que se funda la dimensión ‘formal’ de la democracia. El segundo iuspositivismo, que es el Estado constitucional de Derecho, equivale a la positivización del ‘deber ser’ constitucional del Derecho mismo, que permite la democratización de sus contenidos, condicionando su validez sustancial a su coherencia con los Derechos de todos que son los Derechos fundamentales, en los que se funda la dimensión ‘sustancial’ de la democracia constitucional. Gracias al primer positivismo jurídico se confió el ‘quién’ y el ‘cómo’ de la producción normativa a sujetos políticamente representativos de los gobernados. Merced al segundo, se vinculó el ‘qué’ de las normas producidas a la garantía de los intereses y necesidades vitales de aquéllos.”²⁹

De entre los rasgos que caracterizan al constitucionalismo normativo, podemos destacar los siguientes:

Primeramente, para el constitucionalismo normativo o garantista los derechos humanos, derechos fundamentales o principios previstos en la Constitución, ciertamente que condicionan la validez de los contenidos de las normas jurídicas infra constitucionales, en la medida en que el contenido de éstas debe ser conforme con el contenido de aquéllas. Sin embargo, los referidos derechos o principios constitucionales no son considerados como “principios de justicia de carácter ético-político”, ni como imperativos morales, sino como meros postulados que fueron soberanamente adoptados por el legislador en razón de considerarlos social, política, económica o hasta moralmente deseables en un contexto o

²⁹ Ibídem. p. 25.

coyuntura histórica determinada. Esto es, *“equivalen no a ‘valores objetivos’, sino, más bien, a conquistas históricamente determinadas, fruto de varias generaciones de luchas y revoluciones.”*³⁰ Así, para el constitucionalismo garantista, todos los referidos derechos o principios constitucionales son normas positivas creadas por el legislador.

Esto es, el constitucionalismo normativo se mantiene firme en la separación entre el Derecho y la Moral. Separación ésta que encuentra su respaldo en diversas razones vinculadas al modelo democrático. Por ejemplo, aceptar el universalismo de los principios y derechos constitucionales –destacadamente de los derechos humanos–, implica aceptar el cognoscitivism ético, esto es, la existencia de una moral objetiva que a los humanos corresponde no configurar sino sólo descubrir, tal y como lo asume el constitucionalismo principalista. Pero –como lo apunta FERRAJOLI– *“...el resultado final del cognoscitivism ético es, de modo inevitable, el absolutismo moral y, consiguientemente, la intolerancia ante los valores morales disidentes: si una tesis moral es ‘verdadera’, no es aceptable que no sea compartida por todos e incluso que no sea impuesta en forma del Derecho, del mismo modo que no es tolerable que haya quien no comparta que $2+2=4$.”*³¹

Y el cognitivismo ético no es aceptable por el normativismo, ya que implicaría negar el pluralismo cuyo reconocimiento es presupuesto de la democracia, y también implicaría minar el valor y legitimidad de instancias tales como las asambleas legislativas, de las cuales se dotan las democracias precisamente para procesar los diferendos que son consustanciales a las sociedades plurales de hoy día.

Una segunda característica del constitucionalismo normativo, consiste en que los principios incorporados a la Constitución, deben considerarse como normas jurídicas que deben ser objeto de aplicación vía subsunción y no a través de la ponderación. Principios que se traducen en el deber de asegurar su aplicación estableciendo para éstos garantías primarias y secundarias.

Esto es, los principios son tan susceptibles de aplicación como las reglas, y sólo se distinguen de éstas por el estilo con el que son expresados. Los principios se expresan con un mayor grado indeterminación o generalidad, y se distinguen de las reglas por esta diferencia de

³⁰ *Ibíd.* p. 26.

³¹ *Ibíd.* p. 31.

grado y no por su origen, linaje o “pedigrí”, pues principios y reglas tienen el mismo origen: son creaciones del legislador. Además de que los principios “*consisten en normas simplemente formuladas de manera diversa a las reglas: con referencia a su respeto y no —como ocurre con las reglas— a su violación y consiguiente aplicación. Prueba de ello es que también las reglas, incluso las penales —a las que se exige la máxima taxatividad—, cuando son observadas, son también consideradas como principios, que no se aplican, sino que se respetan: por ejemplo, la observancia de las normas sobre el homicidio, las lesiones personales o el hurto, equivale al respeto a los principios de la vida, la integridad personal y la propiedad privada. Se puede incluso afirmar que detrás de cada regla hay también un principio...*”³² Idea ésta que FERRAJOLI concluye diciendo:

“Pero más allá del estilo, cualquier principio que enuncia un Derecho fundamental —por la recíproca implicación que liga a la expectativas en que consisten los Derechos, con las obligaciones o prohibiciones correspondientes— equivale a la regla consistente en la correlativa obligación o prohibición. Justamente porque los Derechos fundamentales son universales (omnium), consisten en normas interpretables siempre como reglas, a las que corresponden deberes absolutos (erga omnes) que también consisten en reglas. Por ejemplo, el artículo 32 de la Constitución italiana sobre el Derecho a la salud, equivale a la norma —que por lo demás está explicitada en él— según la cual la República ‘garantiza [es decir, debe garantizar] tratamientos gratuitos’; el artículo 21 sobre la libertad de manifestación del pensamiento equivale a la regla según la cual está prohibido impedir, perturbar o limitar la libre manifestación del pensamiento; el artículo 16 sobre la libertad de circulación, que la misma constitución tutela dentro de los límites de la salud y la seguridad, equivale a la prohibición de limitar la libertad de circulación, salvo ‘por motivos de salud o seguridad’. El Decálogo, por otro lado, está expresado en reglas (‘no matar’, ‘no robar’ y similares) que tienen exactamente el mismo significado que los Derechos correspondientes (el Derecho a la vida, el Derecho a la propiedad y similares).

*Se entiende así porqué no existe una real diferencia de estatuto entre la mayor parte de los principios y las reglas: siempre la violación de un principio hace de éste una regla que enuncia las prohibiciones o las obligaciones correspondientes. Por ello, la constitución es definible, en su parte sustancial, además de como un conjunto de Derechos fundamentales de las personas (es decir, de principios), también como un sistema de límites y de vínculos (es decir de reglas) impuestos a los titulares de los poderes... Derechos y deberes, expectativas y garantías, principios en materia de Derechos y reglas en materia de deberes, son, en resumen, las dos caras de una misma moneda, equivaliendo la violación de los primeros —ya sea por acción o por omisión— a la violación de las segundas.”*³³

La tercera característica del constitucionalismo normativo o garantista es consecuencia de la anterior, y consiste en que los jueces y demás operadores jurídicos, para la interpretación y aplicación de los principios deben acudir a la subsunción y no a la ponderación. Esto es, mientras que en el constitucionalismo principalista la subsunción está reservada a las reglas y la

³² *Ibidem.* p. 38.

³³ *Ibidem.* p. 40.

ponderación a los principios; en cambio, en el constitucionalismo garantista la subsunción debe aplicarse a ambos tipos de normas jurídicas.

La ponderación consiste en que cuando dos principios entran en colisión, respecto de un caso concreto, uno de ellos por razones de “mayor justicia” o “mayor peso” tiene que ceder ante el otro, sin que el primero sea considerado inválido o el segundo prevalente en virtud del principio de especialidad. Pues bien, la ponderación, en la medida en que está orientada por exigencias de justicia sustancial “*es una técnica argumentativa que –dice FERRAJOLI- amplía indebidamente la discrecionalidad judicial hasta anular la sujeción del juez a la ley.*”³⁴ Riesgos de la ponderación que se incrementan cuando los jueces empiezan a crear principios que no tienen ningún fundamento en la letra de la Constitución.

*“Es lo que ha ocurrido en Brasil, donde Lenio Luis Streck ilustró esta degeneración ‘pan-principalista’ del Derecho brasileño, brindando un increíble inventario de principios inventados por la jurisprudencia y carentes de todo anclaje en el texto constitucional, ni siquiera implícito o indirecto, tales como el ‘principio de precaución’ contra las posibles decisiones que pueden causar daños no calculados; el ‘principio de la no sorpresa’, en garantía de la seguridad del ciudadano contra decisiones demasiado inesperadas; el ‘principio de la absoluta prioridad de los Derechos de los niños’; el ‘principio de la cooperación de las partes en el proceso’; el ‘principio de la paternidad responsable’; el principio de la llamada ‘situación excepcional’ y similares.”*³⁵

Ponderar las circunstancias sobre las que una determinada norma será aplicada, no es exclusivo de los principios, también pasa lo mismo con las reglas, por ejemplo, las aplicables para individualizar una pena, agravándola o atenuándola. Y evitar las colisiones entre principios lo mismo que entre reglas, tampoco es nuevo pues es el propósito de la “interpretación sistemática”. Por esto, el constitucionalismo garantista no acepta que la ponderación sea exclusiva de los principios, y mucho menos que ésta se haga con referencia a valores sustantivos de justicia o moral que no estén expresamente previstos en el Derecho.

Así, para el constitucionalismo garantista los jueces deben estar vinculados a aplicar vía subsunción lo que la Constitución y la ley establecen, sin que les esté autorizado dejar de

³⁴ *Ibidem.* p. 47.

³⁵ *Ibidem.* p. 43. Cita la obra STRECK, Lenio Luis. *Verdade e Consenso, Constituicao, Hermeneutica e Teorias discursivas. Da possibilidade de a necessidade de respostas corretas em direito.* 3ª ed., Río de Janeiro, Lumen/Juris, 2009. p. 470 – 496; en la cual este autor brasileño realiza un listado de 24 principios de creación jurisprudencial.

aplicar ninguna regla o principio por razones de justicia o de moral. La fuente de legitimación de la jurisdicción es su apego a la ley creada por el legislador, y por esto la jurisdicción es tanto más legítima cuanto más cognoscitiva y no discrecional, esto es, mientras más deba “descubrir” vía interpretación y aplicar vía subsunción, y no “crear” vía ponderación el Derecho que aplica.

Entre los principales autores que dan respaldo al constitucionalismo garantista cabe citar, desde luego a FERRAJOLI cuyas ideas hemos presentado en este apartado, pero también el clásico KELSEN, y los neo-iuspositivistas HART y BOBBIO.

2. EL ETERNO DEBATE IUSNATURALISTAS VS IUSPOSITIVISTAS

Como se advierte de lo anteriormente expuesto, las diferencias entre el constitucionalismo principalista y el constitucionalismo normativo, son en cierta medida una redición de los diferendos que históricamente han confrontado a las perspectivas iusnaturalista y iuspositivista. Y para comprender mejor estas perspectivas tradicionales de la filosofía jurídica, en este apartado vamos a presentar de modo sucinto los principales diferendos del eterno debate entre iusnaturalistas y iuspositivistas, siendo estos los siguientes:

- Definir el Derecho, o delimitar qué es lo que queda comprendido dentro de éste,
- Establecer si las relaciones entre Derecho y Moral, son esenciales o accidentales,
- Identificar los elementos que determinan o condicionan la validez del Derecho, y
- Precisar en qué términos el Derecho goza o no, de plenitud o completitud.

Claro está que los criterios que permiten distinguir al iusnaturalismo del iuspositivismo, pueden ser listados de muy diversas maneras. Así por ejemplo, para BROEKMAN las distinciones entre estas dos perspectivas teóricas se centran en que *“El positivismo es 1) una teoría referida a una forma de articular de estudio el Derecho, 2) una marcada restricción en la definición del Derecho, 3) una teoría del proceso judicial, 4) una discusión constante sobre la diferencia entre el Derecho y la moral, 5) una teoría implícita sobre el carácter vinculante el Derecho.”*³⁶

³⁶ BROEKMAN, Jan M. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. Colombia, Temis, 1997. p. 54.

2.1. La definición del Derecho

El diferendo central entre iuspositivistas y iusnaturalistas consiste en establecer los límites para identificar o definir al Derecho. En términos generales puede decirse que Iuspositivismo es la teoría jurídica que considera como “Derecho” a todo el Derecho positivo producido por el hombre. En cambio, el iusnaturalismo es la teoría que considera como “Derecho” sólo a las normas jurídicas que son conformes con ciertos imperativos inherentes a la naturaleza humana, a la naturaleza de las cosas o a los designios de la divinidad.

Pero las ideas de los diversos iusnaturalistas no son todas coincidentes entre sí. De hecho, hay varios iusnaturalismos -de la misma manera que también hay varios tipos de iuspositivismo-.

“Si bien todos los iusnaturalistas coinciden sustancialmente en defender la tesis de que las normas jurídicas (o los sistemas jurídicos) inmorales o injustos no son Derecho válido, discrepan acerca del origen o fundamento de los principios morales y de justicia que conforman el llamado ‘Derecho natural’ y acerca de cuáles son tales principios. En efecto, la naturaleza de la que se han hecho derivar los principios universales ha sido la naturaleza del cosmos, o bien la naturaleza de Dios, o de la sociedad, o de la historia, pero más frecuentemente lo ha sido la naturaleza del hombre, en particular como ser racional. De este modo, se puede distinguir, cuando menos, entre un Derecho natural teológico, otro sociológico, otro historicista y otro racionalista; pero todos ellos se caracterizan por sostener la tesis mencionada que, como señala BOBBIO, se pronuncia por una definición valorativa del Derecho, esto es, por una concepción que no considera al Derecho como un mero hecho, sino como algo que tiene (o realiza) un valor, limitando el uso del término Derecho al Derecho moral o justo.”³⁷

Entre los principales expositores del iusnaturalismo teológico, destacan SAN AGUSTÍN y SANTO TOMÁS DE AQUINO, quienes en términos semejantes identifican: a la ley eterna (*lex aeterna*) que es la razón divina o voluntad de Dios que manda conservar el orden natural y prohíbe perturbarlo o que dirige todo lo creado hacia sus propios fines; a la ley natural (*lex naturalis*), que es la ley eterna inscrita en el corazón y la conciencia de los hombres; y a la ley humana que es la que se produce el legislador humano. Y concluyen que “*ley humana*

³⁷ OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. “Los Derechos humanos y la polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico”. En: *Teoría del Derecho y conceptos dogmáticos*. México, UNAM, 1987. p. 25.

*que deriva de la voluntad del legislador humano, para ser considerada como Derecho debe ser justa y recta, es decir debe participar de la ley eterna y natural”.*³⁸

Entre los iusnaturalistas racionales destaca Hugo GROCIO, para quien *“el Derecho deriva o resulta del instinto social y racional del hombre, a diferencia de los escolásticos que aunque reconocían la cualidad racional del hombre, la atribuían pero como consecuencia de la voluntad de Dios....Este Derecho natural es dictado por la recta razón de los hombres, que indica que cualquier acción debe corresponder a la misma naturaleza racional del hombre porque el Derecho se reduce a su contenido intrínsecamente justo o natural.”*³⁹ Otros expositores del iusnaturalismo laico son Thomas HOBBS, John LOCKE, Jean Jacques ROUSSEAU e Immanuel KANT, entre otros.

Por cuanto hace al iuspositivismo, éste se caracteriza porque identifica o define al Derecho como un fenómeno social o fáctico, que no está determinado por criterios valorativos.

Fue John AUSTIN el primer iuspositivista que afirmó que *“el jurista debe limitarse a estudiar el Derecho como es, sin preguntarse sobre la bondad o maldad de su deber ser. De hecho, la función de la ciencia jurídica es la exposición de los mandatos o normas del poder soberano, independientemente de que su contenido sea justo o no.”*⁴⁰ Posteriormente KELSEN habría de proponer el estudio científico del Derecho, para lo cual tenía que identificarse al Derecho en estado puro, esto es, desprovisto de todo elemento ideológico y teológico, como por ejemplo el concepto de justicia y la idea de Derecho natural.⁴¹

Coincidiendo los iuspositivistas en que sólo debe considerarse como Derecho a las normas jurídicas positivas, sin importar si su contenido puede ser calificado de justo o no, de racional o no, o de conforme o no con la voluntad de Dios; pues para reconocerles carácter jurídico a las normas, lo único relevante debe ser el que éstas sean formalmente válidas en

³⁸FLORES MENDOZA, Imer Benjamín. *“La concepción del Derecho en corrientes de la Filosofía Jurídica”*. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 90, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, septiembre - diciembre 1997. p. 1003.

³⁹ Ídem.

⁴⁰ Ídem.

⁴¹ KELSEN, Hans. *Teoría pura del Derecho*. México, UNAM, 1986.

virtud de haber sido producidas por órgano competente y siguiendo el procedimiento reglado de producción de normas.

El debate entre iuspositivistas y iusnaturalistas, en torno a la delimitación del Derecho, BOBBIO lo resume en los siguientes términos:

“Por jusnaturalismo entiendo aquella corriente que admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo y sostiene la supremacía del primero sobre el segundo. Por positivismo jurídico entiendo aquella corriente que no admite la distinción entre Derecho natural y Derecho positivo y afirma que no existe otro Derecho que el Derecho positivo.

Mientras que el jusnaturalismo afirma la superioridad del Derecho natural sobre el Derecho positivo, el positivismo jurídico no afirma la superioridad del Derecho positivo sobre el Derecho natural, sino la exclusividad del Derecho positivo. El jusnaturalismo es dualista; el positivismo jurídico, monista.”⁴²

2.2. Derecho y Moral

Consideran los iuspositivistas que en la definición del Derecho no deba incidir ninguna consideración valorativa, lo que implica sobre todo su opinión en el sentido de que el Derecho y la Moral son órdenes normativos autónomos.

En cambio, para los iusnaturalistas el Derecho para ser existente y válido, debe ser conforme con los postulados de la Moral, de tal manera que Moral y Derecho no pueden desvincularse. *“La respuesta básica de los autores iusnaturalistas fue expresada por San Agustín en términos que se han repetido innumerables veces: ‘Si de los gobiernos quitamos la justicia, ¿en qué se convierten sino en bandas de ladrones a gran escala?’”⁴³*

Conviene aclarar aquí que el hecho de que los iuspositivistas desvinculen al Derecho de la Moral, no significa que todos ellos sean moralmente escépticos. Algunos sí lo son, como por ejemplo KELSEN, quien niega la objetividad y universalidad de los postulados o valores morales, pues para él estos son necesariamente subjetivos y relativos. Pero en cambio, otros iuspositivistas como HART, sí creen en la existencia de principios morales y de justicia universalmente válidos, y a los cuales se puede acceder objetivamente por medio de la razón. E incluso HART considera que no hay impedimento alguno para que ciertas normas jurídicas

⁴² BOBBIO, Norberto. *El problema del positivismo jurídico*. México, Fontamara, 2003. p. 68.

⁴³ ATIENZA, Manuel. *Introducción al Derecho*. México, Fontamara, 2003. p. 43.

puedan tener como contenido precisamente a esos principios morales y de justicia universalmente. Pero HART continua siendo un iuspositivista, en la medida en que sostiene que dicho vínculo entre Derecho y Moral, aunque es posible, sin embargo no es de ninguna manera necesario, pues la validez jurídica de las normas jurídicas no depende de que tengan un contenido moral o justo, de la misma manera que su validez tampoco depende de que tengan un contenido favorable o desfavorable para la economía, la política, o cualquiera otra área o materia.

Esta diferente perspectiva de los iuspositivistas y los iusnaturalistas en torno a la Moral y el Derecho, puede ilustrarse mejor con las ideas de dos grandes filósofos universales:

- David HUME quien a partir de su famoso argumento conocido como “la guillotina de HUME”, sostuvo la autonomía entre “el ser” y “el deber ser”, e
- Immanuel KANT a quien podemos considerar un iusnaturalista racional, y quien equiparó al “deber ser” moral como un “imperativo categórico” para el hombre. Así, sostuvo la unión entre “el ser” y el “deber ser”, pues todo aquello que es, debe serlo conforme a su propia naturaleza.

Empecemos con el filósofo inglés David HUME, quien en el Siglo XVIII provocó toda una revolución en los campos de la lógica y la ética, básicamente a partir de que en su famoso argumento conocido como “la guillotina de HUME”, que es el siguiente:

“En todo sistema de moralidad que he conocido, siempre he notado que el respectivo autor empieza desarrollando la forma ordinaria de razonamiento y así establece la existencia de un bien, o hace observaciones respecto de los asuntos humanos, cuando de repente sorpresivamente me encuentro con que, en lugar de silogismos con premisas de “ser” o “no ser”, me topo con proposiciones que están conectadas con un “deber ser” o “no deber ser”. Este cambio es imperceptible, pero es, sin embargo, de profundas consecuencias. Para que un “deber ser”, o “no deber ser”, exprese una nueva relación o afirmación, es necesario que haya sido explicado y al propio tiempo que alguna razón se hubiera dado, pero lo que me parece de cualquier forma inconcebible es cómo esta nueva relación puede ser deducida de otras que son enteramente diferentes a ella. Ahora bien, como los autores comúnmente no advierten este detalle, yo debo entonces advertírselo a los lectores; y estoy convencido de que este pequeño llamado de atención podría destruir todo el sistema vulgar de moralidad.”⁴⁴

⁴⁴ HUME, David. *Treatise of Human Nature*. Inglaterra, Fontana, 1972. p.293. (traducción propia)

Argumento el anterior, con el cual HUME denunció que en las obras sobre Moral, se solían presentar como conclusiones de “deber ser” moral, a afirmaciones que derivaban de premisas de “es” o “no es” que sólo afirmaban la existencia o no existencia de hechos o realidades. Fue así HUME quien puntualizó que una conclusión de “deber ser” moral, sólo puede derivarse de silogismos que incluyan por lo menos una premisa de “deber ser” de naturaleza moral, y nunca a partir de silogismos que sólo expresen realidades.

Así, atendiendo a HUME, sería incorrecto el siguiente silogismo que, partir sólo premisas descriptivas de “es”, pretende llegar a conclusiones prescriptivas de “deber ser”:

Premisa 1. Juan suele conducir ebrio
Premisa 2. Conducir ebrio es causa de accidentes
Conclusión Juan “debe” dejar de conducir ebrio

En cambio, sería un silogismo correcto, el siguiente:

Premisa 1. Juan suele conducir ebrio
Premisa 2. Conducir ebrio es causa de accidentes
Premisa 3. “Debe” preservarse la vida propia y la de otros
Conclusión Juan “debe” dejar de conducir ebrio

Y es correcto el anterior silogismo porque llega a una conclusión prescriptiva de “deber ser”, pero después de incluir una premisa también de naturaleza moral.

A partir de las ideas de HUME, la lógica moderna acepta que las premisas indicativas o descriptivas como las de las ciencias naturales, por una parte, y las premisas prescriptivas como las de la ética y la política, por otra parte, son deductivamente independientes entre sí.

HUME provocó un terremoto en el terreno universal de la filosofía, y separó y dio autonomía a la lógica moral, respecto de la lógica asertórica o del mundo de los hechos. Y luego, en el territorio de la filosofía jurídica, como réplica de aquel terremoto, KELSEN habría de separar y dar autonomía a la lógica jurídica.

KELSEN, quien consideraba a HUME como “*el más grande de los filósofos*”⁴⁵, según mi percepción recibió de éste una innegable influencia que resultó determinante en la formulación de la Teoría Pura del Derecho. Lo que KELSEN afirma es que cualquier hecho o acontecimiento de la naturaleza, no es de por sí objeto de conocimiento jurídico, sino en la medida en que una norma jurídica se refiera a él con su contenido, e igualmente escribe KELSEN que “*al ‘deber ser’ jurídico se le debe despojar de su carácter axiológico-metafísico-absoluto, para reducir al ‘deber ser jurídico’ a una expresión del enlace de condición y consecuencia en la proposición jurídica*”⁴⁶.

Esto es, KELSEN confirma la separación que hizo HUME entre el “ser” del “deber ser”, para él existe una separación tajante entre el “deber ser” -*sollen*- y el “ser” -*sein*-; y además este gran filósofo austriaco distinguió entre el “deber ser” axiológico y el “deber ser” lógico jurídico que quedaría reducido a una relación imputativa, de tal modo que una conducta “deberá ser” jurídicamente, sólo en la medida en que sea imputación o derivación de una norma jurídica válida, que a su vez derive o encuentre su fundamento en otra norma jurídica válida, y así hasta llegar a la norma jurídica suprema.

Con apoyo en las ideas anteriores, los iuspositivistas reconocen como ámbitos discursivos diferentes y autónomos, a la “Teoría General del Derecho” que trata de establecer el Derecho que “es”; la “axiología jurídica” que busca establecer las esencias del Derecho que “debe ser” como imperativo de valor; y la “lógica jurídica” que estudia la estructura y validez de los razonamientos jurídicos, a través de los cuales se deduce el “deber ser” jurídico. Sin dejar de mencionar que estas perspectivas de análisis tendrán un alcance filosófico cuando buscan trascender los datos singulares para acceder a las esencias universales, y tendrán un alcance de doctrina cuando se enfocan al análisis específico del Derecho de un determinado país o comunidad.⁴⁷

⁴⁵ HART contaba que KELSEN se refería a HUME como “el más grande de los filósofos”, según refiere TAMAYO. Véase TAMAYO Y SALMORAN, Rolando. “*H.L.A. HART y la teoría jurídica analítica (estudio preliminar)*”. En: HART, H.L.A. *Post Scriptum al concepto de Derecho*. (Trad. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando). México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000. p. XXI.

⁴⁶ KELSEN, Hans. *La teoría pura del Derecho*. México, Edit. Nacional, 1981, p.30.

⁴⁷ Sobre los conceptos de teoría general del Derecho, axiología jurídica, lógica jurídica y doctrina jurídica, véase ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed., México, Oxford University Press. p. 48, 62 - 75.

Conviene repetir aquí la aclaración que ya se hizo respecto de los neo-positivistas como HART, para quienes el Derecho sí puede contener imperativos morales, pero única y exclusivamente en la medida en que los mismos hayan sido intencionalmente incorporados por el legislador que haya producido la respectiva norma jurídica. Esto es, tal y como lo ejemplificamos con el silogismo anterior, las premisas de “deber ser” no están implícitas en las premisas de “ser”, sino que aquéllas deben ser incorporadas a efecto de poder arribar a una conclusión de “deber ser”. Y atendiendo a esto, un iuspositivista bien puede aceptar la existencia de normas jurídicas con contenidos morales, siempre y cuando estos contenidos hayan sido debidamente incorporados siguiendo el procedimiento que el propio Derecho establece para la producción de normas jurídicas.

Así, atendiendo a las ideas de HUME y KELSEN, un iuspositivista puede distinguir premisas de “deber ser” de tres tipos, cada uno de los cuales pertenece a discursos lógicos autónomos entre sí: el “deber ser” instrumental, el “deber ser” moral, y el “deber ser” jurídico.⁴⁸

Las premisas de “deber ser” instrumentales nos muestran el camino que hay que seguir para lograr algo, sin embargo, exactamente tal y como ocurre con los mapas de carreteras, el hecho de conocer las rutas no significa que tales caminos “deban ser” obligatoriamente recorridos como imperativo de valor o como un imperativo jurídico. Ejemplo de un silogismo que arriba a una conclusión de “deber ser” instrumental, y que es una conclusión formalmente válida porque deriva de al menos una premisa descriptiva válida, sería el siguiente:

- Premisa 1.* *El agua hierve al calentarla a 100 grados*
Premisa 2. *Carlos hervirá agua*
Conclusión. *Carlos “debe” (instrumentalmente) calentar el agua hasta 100 grados*

En cambio, las premisas o conclusiones de “deber ser” moral, expresan un imperativo que obliga al hombre a orientar sus actos hacia fines de valor, y generalmente hacia lo bueno o correcto moralmente. Algunos autores sólo consideran como destinos valiosos a los que derivan de la moral individual, otros en cambio, también consideran a los valores que puedan

⁴⁸ En el idioma español, la expresión “debe ser” tiene por lo menos las tres acepciones referidas: instrumental, moral y jurídica. A diferencia de lo que ocurre en el idioma inglés, donde la confusión es menor, ya que la expresión “*must to be*” se refiere al deber ser instrumental, mientras que la expresión “*ought to be*” se refiere al deber ser moral o jurídico.

derivar de una moral utilitarista o una suerte de moral social. Expresa una conclusión válida de “deber ser” moral, el siguiente silogismo:

- Premisa 1. La libertad de todo individuo “debe” (moralmente) favorecerse*
Premisa 2. La interpretación “A” favorece más la libertad individual, que la interpretación “B” que favorece más la eficacia y la cohesión de los partidos políticos
Conclusión. La interpretación “A” “debe ser” (moralmente) favorecida

Las premisas de “deber ser” jurídico, por su parte, derivan de una mera imputación lógico-jurídica. Esto es, una determinada conducta “debe ser” jurídicamente, cuando esté autorizada en el contenido de una norma jurídica válida. Siendo norma jurídica válida la que hubiere sido producida con la autorización de otra norma jurídica válida de superior jerarquía. Sería un silogismo con conclusiones válidas de “deber ser” jurídico, el siguiente:

- Premisa 1. Los artículos 14 y 16 constitucionales, disponen la norma de que cualquier autoridad sólo podrá realizar actos debidamente fundados y motivados*
Premisa 2. El tribunal “A” es una autoridad pública
Conclusión. Los actos del Tribunal “A”, “deben” (jurídicamente) estar fundados y motivados

Así, basados en las ideas de HUME y de KELSEN, para los iuspositivistas no se puede deducir una conclusión de “deber ser” jurídico, a partir exclusivamente de premisas de “deber ser” instrumental o moral; del mismo modo que tampoco puede válidamente derivarse una premisa de “deber ser” axiológico a partir sólo de afirmaciones de “deber ser” jurídico o instrumental. Y por lo tanto es muy importante el diferenciar entre los “deber ser” instrumental, moral y jurídico, ya que cada uno de ellos pertenece a un ámbito diverso y autónomo del saber, teniendo cada uno sus respectivas reglas de argumentación y validez.

Pasemos ahora a revisar las ideas de KANT sobre el “imperativo hipotético” y el “imperativo categórico”, pues estas categorías pueden servirnos para ilustrar la noción iusnaturalista sobre el vínculo entre Moral y Derecho.

El imperativo hipotético sería equivalente a las premisas de “deber ser” instrumental a las que nos hemos referido anteriormente, pues expresa los medios racionales que debemos seguir para lograr determinado fin: “si quieres hervir el agua, debes de calentarla hasta 100 grados”. El imperativo hipotético es un principio de racionalidad práctica.

Mientras que el imperativo categórico según KANT, *“exige incondicionalmente que hagamos ciertas cosas o que las dejemos de hacer, esto es, sin suponer ninguna condición: uno debe, por ejemplo, respetar a los demás sin importar lo que uno piense, quiera o desee. La exigencia es incondicional.”*⁴⁹ Siendo que para KANT toda exigencia moral es necesariamente un imperativo categórico, en la medida en que se debe observar de manera incondicional.

Y aunque el imperativo categórico es también un principio de racionalidad práctica, pues lo cumple quien actúa racionalmente; sin embargo, *“no es el caso que la persona moral actúe moralmente porque quiera ser racional; la persona moral actúa moralmente porque valora a la humanidad como un fin en sí mismo, en su persona y en la de los demás. El fin o la aspiración de la persona moral no es ser racional, sino tratar a la humanidad siempre como un fin y nunca como un mero medio.”*⁵⁰

Dicho en otras palabras, en la medida en que el hombre reconoce y valora su humanidad y la de otros, es que se le impone actuar conforme a su imperativo categórico o “deber ser” moral. Esto es –y en este punto se aproximan las ideas de KANT y el iusnaturalismo–, si el hombre “es”, entonces “debe ser” conforme a las máximas de la moral que se desprenden de su propia naturaleza. Así, el “ser” y el “deber ser” no están desvinculados, sino que se implican recíprocamente.

2.3. Validez del Derecho

Desde la perspectiva iuspositivista, sólo el Derecho fundamenta la validez jurídica del Derecho. Esto es, toda norma jurídica debe encontrar el fundamento de su validez jurídica, en otra norma jurídica de superior jerarquía, y ésta a su vez encontrar su fundamento en otra norma jurídica superior, y así hasta llegar a la norma jurídica suprema. Fundamento o “fuente” del Derecho sólo puede serlo el Derecho mismo.

En los países que como México, tienen una Constitución escrita y rígida, será a las normas constitucionales a las que corresponde el atributo de supremacía jurídica, ya que ellas

⁴⁹ RIVERA CASTRO, Faviola. *“El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres”*. En: *Revista Digital Universitaria*. Vol.5, No. 11, México, DGSCA-UNAM, diciembre 2004. p.4. Disponible en línea: (<http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art83/int83.htm>).

⁵⁰ Ídem.

no derivan su validez jurídica de ninguna otra norma, sino que son el fundamento de todas las demás las normas del orden jurídico.

Esto es, las realidades o consideraciones morales, sociales, políticas o económicas, aunque pueden ser, respectivamente, el fundamento o justificación moral, social, política o económica, de una determinada norma jurídica; sin embargo, no pueden ser consideradas, por sí mismas, como fuentes de validez jurídica de una norma de Derecho, porque como ya se dijo, la validez jurídica de toda norma de Derecho sólo puede derivar de otra norma jurídica. Incluso cuando las referidas realidades o consideraciones extra jurídicas, están incorporadas al régimen jurídico como contenido de una determinada norma jurídica, de cualquier forma la fuente de validez jurídica será, no la realidad o consideración moral, social, política o económica, sino la norma jurídica superior que autoriza la creación de la norma jurídica inferior.

Para el iusnaturalismo en cambio, el fundamento último de validez de toda norma jurídica, se obtiene cuando ésta en razón de su contenido, se orienta a la realización o conservación de algún valor de carácter moral; orientación o alineación que permite considerar a la referida norma como moral o justa, y en consecuencia válida.

La norma injusta no puede ser reconocida como válida, ni debe ser obedecida. Así, una norma jurídica positiva que autorice la discriminación por razón de raza –por ejemplo las que establecían el sistema de apartheid en Sudáfrica, o la segregación racial en los Estados Unidos, o el antisemitismo en la Alemania nazi–, aunque sea una norma respaldada por la mayoría ciudadana, aprobada por la autoridad competente y siguiendo el proceso legislativo regulado en la Constitución; sin embargo, en la medida en que es injusta es inválida desde la perspectiva iusnaturalista, para la cual justicia y validez son términos que se corresponden. Como ejemplo de esta ideología, pueden citarse las siguientes ideas de Francisco SUAREZ: “(...) *el legislador humano...no tiene poder para obligar con leyes injustas y por eso, aunque mande cosas injustas, tal precepto no es ley, porque no tiene ni fuerza ni valor para obligar*”⁵¹.

⁵¹ SUAREZ, F. *Tractatus de legibus ac Deus legislatore*. Madrid, Instituto de Estudios Políticos, 1967, libro III, cap. XXII. Citado por GARZÓN VALDÉS, E. “*Algunos modelos de validez normativa*”. En: *Derecho, Ética y Política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993, p. 75.

No se omite mencionar que según el iuspositivismo formal de KELSEN, para que una norma jurídica positiva fuera existente y válida debía satisfacer los siguientes criterios formales: haber sido producida por la autoridad competente y en apego a los procedimientos de creación definidos por las normas jurídicas superiores.

“(las normas jurídicas) no valen en virtud de su contenido. Cualquier contenido puede ser derecho; no hay ninguna conducta humana que, en tanto tal, pueda ser excluida de una norma jurídica. Su validez no puede ser puesta en duda porque su contenido no responde a algún valor moral presupuesto, el de la moral por ejemplo. Como norma jurídica vale una norma siempre sólo en virtud de haber sido creada de una manera determinada, de acuerdo con una determinada regla, de acuerdo con un método específico.”

52

Sin embargo, para el iuspositivismo moderno o neopositivismo, el fundamento de validez jurídica de una norma de Derecho, debe entenderse en un sentido formal, pero también en un sentido material, de tal manera que una norma jurídica sólo será jurídicamente válida (formalmente) cuando haya sido creada por la autoridad competente y conforme al respectivo procedimiento de creación jurídica que el propio Derecho establezca, y cuando además (materialmente) tenga un contenido sustancial o material, que sea compatible o coherente con el de las normas de superior jerarquía del propio orden jurídico. Siendo que en un régimen constitucional es precisamente en la Constitución donde se encuentran tanto las normas básicas que fundamentan la validez formal de las demás normas jurídicas (normas que regulan los procedimientos de creación jurídica en el Estado, y principalmente las relativas a la estructura, integración y competencias de los órganos supremos del Estado), como las normas cuya observancia condiciona la validez material de las demás normas del Derecho mexicano (básicamente las normas relativas a derechos humanos).

Pero no obstante que el neopositivismo incorpora contenidos de validez material del Derecho, de cualquier modo sigue siendo distinto del iusnaturalismo, porque en éste la única fuente de validez es de carácter material pues atiende sólo al contenido de las normas, sin que resulten determinantes los aspectos formales. E incluso los iusnaturalistas bien pueden considerar como válidas y obligatorias, a normas que derivan del Derecho natural, aun cuando no hayan sido producidas por ninguna autoridad competente y por lo tanto no se encuentren formalmente consignadas en ninguna norma de Derecho positivo. Muy cercano a esta

⁵² KELSEN, H. *Teoría Pura del Derecho: el método y los conceptos fundamentales*. México, Colofón, 2010.

categoría de Derecho obligatorio aunque no esté positivado, sería el caso del denominado *ius cogens* que se integra por ciertas normas básicas que han sido aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados, y que resultan imperativas no sólo para los países que han suscrito los tratados internacionales que los contiene, sino incluso para los países que no han suscrito tales tratados o que quieran apartarse de estos.⁵³

En este sentido, es célebre el argumento de RADBRUCH en el sentido de que el Derecho positivo debe obedecerse, excepto cuando sea extremadamente injusto y que por esto se torne en un 'Derecho falso' (*lex injusta non est lex*). Argumento que fue invocado en los juicios de Núremberg al final de la Segunda Guerra Mundial, para destruir la excusa presentada por los nazis que se defendían afirmando que no podían considerarse criminales las conductas que habían realizado en obediencia de la ley positiva. El razonamiento de RADBRUCH, es el siguiente:

“En un enfrentamiento entre seguridad jurídica y justicia, surgido entre una ley impugnable por su contenido, pero de carácter positivo, y un Derecho justo, pero no acuñado en forma de ley, hay un conflicto de la justicia consigo misma, esto es, entre justicia aparente y justicia real. El conflicto lo refleja soberbiamente el Evangelio cuando, en una parte ordena ‘Obedeced a la autoridad que tiene poder sobre vosotros’, y sin embargo en otro lugar manda: ‘Obedeced más a Dios que a los hombres’.

El conflicto entre la justicia y la seguridad jurídica debió resolverse con la primacía del Derecho positivo sancionado por el poder, aun cuando por su contenido sea injusto o inconveniente, a no ser que la contradicción de la ley positiva con la justicia alcance una medida tan insostenible, que deba considerarse como ‘falso Derecho’ y ceder el paso a la justicia.”⁵⁴

Repitiendo a KELSEN podemos decir que *“validez no debe confundirse con eficacia. La validez significa que la ley debe ser obedecida y aplicada; la eficacia quiere decir que a ley es, en verdad, obedecida y aplicada.”⁵⁵*

Y precisamente porque las normas jurídicas positivas que la autoridad competente produce son válidas, es que los positivistas opinan que a tales normas jurídicas preestablecidas se les debe obediencia absoluta por parte de todos sus destinatarios y por los aplicadores del

⁵³ Artículo 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

⁵⁴ RADBRUCH, Gustav. *Relativismo y Derecho*. Bogotá, Temis, 1995. p. 35.

⁵⁵ KELSEN, Hans. *Teoría Pura...* ob. cit. p. 50.

Derecho, incluyendo por supuesto los jueces (deber jurídico, autónomo del deber moral, como ya se dijo).

Frente a toda norma jurídica válida –opinaría un iuspositivista- todos tenemos el deber jurídico (que no necesariamente moral o político) de obedecerla, del mismo modo que frente a toda norma moral válida tenemos el deber moral (que no necesariamente jurídico o político) de obedecerla, y esto se debe a que son órdenes normativos autónomos; aunque claro, con la diferencia de que el cumplimiento del deber jurídico puede imponerse coactivamente mediante el uso de la fuerza pública del Estado.

2.4. Plenitud o completitud del Derecho

Desde la perspectiva iuspositivista, el Derecho no siempre tendrá una norma jurídica preestablecida cuyo contenido material resulte exactamente aplicable a cualquier caso concreto. Por lo tanto no es un orden materialmente completo. Sin embargo, el Derecho sí es un orden formalmente completo y con plenitud hermética, en el sentido de que incluye todas las reglas necesarias a efecto de no dejar ningún caso concreto sin una correspondiente regulación jurídica aplicable. Y esto porque para aquellos casos que dentro del Derecho no tienen una norma jurídica preestablecida cuyo contenido material resulte exactamente aplicable, el propio Derecho establece las reglas de producción jurídica conforme a las cuales deberá crearse la norma que regulará (*post-facto*) el caso concreto. El Derecho, por lo tanto, para regular cualquier caso concreto siempre tendrá una norma jurídica predeterminada, o una determinable siguiendo reglas (éstas sí) predeterminadas de creación jurídicas.

Así, el Derecho desde la perspectiva iuspositivista no es sólo las normas de contenido preestablecido que son creadas por el legislador, constituyente o secundario, sino también las normas jurídicas que el propio Derecho autoriza sean producidas por otras instancias como la jurisdicción, la administración, o incluso la comunidad en el caso de la costumbre.

KELSEN al referirse a la plenitud hermética del Derecho se refiere sólo al aspecto formal de que dentro de él están incluidas todas las reglas para producir normas aplicables a cualquier caso.⁵⁶ De tal manera, KELSEN no se refiere a una plenitud en el sentido de que

⁵⁶ KELSEN, Hans. *Teoría general del Derecho y del Estado*. México, UNAM, 1988. p.171.

siempre haya norma preestablecida cuyo contenido sea aplicable a todo caso, por la sencilla razón de que KELSEN no se metía a estudiar contenidos, sino sólo procesos de creación. Por otra parte HART, al referirse a que el orden jurídico no es completo, se refiere a lo material o sustantivo, no así a lo formal.⁵⁷ Y de esta manera, las opiniones de KELSEN y HART son coincidentes en el sentido de considerar que el Derecho tiene plenitud hermética en lo formal (reglas de creación de normas), pero no en lo material (contenidos sustantivos).

Ahora bien, desde la perspectiva iusnaturalista, el Derecho se integra por prescripciones o principios de valor moral (moral en sentido amplio, incluyendo hasta consideraciones utilitaristas), que existen con independencia de que las autoridades los incorporen en el Derecho positivo, y que son de carácter universal, objetivo, y cognoscibles a través de la razón humana. Y por esto, cabe considerar que el Derecho se encuentra producido o determinado de manera completa por el orden natural, al menos en el nivel superior de los principios. Aunque el Derecho siga siendo determinable en el nivel operativo de las reglas. A continuación se explica esto.

Para el iusnaturalismo, los principios o valores morales, aunque son objetivos para la razón, absolutos y universalmente válidos; sin embargo, no son susceptibles de aplicarse como fundamento directo de la mayoría de las resoluciones judiciales. Esto debido a que los casos concretos que la realidad presenta, la mayoría de las veces no se resuelven aplicando el juzgador de manera exclusiva, exacta y absoluta, alguno de tales valores o principios, sino aplicando el juzgador una solución a través de la cual busca, no que la realidad actualice plenamente los valores morales (esto sería idealismo), sino que en todo caso se aproxime a ellos lo más posible, y no a uno u otro valor específicos, sino a una combinación armónica y justa de ellos.

Esto es, los valores o principios son irrealizables en su integridad, porque prescriben lo bueno absoluto, con independencia de su factibilidad. Y la imposibilidad de lograr actualizar plenamente a los diversos valores o principios del Derecho, se hace más evidente, habida cuenta de que en la vida real la mayoría de los litigios presentan, no un conflicto simple que deba resolverse mediante la entrega del bien y el castigo del mal, sino un conflicto complejo

⁵⁷ HART, H. *El concepto de Derecho...* ob. cit. p.158.

suscitado entre dos o más bienes que en determinada realidad resultan excluyentes entre sí. Conflictos entre bueno y bueno, que se resuelven eligiendo el bien de mayor peso, o más frecuentemente, armonizando los valores o principios en conflicto, de tal modo que se actualice de cada uno de ellos una proporción o grado razonable que sumados en conjunto integren la solución justa de mayor valor. Los valores o principios del Derecho, se revelan como orientes que dan sentido y justificación a todas y cada una de las demás partes del Derecho.

Coincidiendo con lo anterior, DWORKIN señala que los principios jurídicos no necesariamente son el fundamento directo de una decisión judicial, aunque sí son necesariamente el punto de referencia que orienta y justifica moralmente la decisión judicial.⁵⁸ También DWORKIN apunta que un principio jurídico puede entrar en conflicto con otro principio jurídico, y entonces prevalecer el de mayor peso sobre el de menor peso, pero sin que esto signifique la abrogación de este último, ya que los principios no responden a la lógica del “todo o nada”.

¿Pero si desde la óptica del iusnaturalismo, los principios del derecho son guías, pero no normas que resulten exactamente aplicables a la resolución de casos concretos, entonces los jueces con qué fundamento resuelven los litigios sometidos a su conocimiento? Pues ciertamente que con fundamento en reglas, pues para los iusnaturalistas, el Derecho no se integra de manera incompleta exclusivamente por principios, sin reglas.

Siendo las reglas que aplicará un iusnaturalista, aquellas que tengan como contenido el que permita, en una particular realidad, la mayor y más armónica aproximación entre esa realidad particular y los valores que orientan al Derecho. Así, mientras los principios son universales, las reglas no tienen que ser exactamente iguales en todas las comunidades humanas, ya que en cada una de ellas las reglas deben guardar una correspondencia con su particular y diversa realidad; aunque claro, una vez determinada una regla válida para una determinada realidad, la regla tampoco deberá tener por qué variar a menos que la realidad varíe.

⁵⁸ Véase. DWORKIN, Ronald M. *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1989.

DWORKIN, al considerar al Derecho como integridad, considera que las reglas jurídicas formalmente producidas por las instituciones políticas de una determinada comunidad, serán válidas o verdaderas, siempre y cuando cumplan con un principio de coherencia, lo cual significa *“Que sean hechas y vistas, hasta donde sea posible, como que expresan un solo esquema coherente de justicia y equidad en la proporción correcta”*⁵⁹ y que también (y consecuentemente) guarden una coherencia con la práctica legal de la comunidad en el pasado.⁶⁰

Para un iusnaturalista, por lo tanto, las reglas, a diferencia de los principios o valores que las inspiran, no son universales y tampoco existen objetivamente en el orden natural, sino que deben ser “construidas” por el juez justo, de cara a una realidad determinada. Así, mientras los principios que existen “determinados” y forman un sistema completo, pleno y coherente; las reglas en cambio, son “determinables” ya sea por el legislador democrático o por el juez justo, quien a través de su prudente arbitrio o discrecionalidad instrumental, produce la regla justa aplicable con un contenido que permita la mayor y más armónica aproximación entre la realidad particular y los valores que orientan al Derecho. Lo anterior, sin olvidar el juzgador iusnaturalista que para poder contar con el respaldo de la fuerza del Estado en la aplicación de la norma justa, conviene que ésta se aplique a través de la regla jurídica positiva con la que más coincidencia tenga.

2.5. Principios inherentes, principios positivos, y reglas

Otro tema central para la comprensión de los constitucionalismos principalista y normativo, así como del iusnaturalismo y el iuspositivismo, es sin duda el relativo a la distinción entre principios y reglas, y el relativo a la distinción entre principios inherentes y principios positivos.

2.5.1. El debate HART-DWORKIN

La importancia de distinguir entre los principios y reglas que integran un sistema de Derecho, queda de manifiesto en el foro mundial a partir del debate HART–DWORKIN que

⁵⁹ DWORKIN, Ronald M. *El imperio de la Justicia*. 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1992. p. 160.

⁶⁰ Ídem.

inició hace más de treinta años con la publicación de la obra *Los derechos en serio*,⁶¹ de DWORKIN. Debate que en este trabajo nos servirá para distinguir entre principios y reglas, y más precisamente para identificar la diferencia entre principios inherentes o de valor moral, por una parte, y principios positivos y reglas, por la otra parte.

Nos interesa identificar los principios inherentes y distinguirlos de los principios positivos contenidos de manera expresa o implícita en la ley creada por la autoridad, porque a final de cuentas aquellos van a coincidir con los derechos humanos tal y como los concibe el constitucionalismo principalista, y estos van a coincidir con los derechos humanos como los concibe el constitucionalismo garantista.

El debate en torno a las reglas y los principios, lo inició DWORKIN cuando afirmó que HART desde su enfoque iuspositivista concebía al Derecho como un “sistema de reglas”, mientras que para DWORKIN el Derecho era un “sistema de principios”.

Sin embargo, durante el desarrollo del referido debate, HART coincidió con DWORKIN en la existencia de los principios, a los cuales es posible identificarlos sobre todo por su estructura genérica o no concluyente, y por la forma en que se aplican. Pero también estos filósofos confirmaron su diferendo en lo que respecta al contenido de los referidos principios. Para DWORKIN, los principios lo son en razón de su contenido siempre de valor moral universal, y porque siempre están presentes en toda decisión judicial su aplicación. En cambio, para HART, los principios tienen el mismo origen formal que las reglas, y su contenido puede ser moral, político o de cualquier otra índole, además de que los principios no necesariamente sirven para colmar cualquier laguna de la ley, pues hay casos concretos para los cuales el Derecho no tiene ni regla ni principio aplicable.

Y es precisamente a partir de las diferencias que DWORKIN y HART identifican en torno a los principios, que nosotros en este trabajo vamos a distinguir entre los “principios inherentes” y los “principios positivos”. Lo cual como ya se dijo, es una diferencia importante para los efectos de este trabajo, toda vez que dichas categorías son en buena medida

⁶¹ DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio*, Barcelona, Ariel, 1978. Libro éste en el cual se incluyó el artículo titulado “¿Es el Derecho un sistema de reglas?”, el cual DWORKIN publicó en 1967, y que es más precisamente el artículo que inició el referido debate.

coincidentes, respectivamente, con las nociones “principalista” y “normativista” o “garantista” de los derechos humanos.

2.5.2. Los principios: consenso en torno a su estructura y aplicación

En términos generales, tanto HART como DWORKIN coinciden al identificar cuál es la estructura de los principios y la forma en que estos se aplican, a diferencia de las reglas.

Los principios, atendiendo a su estructura formal, se distinguen de las reglas, porque aquéllos siempre son enunciados normativos genéricos o categóricos, que prescriben mandatos pero sin especificar el caso concreto o supuesto de hecho al que son aplicables, por ejemplo “hombres y mujeres deben ser libres e iguales”; a diferencia de las reglas, que tienen una estructura hipotética o condicional (si A es, entonces B debe ser), pues prevén una hipótesis o supuesto de hecho, que en caso de actualizarse producen las consecuencias jurídicas que la misma norma establece, por ejemplo, “al que prive de la vida a otro, se le aplicará una pena de entre 15 y 25 años de prisión”.

Al referirse a este tema, AGUILÓ opina que *“la mejor manera de caracterizar los principios jurídicos, mostrando de manera clara su diferencia con las reglas, consiste en afirmar que son un tipo de pauta de conducta en la que no se define caso, que no cuentan con supuesto de hecho.”*⁶²

Y por cuanto hace a su aplicación, los principios se distinguen de las reglas porque aquéllos son mandatos ideales o de optimización que por diversas razones, principalmente por límites materiales y porque deben armonizarse con otros principios, bien pueden cumplirse sólo en cierto grado o proporción, y sin que esto implique su inobservancia. Un ejemplo, entre hombres y mujeres la igualdad no es completa pues éstas cuentan con derechos asociados a la maternidad. Otro ejemplo, la libertad de tránsito no justifica la invasión de la propiedad privada. En cambio, las reglas deben cumplirse bajo el estándar de “todo o nada”, esto es, o se cumplen del todo, por ejemplo cuando al homicida comprobado se le impone la pena que le corresponde, o se incumplen del todo cuando un homicidio queda impune.

2.5.3. Reglas primarias y reglas secundarias, según HART

⁶²AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona, Ariel, 2000. p. 136.

Cabe aclarar aquí, que para HART no todas las reglas que integran el sistema jurídico tienen la misma estructura y forma de cumplimiento. Para HART, el Derecho no sólo se integraba por reglas de estructura hipotético-causal, y con un estándar de aplicación de todo o nada. Este tipo de reglas, a las que HART llamaba “reglas primarias”, en efecto integran el Derecho, pero complementadas con las que él denominaba como “reglas secundarias” que se distinguen de aquéllas en su estructura y cumplimiento.

Para HART no puede haber un sistema jurídico integrado sólo por reglas primarias, es decir reglas que ordenan meros movimientos o cambios físicos que deben ser realizados u omitidos por la comunidad, pues dicho sistema sería incompleto, impreciso y estático. ¿Por qué?, sería incompleto porque las reglas primarias no pueden prever todos los casos que presenta la realidad; sería impreciso porque carecería que parámetros para resolver las dudas que seguramente surgirían en torno a cuáles son las reglas a obedecer o cuál es el alcance preciso de determinadas reglas; y sería estático porque las reglas primarias producidas por el legislador no podrían ajustarse oportunamente a la realidad cambiante, pues para realizar cada uno de estos ajustes, por mínimo que fuera, se requeriría una reforma legislativa.

En consecuencia -opina HART-, todo sistema de Derecho se integra además de por reglas primarias, por reglas secundarias, siendo éstas de tres tipos:

- La “regla de reconocimiento”, que permite identificar cuáles precisamente son las reglas primarias de observancia obligatoria. Aunque claro que esta identificación no se hace constatando que la regla en cuestión esté incluida en una lista exhaustiva de reglas válidas, sino que dicho reconocimiento se hace *“por referencia a alguna característica general poseída por las reglas primarias. Ésta puede ser el hecho de haber sido sancionada por un cuerpo específico, o su larga vigencia consuetudinaria, o su relación con las decisiones judiciales.”*⁶³
- Las “reglas de cambio”, las cuales confieren poderes o facultades a personas o cuerpos colegiados, para ajustar las reglas primarias a la realidad cambiante, ya sea introduciendo nuevas reglas primarias o dejando sin efecto reglas primarias anteriores. Poderes o facultades para que instancias públicas legislen o deroguen normas, o para

⁶³ HART, H.L.A. *El concepto de Derecho*. (Trad. CARRIÓ, Genaro R.). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968. p. 118.

que instancias privadas creen, modifiquen o extingan, reglas primarias de observancia entre ellos.

- Las “reglas de adjudicación”, que son aquellas que facultan a ciertos individuos para resolver con carácter de autoridad, sobre si una regla primaria ha sido o no transgredida. Estas reglas incluyen conceptos como “*el concepto de juez y tribunal, jurisdicción y sentencia*”.⁶⁴

2.5.4. Los principios: diferendo en torno a su contenido

Pero sobre otros aspectos de los principios y las reglas, sí existen grandes diferencias entre la opinión positivista de HART y la postura no positivista de DWORKIN, particularmente asociadas a la opinión que cada uno de ellos tiene sobre la relación –necesaria o no- entre Derecho y Moral. Y es aquí donde la idea que ambos filósofos tienen sobre los principios y las reglas, se distancia significativamente.

Los principios –opina DWORKIN- lo son por razones de contenido y no por razones formales. Por esto no pueden ser siempre reconocidos como parte del sistema jurídico por la “regla de reconocimiento” que propone HART, pues ésta sólo permite identificar a las reglas jurídicas por criterios formales, esto es, “...*por pruebas que no se relacionan con su contenido, sino con su ‘pedigrí’ u origen, o con la forma en que fueron adoptadas o evolucionaron.*”⁶⁵

Sobre esto, HART responde que la “regla de reconocimiento” bien puede servir para identificar reglas en torno a las cuales hay poca incertidumbre, y también para identificar principios, sin necesidad de referirse al contenido de éstos. Sin perjuicio de que los principios resulten más difíciles de identificar que las reglas, precisamente porque se caracterizan por ser más inciertos, ya que en opinión de HART la diferencia medular entre reglas y principios, es que aquéllas son más concluyentes que éstos, de tal manera que entre principios y reglas la diferencia es sólo una “cuestión de grado”, y no una cuestión cualitativa pues la diferencia no tiene que ver con el contenido.⁶⁶

⁶⁴ Ibídem. p. 120.

⁶⁵ DWORKIN, Ronald. *Los derechos en serio...* ob.cit., p.17.

⁶⁶ HART, H.L.A., *El concepto de Derecho...*ob.cit. p.122. Afirma lo siguiente: “*La incoherencia que resulta de sostener que un sistema jurídico consiste a la vez de reglas de todo o nada y principios no concluyentes puede solucionarse si*

Aún más, para DWORKIN el contenido de los principios es siempre de carácter moral. En cambio los “principios del sistema” a los cuales se refiere HART como mandatos jurídicos menos concluyentes, es indistinto tengan o no contenidos morales, ya que lo resulta determinante para reconocerlos como integrantes del sistema de Derecho, no es su contenido, sino su origen, esto es, que hayan sido producidos por instancias y procedimientos autorizados por el propio Derecho.

Cabe anotar aquí que el rasgo que más permite identificar a DWORKIN como iusnaturalista, es precisamente que se niega de separar el Derecho y la Moral, mientras que a HART cabe identificarlo como iuspositivista debido a que para él los contenidos del Derecho pueden o no coincidir con los de la Moral, pero esto en todo caso sería una mera contingencia y no una condición necesaria.

Otro punto relevante que separa la idea que HART y DWORKIN tienen en torno a los principios, consiste en que para DWORKIN los principios deben guiar todas las decisiones judiciales, y para cada caso concreto siempre habrá una única decisión o respuesta jurídicamente correcta –que será precisamente la que se apegue a los principios. Sin perjuicio de que encontrar dicha respuesta correcta sea difícil, y en ciertos casos sólo realizable por un juez “Hércules” con habilidades y sapiencia sobrehumanas. En cambio, para HART, el Derecho no tiene tal completitud, pues hay ciertos casos concretos que no están regulados ni por los principios ni cualquier regla jurídica específica. Y cuando un juez se enfrenta a estos “casos difíciles”, entonces lo que procede es que éste resuelva creando Derecho discrecionalmente.

HART escribe: *“El conflicto más radical entre la teoría del Derecho expuesta en este libro y la de DWORKIN surge de mi afirmación según la cual, en cualquier sistema jurídico, habrá siempre algunos casos que no están reglamentados por la ley, en los que en algún momento la decisión a favor o en contra no está dictada por el Derecho y, por consiguiente, éste es parcialmente indeterminado o incompleto.”*⁶⁷ Aunque HART

admitimos que tal distinción es una cuestión de grado. Ciertamente, puede establecerse un contraste razonable entre reglas casi concluyentes, donde la satisfacción de sus condiciones de aplicación bastan para determinar el resultado jurídico, con exclusión de unos pocos casos –en los cuales sus disposiciones pueden entrar en conflicto con otra regla considerada de mayor importancia-, y principios por lo general no concluyentes que sólo señalan hacia una decisión pero que, con frecuencia, no la determinan.”

⁶⁷ HART, H.L.A., *Post Scriptum al concepto de Derecho...* ob. cit. p. 135.

*acota esta afirmación, precisando que el juez al crear Derecho en estos casos difíciles “no debe hacerlo arbitrariamente, esto es, debe siempre tener razones generales que justifiquen su decisión y debe actuar como un legislador escrupuloso lo haría al decidir según sus propias creencias y valores.”*⁶⁸

Para reforzar la idea de que no debe aceptarse la opinión de DWORKIN en el sentido de que para todo caso hay una solución correcta determinada por las reglas y principios del sistema, esto es que los principios sirven como pautas de interpretación e integración del Derecho frente a cualquier caso imaginable; HART sostiene que si esto se aceptara entonces se eliminaría la relevancia del momento de la creación jurídica, e incluso podría prescindirse hasta de los legisladores, pues ya no tendría sentido la creación de nuevas normas jurídicas, si de cualquier manera el Derecho ya prevé una respuesta para todos los casos posibles, presentes y futuros.

2.5.5. Principios inherentes y positivos, explícitos e implícitos

Sobre los principios, hay diversas clasificaciones o tipologías,⁶⁹ pero para los efectos de este estudio, las clasificaciones que más nos interesan son las que distinguen, por una parte entre los principios “explícitos” e “implícitos”, y por otra entre los principios “inherentes” o “autónomos”, por una parte, y los “positivos” o “derivados” por la otra.

Los principios pueden ser explícitos o implícitos, según que estén consignados o no, en una norma jurídica expresa. Implícito significa *“incluido en otra cosa sin que ésta lo exprese”*,⁷⁰ y en este sentido llamamos “implícito” al principio que no se encuentra directamente expresado en el texto de las normas jurídicas escritas, pero que sin embargo, se encuentra incluido en el orden jurídico de algún modo.

En el Derecho mexicano, serían ejemplo de principios explícitos, los siguientes:

⁶⁸ *Ibidem.* p. 137.

⁶⁹ Véase OROZCO HENRÍQUEZ, J. Jesús. *“Principios y reglas en el Derecho electoral mexicano y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo”*. En: ARNALDO ALCUBILLA, ÁVILA ORTIZ Y OROZCO HENRÍQUEZ (coords.). *Memoria del II Curso de Formación Judicial Electoral, Elecciones y Justicia en España y México*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2001. p. 204.

⁷⁰ REAL ACADEMIA ESPAÑOLA. *Diccionario de la Lengua Española*. 22ª ed., España, 2001, p. 850.

- En materia electoral, la certeza, legalidad, independencia, imparcialidad y objetividad, los cuales son “*principios rectores*” en el ejercicio de la función estatal consistente en la organización de las elecciones federales y locales, según se dispone expresamente en los artículos 41, fracción III, y 116, fracción IV, inciso b), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- En materia penal, la Constitución establece en su artículo 20, que el proceso penal será acusatorio y oral, y se regirá por los “*principios de publicidad, contradicción, concentración, continuidad e inmediación.*”
- En materia familiar, el artículo 4º constitucional, párrafo octavo, establece que el Estado velará y cumplirá con el “*principio del interés superior de la niñez*”, garantizando de manera plena sus derechos.

Serían ejemplo de principios implícitos, los siguientes:

- El que GUASTINI denomina como principio de prohibición, según el cual para los particulares “todo lo que no está prohibido está permitido”, así como el principio de certeza del Derecho.⁷¹
- En el Derecho administrativo puede mencionarse como ejemplo de principio implícito, al denominado “principio de conservación de los actos públicos válidamente celebrados”.

Y por cuanto hace a la clasificación de los principios en positivos o derivados (idea predominante entre iuspositivistas), y principios inherentes o autónomos (idea predominante entre iusnaturalistas), cabe decir lo siguiente.

Los principios serán “positivos” o “derivados” cuando se consignan en normas jurídicas expresas, o bien se les obtiene de éstas mediante generalizaciones sucesivas o por inducción, con independencia de que sean o no principios justos o morales. Desde esta perspectiva, “*se hace uso de la expresión ‘principios jurídicos’ que lejos de oponerse a las restantes fuentes del Derecho, parece referirse a un tipo de norma jurídica contenida en alguna de esas fuentes; o dicho en otras*

⁷¹ Véase GUASTINI, Riccardo. *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. (Trad. FERRER I BELTRÁN, Jordi.). Barcelona, Gedisa, 1999. p. 157.

*palabras, parece referirse a una especie dentro del género 'norma constitucional', 'norma legal' o 'norma jurisprudencial'.*⁷²

Sobre los principios implícitos positivos, EZQUIAGA escribe lo siguiente: *"En el lenguaje de los juristas puede ser encontrada la expresión 'norma implícita'...En primer lugar, como normas derivadas de las normas expresas o explícitas. Si estas últimas son las imputables a una específica disposición como su significado según su concreta interpretación, las normas implícitas serían sus consecuencias lógicas. Un sistema normativo estaría integrado, según la ya clásica noción de Alchourron y Bulygin, por tanto, también por todas las consecuencias lógicas de las normas que lo componen..."*⁷³

GARCÍA MÁYNEZ es otro de los importantes autores que opina que con la expresión principios generales del Derecho se alude a normas implícitas derivadas, a las que se arriba mediante *"generalizaciones sucesivas a partir de los preceptos del sistema en vigor"*⁷⁴. Opinión ésta que ha sido considerada propia del positivismo jurídico y fue combatida por G. DEL VECCHIO, para quien los principios generales del Derecho no son sino los del *iusnaturalé*.⁷⁵

Los principios generales del Derecho, en cambio, cabe entenderlos como "inherentes" o "autónomos" cuando se les obtiene y justifica como pautas de conducta que deben de observarse porque son imperativos de la justicia, de la moral, o simplemente de la naturaleza de las cosas (vgr. de la naturaleza humana o de la naturaleza de la democracia). Esta perspectiva sería coincidente en términos generales, con la opinión de DWORKIN, que afirma que entiende por 'principio' una pauta que ha de observarse porque es una exigencia de la justicia,

⁷²AGUILÓ REGLA, Josep...ob.cit. p. 132.

⁷³ EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier *"Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional"* En: VAZQUEZ, Rodolfo. (Comp.). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México, Fontamara, 1998. p. 202.

⁷⁴GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. 5ª ed., México, Porrúa, 1986. p.315.

⁷⁵Véase DEL VECCHIO. *Los principios generales del Derecho* (Trad. OSORIO MORALES, Juan.). 2ª ed., Barcelona, Bosch, 1948. p. 41ss. Citado por: GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Lógica del raciocinio jurídico*. México, Fontamara, 1994. p. 60-67.

equidad o de otro aspecto de la Moral, y ofrece como ejemplo el patrón de que “*nadie puede beneficiarse de sus propios actos ilícitos*”.⁷⁶

No se omite mencionar que los tribunales mexicanos, al argumentar sus sentencias ordinariamente presentan a los “principios generales del Derecho”, no como principios inherentes o autónomos que sean imperativos de la moral o la justicia, sino como principios positivos toda vez que son postulados normativos que se obtienen mediante inducción a partir de normas válidas del Derecho positivo vigente.

*“PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO. El artículo 14 de la Constitución General de la República, dispone que en los casos de omisión o deficiencia de la ley, debe acudir, para resolver la controversia judicial, a los principios generales de Derecho, debiendo entenderse por tales, no la tradición de los tribunales que, en último análisis no son más que prácticas o costumbres que evidentemente no tienen fuerza de ley, ni las doctrinas o reglas inventadas por los jurisconsultos, supuesto que no hay entre nosotros autores cuya opinión tenga fuerza legal, ni tampoco la que haya escogido la inventiva de la conciencia privada de un Juez, por ser esto contrario a la índole de las instituciones que nos rigen, sino los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código Fundamental del país, sino también las anteriores.”*⁷⁷

Para ATIENZA y RUIZ MANERO⁷⁸ resulta relevante que los principios implícitos positivos, sean congruentes con las reglas y principios explícitos del orden jurídico. Exigencia también advertida por GARCÍA MÁYNEZ, quien hacía referencia a la noción de “*espíritu del sistema*.”⁷⁹

2.5.6. La función de los principios

Los principios generales del Derecho son muy importantes en materia de integración del Derecho. Incluso nuestro primer contacto con los principios, suele darse cuando se nos presentan como el Derecho aplicable frente a un silencio de la ley, en relación con lo cual el

⁷⁶DWORKIN, Ronald. “¿Es el Derecho un sistema de reglas?”. (Trad. ESQUIVEL, Javier y REBOLLEDO G., Juan). En: *Cuadernos de Crítica*. No. 5, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1997. p. 19.

⁷⁷ Tesis aislada. Pleno de la SCJN. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo L. p.283. Registro 360193.

⁷⁸ Véase ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 1996. p. 24.

⁷⁹ Véase GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho...*ob.cit. p. 316.

artículo 14, último párrafo, de la Constitución, establece que *“a falta de disposición expresa, se aplicarán los principios generales del Derecho”*.

Sin embargo, los principios generales del Derecho, no sólo sirven para integrar el Derecho ausente, ya que también tienen una intervención relevante en la interpretación y aplicación del Derecho expreso.

“PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCION EN EL ORDENAMIENTO JURIDICO. ...los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del Derecho según la expresión recogida por el constituyente en el artículo 14 de la Carta Fundamental... se les estima como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del Derecho.- Su función desde luego no se agota en la tarea de integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del Derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos, obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del Derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina, de las aspiraciones de la justicia de una comunidad.”⁸⁰

Particularmente aquellos principios generales del Derecho que están expresamente consignados en preceptos de la Constitución, por supuesto que condicionan la interpretación y aplicación de la leyes, las cuales al tener que hacerse de manera conforme con la Constitución, concomitantemente tienen que ser conformes con los principios generales.

Lo anterior, sin dejar de tomar en cuenta que *“...los principios son un tipo de pauta de conducta que nunca resulta aplicable directamente. Al tener una estructura categórica, esto es, al ser un mandato incondicionado en el que no se define caso genérico o supuesto de hecho, no es posible realizar sobre los principios la operación de subsunción del caso particular al caso genérico. Para poder aplicar un principio se requiere siempre la formulación de una regla que correlacione un caso genérico (construido a partir de seleccionar las propiedades consideradas relevantes del caso particular que se trata de resolver) con la solución normativa que establece el principio.”⁸¹*

⁸⁰ Fragmento de la Tesis Aislada. Tercer Tribunal Colegiado del Primer Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Enero a Junio de 1989. p. 573. Registro 228881.

⁸¹ AGUILÓ REGLA, Josep. *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*...ob.cit. p.138.

En todo caso, como DWORKIN opina, los principios jurídicos aunque no necesariamente sean el fundamento directo de una decisión judicial, siempre serán el punto de referencia que orienta y justifica moralmente la decisión judicial.⁸²

3. ANTAGONISMOS ENTRE LAS DIRECTIVAS PRINCIPALISTA Y NORMATIVISTA

De lo antes expuesto, se advierte que las directivas de interpretación del constitucionalismo principalista y del constitucionalismo normativo, aunque coinciden en el sentido de que ambas afirman incorporar a la Constitución principios que condicionan la validez del contenido de las normas infra constitucionales. Sin embargo, son antagónicas entre sí, en diversos puntos.

Adoptar al principalismo como directiva teórica, implica concebir a los derechos humanos como principios de inherente de carácter predominantemente ético; cuya interpretación y aplicación debe hacerse vía ponderación.

En cambio, adoptar al normativismo como parámetro teórico de comprensión, equivale a afirmar que los derechos humanos son normas positivas creadas por el legislador, aunque expresadas con la estructura genérica de un principio; que se deben interpretar desentrañando o descubriendo la que haya sido la voluntad de la autoridad que los produjo; y que se deben aplicar vía subsunción.

Los antagonismos entre constitucionalismo principalista y constitucionalismo normativo, se presentan resumidos en el siguiente cuadro comparativo.

⁸² Véase DWORKIN, Ronald. *Los Derechos en serio...* ob.cit.

	CONSTITUCIONALISMO PRINCIPALISTA Herederro del iusnaturalismo.	CONSTITUCIONALISMO NORMATIVO Herederro del iuspositivismo.
Concepto de derecho humano	Principios de justicia de carácter ético-político, que es incorporado a la Constitución y así pone fin a la separación Derecho-Moral.	Principios incorporados a la Constitución, pero como normas genéricas que expresan conquistas históricas y cuyos contenidos son sólo los que el legislador –y no la Moral- define. Mantiene la separación Derecho-Moral.
Interpretación de los derechos humanos	Los jueces deben interpretarlos a través de la potestad de ponderación entre principios. Así, se otorga a los jueces amplios poderes para declarar “lo que el Derecho es en realidad”.	Los jueces están vinculados a aplicar lo que la Constitución y la ley establecen. La jurisdicción es tanto más legítima cuanto más cognoscitiva y no discrecional, esto es, mientras más deba “descubrir” vía interpretación la intención del legislador racional, y no “crear” vía ponderación el Derecho que aplica.
Aplicación de los derechos humanos	Los derechos humanos en tanto principios inherentes, son mandatos de optimización que no se aplican en términos absolutos sino ponderados entre sí.	Los derechos humanos en tanto principios positivos, son normas jurídicas que deben ser objeto de aplicación por subsunción y no por ponderación. Y esto porque los principios son derechos que implican los correlativos deberes; son expectativas que implican las correlativas garantías. Y así, los principios se aplican o se violan, cuando se aplican o violan las reglas que expresan sus correlativos deberes o garantías.

Sobre estos temas de antagonismo, y sobre las consecuencias de adoptar uno u otro mirador teórico, abundaremos a continuación

3.1. Nociones principalistas y garantistas de los derechos humanos

Para los principalistas los derechos humanos no emanan de la voluntad del legislador, pues no son normas jurídicas creadas por el Estado, sino principios que derivan de la naturaleza humana y que son universales y previos al Estado.

Mientras que los garantistas o normativistas, aunque aceptan que los derechos humanos constituyen un discurso filosófico-moral, sin embargo consideran que en el ámbito jurídico los denominados derechos humanos no pueden ser otra cosa sino normas jurídicas,

expresadas bajo el formato genérico de un principio, y cuya existencia y validez sólo depende de que hayan sido creadas por la autoridad legislativa competente y conforme a las reglas jurídicas de producción normativa; sin que su existencia y validez pueda condicionarse en modo alguno, a que incorporen de manera completa o incompleta al referido discurso filosófico-moral de los derechos humanos.

Como se advierte, las diferencias que principalistas y normativistas tienen en torno a lo que debe entenderse por derecho humano, es prácticamente una redición del diferendo que hay entre las perspectivas principalista y normativista en torno a los principios inherentes y los principios positivos.

Criterios útiles para distinguirlos	PRINCIPIOS INHERENTES -perspectiva principalista-	REGLAS	PRINCIPIOS POSITIVOS -perspectiva normativista-
Según su origen	Son inherentes a la naturaleza humana, a la naturaleza de las cosas, o derivan del designio divino. El hombre no los crea, sólo los descubre o reconoce.	Las crea el legislador.	Los crea el legislador, de manera expresa o implícita. En este último caso, los obtiene el intérprete mediante generalizaciones sucesivas de las reglas.
Según su contenido	Expresan siempre un imperativo de carácter moral.	Su contenido no necesariamente es moral. Puede ser político, social, económico, moral, o cualquiera que defina el legislador.	Su contenido no necesariamente es moral. Puede ser político, social, económico, moral, o cualquiera que defina el legislador.
Según su estructura o estilo	Enunciado normativo genérico o categórico, sin supuesto de hecho.	Su estructura es hipotético-causal. Incluye un supuesto de hecho, así como las consecuencias jurídicas que se producen cuando aquél se actualiza.	Son más indeterminados que las reglas, pero a final de cuentas se configuran por reglas, pues son Derechos que implican correlativos deberes, o son expectativas que implican correlativas garantías.
Según su interpretación y aplicación	Cada principio se interpreta y aplica, ponderándolo con los demás principios con los que colisiona, a efecto de establecer en qué proporción debe aplicarse cada	Se interpretan desentrañando el significado querido por el legislador. El juez no crea la solución, la descubre (cognitivismo positivista). Y su aplicación se hace	Se interpretan desentrañando el significado querido por el legislador. El juez no crea la solución, la descubre (cognitivismo positivista). Y su aplicación se hace por

	principio al caso concreto.	subsumiendo el hecho en el supuesto normativo, lo cual actualiza las consecuencias jurídicas previstas en la propia regla	subsunción en las reglas que establecen los deberes o garantías que dan configuración al principio.
Según su cumplimiento	Son mandatos de optimización, que se pueden cumplir parcialmente sin que esto implique su derogación o invalidez.	Son mandatos definitivos que se cumplen de manera disyuntiva –o todo o nada–.	Son mandatos de mayor generalización que las reglas, que se cumplen en la misma medida en que se cumplen las reglas que establecen los deberes o garantías que dan configuración al principio.
Según la resolución de contradicciones	Las contradicciones reales o aparentes entre principios, sólo se dan respecto de un caso concreto y se resuelven haciendo ponderación entre principios.	Antinomias reales entre reglas se resuelven haciendo prevalecer la superior sobre la inferior, la especial sobre la general y la posterior sobre la anterior. Las antinomias aparentes se resuelven vía interpretación conforme o sistemática.	Antinomias reales entre principios se resuelven haciendo prevalecer el que está consignado expresa o implícitamente, en una norma superior, especial o posterior. Las antinomias aparentes se resuelven vía interpretación conforme o sistemática.
Según su derogación	No pueden ser expulsados del orden jurídico por ser contrarios a una regla o principio positivo. Más bien determinan la expulsión de éstos.	Pueden ser expulsadas del orden jurídico, cuando son antinómicas de una regla o principio superior.	Pueden ser expulsados del orden jurídico, cuando son antinómicos de una regla o principio superior.
Según su argumentación	Para justificarlos se requiere argumentar con elementos o consideraciones extra jurídicos.	Se justifican con una argumentación que permita comprobar que el significado se desentrañó siguiendo las vías de interpretación autorizadas: gramatical, funcional y sistemática.	Se justifican con una argumentación que permita comprobar que el significado se desentrañó siguiendo las vías de interpretación autorizadas: gramatical, funcional y sistemática.
Según su compromiso histórico	Son universales, absolutos, objetivos y permanentes.	Son contingentes y relativas según el contexto temporal y espacial en el que se construyen.	Son contingentes y relativos según el contexto temporal y espacial en el que se construyen.
Según su ubicación en el ordenamiento	Generalmente se ubican en la Constitución.	Se distribuyen en todo el orden jurídico nacional.	Generalmente se ubican en la Constitución, aunque también los hay de rango legal.
Según sus funciones	Sirven para interpretar e integrar reglas.	Regulan casos concretos.	Sirven para interpretar e integrar reglas.

Para ilustrar el impacto que las perspectivas principalista y garantista tienen en la concepción misma de lo que son los derechos humanos, a continuación se presentan algunas

nociones sobre derechos humanos, que son sostenidas por destacados académicos y por Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

3.1.1. Nociones académicas

Para ATIENZA la expresión “derechos humanos” se caracteriza por ser ambigua: *“son en ocasiones auténticos derechos jurídicos, otras veces exigencias – derechos – morales, y otras suponen un tipo de pretensión que se sitúa a mitad de camino entre el Derecho y la moral, como ocurre cuando un texto internacional reconoce un derecho, pero sin habilitar ningún mecanismo que se pueda considerar jurídico para su protección.”*⁸³

Para ATIENZA, la expresión ‘derechos humanos’ tiene un carácter reivindicativo: expresa una crítica al Derecho positivo porque no contiene un derecho que debería contener. El autor explica lo anterior argumentando que *“Si no se pudiera hablar de ‘derechos morales’, entonces difícilmente podríamos atribuir sentido a una frase como ‘el Derecho nazi violaba los derechos humanos de los judíos’”*⁸⁴

En cuanto a las expresiones ‘derechos fundamentales o ‘derechos constitucionales’, éstas son para ATIENZA conceptos que se utilizan para hacer referencia a los derechos humanos incorporados a un determinado Derecho positivo⁸⁵. ATIENZA especifica que cuando se habla de ‘derechos humanos’ lo que se hace es una abstracción de esa circunstancia.

ATIENZA también realiza dos observaciones más. Respecto de la primera afirma que *“no todos los derechos que se tienen son derechos humanos: sólo los derechos de carácter muy básico son derechos humanos.”*⁸⁶ Por consecuencia de lo anterior, llega a su segunda conclusión: *“Entendidos como derechos jurídicos, cabría decir que los derechos humanos pertenecen a la categoría de los derechos subjetivos.”*⁸⁷

⁸³ ATIENZA, Manuel. *El sentido del derecho*. Barcelona, Ariel, 2001. p. 209.

⁸⁴ Ídem.

⁸⁵ Ídem.

⁸⁶ *Ibidem*. p. 210.

⁸⁷ Ídem.

Partiendo de que los derechos humanos son derechos subjetivos, ATIENZA explica que ello implica al menos cuatro nociones distintas de derechos humanos: como derecho subjetivo en sentido estricto, como libertad, como poder y como inmunidad.

Los derechos humanos como derechos subjetivos en sentido estricto y como libertad, suponen la existencia de normas regulativas o deónticas que posicionan al otro lado de la obligación a un sujeto que tiene un deber o no tiene un derecho. Por el contrario, los derechos humanos en su noción de poder e inmunidad, implican la existencia de normas constitutivas que plantean la existencia de un sujeto en posición de sujeción o de no poder⁸⁸.

Desde la óptica de ATIENZA, los derechos humanos no pueden estudiarse sólo en términos estrictamente normativos, pues los mismos también constituyen valores. Así, la unidad normativa y axiológica de los derechos humanos los posiciona hoy en día en un lugar en que fungen como criterio de reconocimiento o validez del Derecho.

Sin embargo, ATIENZA también es pertinente en observar que no puede dejarse pasar por alto que el problema de la vaguedad del concepto “derechos humanos” implica que deba existir una fundamentación – en el sentido de razones últimas – que justifiquen que ellos sean los elementos constitutivos del criterio de validez del Derecho⁸⁹. Para ATIENZA, esa fundamentación última no puede ser más que moral⁹⁰. Sin embargo, la fundamentación moral a la que refiere ATIENZA, sólo encuentra cabida en una concepción universalista de los mismos que no de lugar a un entendimiento escéptico de la moral⁹¹.

Para CRUZ PARCERO, los derechos humanos surgen como un concepto clave en el discurso jurídico-político⁹². Para el autor, los derechos humanos atienden a funciones políticas

⁸⁸ *Ibidem*. p. 210-211.

⁸⁹ *Ibidem*. p. 216.

⁹⁰ *Ibidem*. p. 217.

⁹¹ *Ibidem*. p. 222.

⁹² CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos*. Madrid, Trotta, 2007. p. 48.

importantes *“como la de servir de límite al poder, la de servir de promoción de ciertas condiciones de vida para los individuos, y tener además una función legitimadora del poder y la autoridad que los reconoce y protege.”*⁹³

Con base en lo anterior, CRUZ PARCERO sostiene que los derechos humanos son *“un tipo de razones morales de especial peso que colocan al sujeto en una posición privilegiada para exigir, demandar, hacer o disfrutar algo, para imponer a otros deberes, sujeciones e incompetencias.”*⁹⁴

Así, desde la óptica de CRUZ PARCERO si un sistema moral no prevé derechos, constituye un sistema normativo empobrecido, pues las personas no podrían plantear demandas, y eso es lo que un sistema de derechos hace posible⁹⁵.

Como se observa, el autor condiciona la vigencia de los derechos humanos a su existencia en los sistemas jurídicos, pues afirma que *“son necesarios para el respeto y la dignidad pero no son suficientes.”*⁹⁶ Y posteriormente sustenta su afirmación al argumentar que los derechos humanos constituyen *“enunciados que implican alguna conclusión moral”*⁹⁷ y que por tanto, no atienden a la garantía jurídica que pudieran tener o no, sino que simplemente hacen valer las razones morales que los sustentan de manera directa.

Al igual que otros autores, CRUZ PARCERO sostiene que entre derechos humanos y el sistema jurídico, se vuelve necesario que el sistema reconozca los derechos humanos y establezca las garantías jurídicas para tratar que sean respetados.⁹⁸ Desde su óptica, ello hace posible no sólo que se acepte y respete el contenido de los derechos humanos, sino que además hace posible que se justifique en qué medida puede el Estado hacer uso de los medios coactivos⁹⁹.

⁹³ *Ibíd.* p. 49.

⁹⁴ *Ibíd.* p. 50.

⁹⁵ *Ídem.*

⁹⁶ *Ibíd.* p. 51.

⁹⁷ *Ídem.*

⁹⁸ *Ibíd.* p. 68.

⁹⁹ *Ídem.*

HOERSTER opina que existe una confusión en la concepción de los derechos humanos como derecho subjetivo en el entendido jurídico de la palabra y uno entendido en sentido moral¹⁰⁰. El autor explica que los derechos humanos son derechos subjetivos inherentes a cada persona, que se encuentran moralmente fundamentados. Respecto a éstos, por tanto, se formula la exigencia de que sean no sólo derechos de tinte moral, sino que además se conviertan en derechos jurídicos, de modo que su incorporación al derecho vigente haga posible su existencia¹⁰¹.

3.1.2. Nociones de los Ministros de la Suprema Corte

Respecto de los Ministros que integran la Suprema Corte de Justicia, no puede decirse que alguno de ellos sea franca o exclusivamente principalista o normativista. Sin embargo, si sería justo decir que algunos se aproximan más que otros a una u otra perspectiva teórica.

Entre los más cercanos a la teoría principalista, podríamos citar a la Ministra Olga Sánchez Cordero.

“Me parece que se debe partir de una nueva concepción de la Norma Fundamental, en cuanto a que a partir del año del dos mil once, “reconoce” los derechos humanos, a diferencia del texto anterior que establecía que eran “otorgados”. Esta es una cuestión que para mí es de suma importancia, en virtud de que el simple término nos remite a un modelo diverso de interpretación de los derechos humanos.”

“Creo que el reconocimiento de los derechos humanos no puede tener los mismos efectos que su otorgamiento, y de ahí que estimo que, tratándose de restricción o suspensión de derechos humanos, como se prevé en el artículo 29 de la Constitución General de la República o de los límites propios del ejercicio de cada derecho, ya sean de naturaleza interna o externa por su propia posición en el sistema, su aplicación y su eventual colisión en otros derechos, considero que deben ser —por ser obviamente, hoy en día, reconocidos y no otorgados— más laxos, y debería sujetarse a su armonización, a su complementariedad, dando un margen de acción a las restricciones y suspensión de los derechos, así como a sus límites, atendiendo siempre a lo más favorable a la persona y a los principios que la propia constitución prevé, como son la universalidad, la interdependencia, la indivisibilidad y la progresividad.”¹⁰²

Frente a esta posición, está la de los Ministros que se aproximan más a la perspectiva teórica del normativismo. Entre estos estaría la Ministra Margarita Luna Ramos.

¹⁰⁰ HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. España, Gedisa, 2000. p. 17.

¹⁰¹ *Ibidem*. p. 18.

¹⁰² Versión taquigráfica de la sesión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la que se debatió el caso Varios 912/2010.

“¿qué entendemos por derechos humanos? Por derechos humanos se ha dicho desde el punto de vista doctrinario: “Es todo aquello que es inherente al ser humano, simple y sencillamente por el hecho de serlo y todo aquello que ayuda a que pueda vivir en armonía y a su desarrollo”; entonces, la concepción de derechos humanos es amplísima, pero además de amplia creo yo que desde el punto de vista doctrinario se centra en una construcción prácticamente de corte ius naturalista y prácticamente de postulados filosóficos; esto desde el punto de vista doctrinario.

...

En el momento en que el texto de nuestra Constitución dice: “Todos los mexicanos gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales.” ¿Qué fenómeno está sucediendo? En ese momento se está positivizando el derecho de corte ius naturalista que podemos entender de manera amplia como los derechos humanos.”¹⁰³

Sin dejar de mencionar que también en las tesis, tanto aisladas como de jurisprudencia, establecidas por la Suprema Corte, en algunas de ellas se advierte una tendencia principalista, sin dejar de reconocer que en la mayoría de ellas la acentuación es normativista.

Un ejemplo de tesis con acentuación principalista, es la que establece que la reforma de 2011, no introdujo, sino simplemente reforzó, la obligatoriedad de los tratados internacionales en materia Derecho de los derechos humanos. A continuación se presenta un fragmento de esta tesis.

“DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. ... la razón por la cual se modificó nuestro marco constitucional en junio de 2011, no fue para tornar “exigibles” a cargo de nuestras autoridades estatales la observancia de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, toda vez que, se reitera, dicha obligación ya se encontraba expresamente prevista tanto a nivel constitucional (artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), como a nivel jurisprudencial; así, como esta Primera Sala ha sustentado en diversos precedentes, dicha reforma, entre otros objetivos, tuvo la inherente finalidad de fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto a la observancia, respeto, promoción y prevención en materia de derechos humanos, así como de ampliar y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto, a través del denominado sistema de control convencional.”¹⁰⁴

3.2. Teorías de la interpretación aplicables, según principalistas y normativistas

Tal vez la más importante de las consecuencias o efectos asociados a adoptar una directiva de interpretación principalista o normativista, consiste en que esta elección hace variar

¹⁰³ Ídem.

¹⁰⁴ Tesis Aislada. 1a. CXCVI/2013 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXI, Junio de 2013, Tomo 1. p. 602. Registro 2003847.

la teoría de la interpretación conforme a la cual debe atribuirse significado a las normas relativas a derechos humanos.

Para explicar lo anterior, cabe primero aclarar que no es lo mismo una teoría de la interpretación que una directiva interpretativa.

Empecemos por recordar que el término “interpretación” en el ámbito jurídico es de por sí ambiguo. Se usa tanto para referirse a una actividad que tiene por objeto ciertas circunstancias fácticas que son relevantes para la aplicación de una norma como a una actividad que tiene por objeto determinados textos normativos.¹⁰⁵ Asimismo, se usa para referirse tanto a la actividad misma como al resultado o producto de esa actividad.¹⁰⁶ Y también cabe distinguir entre la interpretación operativa, *i. e.*, la interpretación con efectos vinculantes que, por ejemplo, realiza un órgano jurisdiccional, y la interpretación que carece de eficacia normativa, como la que llevan a cabo los juristas teóricos¹⁰⁷ o los abogados postulantes.¹⁰⁸

Además, la ambigüedad del concepto interpretación también se debe a su estrecha vinculación de ésta con la argumentación. En los sistemas jurídicos contemporáneos se asumen los siguientes principios fundamentales: el de justificación, el de legalidad y el de inexcusabilidad.¹⁰⁹ Estos principios significan conjuntamente que los jueces están obligados a resolver toda controversia que les sea sometida en el ámbito de su competencia mediante una decisión fundada en normas del sistema en cuestión. Así, la exigencia relativa a la justificación implica, en particular, que las decisiones judiciales han de estar sustentadas en razones y que el

¹⁰⁵Véase VERNENGO, Roberto J. “*Interpretación del Derecho*”. En: GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (Eds.). *El Derecho y la justicia*. Madrid, Ediciones Trotta, 1996. p. 240.

¹⁰⁶ Véase GUASTINI, Riccardo. “*La interpretación: objetos, conceptos y teorías*”. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial. Colección Doctrina Jurídica Contemporánea*. No. 4, México, Distribuciones Fontamara, 1998. p. 19.

¹⁰⁷ Véase *Ibidem*. p. 241.

¹⁰⁸GUASTINI sostiene que los abogados postulantes no presuponen algo así como “el verdadero sentido de la norma” o “la verdadera intención del legislador”, sino que pretenden encontrar una interpretación que mejor acomode los intereses de sus clientes. Así, dicho autor defiende la idea de que hay una pluralidad de “juegos interpretativos” sujetos a distintos tipos de reglas en los que participan los distintos operadores jurídicos. Véase GUASTINI, Riccardo. *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*... *ob. cit.* p. 34-35.

¹⁰⁹ Véase ALCHOURRÓN, Carlos. “*Sobre Derecho y lógica*”. En: *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 13, México, ITAM-Fontamara, octubre de 2000. p. 13-14.

decisor sea capaz de explicar esas razones; toda vez que las decisiones judiciales pretenden tener un carácter racional, en contraste con las decisiones arbitrarias, irracionales o casuísticas. Y a la actividad consistente en dar esas razones que justifican la decisión judicial, es la argumentación. La interpretación se da en un contexto de descubrimiento, la argumentación en un contexto de justificación. Pero ambas están muy relacionadas porque argumentar es expresar con elocuencia las razones que justifican la decisión interpretativa.

Además de que las fronteras entre la interpretación y la aplicación del Derecho también son difusas, pues aunque se trata de actividades distintas, están estrechamente relacionadas. Como dice GUASTINI, si la aplicación no tiene como parte constitutiva la interpretación, por lo menos, la presupone.¹¹⁰ En el mismo sentido, José Luis DE LA PEZA sostiene que la interpretación constituye un “momento esencial” de la aplicación del Derecho al caso concreto.¹¹¹ Por consiguiente, la interpretación desempeña un papel fundamental en la formación de la decisión judicial en todas y cada una de las ramas del Derecho.¹¹²

Y en este contexto, puede comprenderse que para responder a interrogantes como: qué es interpretar, para qué se interpreta, qué se interpreta, cómo se interpreta, o cómo se aplica o que legitimidad corresponde la norma interpretada; se requiere contar con una teoría de la interpretación, la cual a su vez variará según la directiva teórica que se asuma.

ARENA lo explica en los siguientes términos: “toda enumeración de los significados atribuidos o atribuibles a un texto (*meaning-theory*) presupone una explicación acerca de los criterios de identidad de los significados (una *theory of meaning*).”¹¹³

Así entonces, para el constitucionalismo normativista o garantista, las reglas así como los principios son obra del legislador, y su sentido no puede ser otro sino el intencionalmente

¹¹⁰ GUASTINI, Riccardo. *La interpretación: objetos, conceptos y teorías*... ob. cit. p. 27.

¹¹¹ Véase DE LA PEZA, José Luis. “*Interpretación de leyes electorales*”. En: *Diccionario Electoral. Tomo II*. 2ª. ed. Costa Rica, IIDH/CAPEL, 2000. p. 719.

¹¹² En general, como dice RAZ, la interpretación juega un papel esencial en nuestras prácticas jurídicas. Véase RAZ, Joseph. “*¿Por qué interpretar?*”. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. (Comp.)...ob.cit. p. 40.

¹¹³ ARENA Federico José. “*Distinguir entre teorías de la interpretación y directivas interpretativas. Introducción al debate en torno al escepticismo ante la reglas*.” En BOUVIER, Hernán. *Discusiones: El escepticismo en la interpretación de las normas*, Núm. 11, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2012. p. 22.

querido precisamente por el legislador. Por esto, desde la perspectiva normativista el significado o alcance de las normas se obtiene vía la interpretación, y luego la aplicación de las normas se hace vía la subsunción jurídica. Entendiendo por interpretación una actividad intelectual a través de la cual se desentraña o descubre la voluntad que el legislador racional plasmó en la ley positiva. Y entendiendo por subsunción la adecuación de los hechos a la ley, esto es, constatar que los hechos del caso concreto actualizan la hipótesis o supuesto de la norma jurídica aplicable, y como consecuencia de esto se actualizan las consecuencias jurídicas o efectos de Derecho que la propia norma establece.

Para el constitucionalismo principalista, en cambio, la ley natural o los principios inherentes a ésta, condicionan la validez del Derecho positivo, y por esto para determinar el Derecho aplicable a un caso concreto, primero se identifica a través de una actividad reflexiva¹¹⁴ el contenido intrínseco de los derechos humanos o principios en juego, y luego se establece vía la ponderación, la mejor proporción de cada uno de éstos que debe regir para el caso concreto. Así, el sentido del Derecho positivo se establece interpretando la ley natural y armonizando los principios de ésta entre sí, y con las normas del Derecho positivo.

Conviene mencionar por último, que en materia de interpretación jurídica hay dos grandes perspectivas teóricas: la de los “objetivistas” o teoría cognitiva, para quienes interpretar significa el descubrimiento de un significado que es objetivo, pues no depende de la voluntad del sujeto que interpreta, y que está encapsulado en la norma o principio esperando ser desentrañado; y la de los “subjetivistas” quienes opinan que a través de la interpretación el intérprete asigna a la norma un significado que originalmente no estaba en ésta, sino en la cabeza del intérprete.

Dicho lo anterior, debe precisarse que tanto los principalistas como los garantistas o normativistas se inscriben dentro de los objetivistas; pues ambos coinciden en que no es el

¹¹⁴Véase DWORKIN, Ronald. *“Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”*. Conferencia al ser nombrado Académico del año 2000 por el Consejo para las Humanidades de Nueva York, Nueva York, 11 de octubre del 2000, cuyo texto se encuentra disponible en línea en <http://www.culturefront.org/culturefront/DWORKIN.html> . VERNENGO sostiene que constituye una presuposición básica, aunque no siempre explícita, que las decisiones judiciales han de apoyarse en apropiadas premisas fácticas y premisas normativas que impliquen lógicamente la decisión que constituye la conclusión del razonamiento. Al efecto véase VERNENGO, Roberto J. *“Interpretación del Derecho”*...ob.cit. p. 250.

aplicador del Derecho, quien crea éste, sino que el Derecho se encuentra determinado por el legislador o la naturaleza o la voluntad divina; y al intérprete corresponde en todo caso descubrir y presentar ese dato objetivo.

	OBJETIVISTAS		SUBJETIVISTAS
	GARANTISTAS/ NORMATIVISTAS	PRINCIPALISTAS/ NEO- IUSNATURALISTAS	NUEVA HERMENEUTICA JURÍDICA
¿QUÉ ES INTERPRETAR?	Es una actividad de la inteligencia. Es un acto de descubrimiento del significado que objetivamente está en la ley.		Es una actividad valorativa y de voluntad. No existe el significado “propio” de las palabras. Interpretar es acto de co-creación de la norma
¿PARA QUÉ INTERPRETAR?	Para descubrir el único significado preexistente en la norma jurídica creada por el legislador.	Para descubrir el verdadero contenido preexistente de los derechos o principios derivados de la ley natural.	Para elegir el mejor significado, de entre los varios posibles que caben dentro del marco de significación que constituye una norma.
¿QUÉ SE INTERPRETA?	El texto de ley positiva.	La ley natural, y la conformidad de la ley positiva con aquélla.	El Derecho en su contexto.
¿CÓMO SE INTERPRETA?	La norma se interpreta a través de criterios gramatical, sistemático, funcional.	Identificando y ponderando los principios que inciden en el caso concreto.	Haciendo un análisis multifactorial (ley vigente, ideología del juez, intereses sociales, etc.) para predecir qué harán los jueces.
¿CÓMO SE APLICA LA NORMA INTERPRETADA?	Los hechos probados del caso concreto, se subsumen en la norma interpretada, y si se actualiza la hipótesis de ésta, se actualizan también las consecuencias jurídicas que la propia norma prevé.	Se elige o se integra, como regla aplicable al caso, la que resulte más conforme con los principios respecto de los cuales se hizo la ponderación (los principios no son susceptibles de aplicación directa, a diferencia de las reglas)	Se aplicará como regla (vía subsunción), o como principio (vía ponderación), según resulte lo más apropiado al caso.
¿QUÉ LEGITIMIDAD PARA LA NORMA APLICABLE?	Será legítima, si vía argumentación se justifica que es la misma norma que creó el legislador democrático.	Será legítima, si vía argumentación se justifica que es la norma más justa para el caso concreto.	
AUTORES REPRESENTATIVOS	Los exegetas, Kelsen, Hart	DWORKIN	GADAMER, HABERMAS

A continuación, se abunda en la explicación de los principales conceptos que nos permiten entender la distinta manera en que principalistas y normativistas, conciben a la interpretación normativa y la aplicación vía subsunción o ponderación.

3.3. Interpretación y subsunción, desde el constitucionalismo garantista

Como ya se dijo, desde la perspectiva del constitucionalismo garantista o normativista, la interpretación consiste fundamentalmente en desentrañar el sentido o significado que el legislador estableció en la norma, y el cual se encuentra de alguna manera encapsulado u objetivamente contenido en ésta esperando ser descubierto.

Y desde esta perspectiva normativista, los procedimientos, criterios o métodos de interpretación jurídicos, autorizados por el propio derecho y a través de los cuales puede accederse a la voluntad del legislador racional, son de tres tipos básicos: gramaticales, sistemáticos y funcionales, según incidan, respectivamente, en las siguientes partes esenciales del Derecho: lenguaje, sistematicidad y finalidad.

3.3.1. Interpretación gramatical.

Toda norma jurídica, generalmente, se expresa en lenguaje; las palabras son el habitual soporte del Derecho. La interpretación gramatical consiste en establecer como significado de la norma jurídica, precisamente, el mismo y exacto sentido de las palabras en las que aquélla se expresa.

Para algunos autores, la interpretación gramatical no constituye un criterio o método de interpretación en sí mismo sino sólo un elemento más de valoración dentro de un procedimiento hermenéutico; para algunos más, en cambio, constituye el criterio de interpretación al que se debe acudir siempre en primera instancia, recurriendo a los demás métodos sólo por excepción cuando el sentido gramatical de las palabras no hubiere sido suficiente para establecer el alcance de la norma. Ejemplo de la primera posición antes referida sería la opinión de DIEZ PICAZO, quien afirma que *“la gramática constituye un elemento valioso en la labor hermenéutica, pero es sólo el primer estadio de ella. La gramática proporciona unos materiales que el*

razonamiento jurídico deberá utilizar, pero no lo substituye. Por eso la gramática no es ella misma una forma de interpretación jurídica, sino únicamente una investigación previa a la verdadera y genérica interpretación".¹¹⁵

Ejemplo de la segunda postura referida sería la de SAVIGNY,¹¹⁶ quien dentro de una división cuatripartita ubica a la interpretación gramatical como el primer elemento al que se debe recurrir para el descubrimiento del alcance de una ley u otro precepto jurídico; posición que en nuestro país han adoptado, entre otros, el ilustre jurista Felipe TENA RAMÍREZ, quien actuando como ministro de la Suprema Corte resolvió que *"cuando un precepto de ley es claro, no es jurídico buscar interpretaciones del mismo, porque su letra en sentido gramatical no deja lugar a dudas"*.¹¹⁷ Se trata de la posición expresada en los aforismos latinos *"In claris non fitinterpretatio"* o *"Interpretatio cessat in claris"*.¹¹⁸ Sin embargo, dicha postura supone una noción restringida de interpretación, según la cual no todos los textos requieren de una interpretación, sino sólo los textos oscuros o dudosos y, por tanto, no los textos claros.¹¹⁹ Si la interpretación jurídica es una redescrición de los textos normativos de las fuentes, esta forma de entender la interpretación supone también que hay una distinción entre "fuentes claras" y "fuentes oscuras", de modo que sólo en estas últimas la adscripción de significado está mediada por una decisión o elección, mientras que las fuentes claras tienen un significado propio que necesita ser descubierto mediante una mera operación cognoscitiva. Empero, este enfoque deriva de una idea falsa, conforme con la cual las expresiones lingüísticas tienen un significado "inmanente", independiente de la práctica de los hablantes.¹²⁰ Además, como dice GUASTINI, la distinción entre textos "claros" y textos "oscuros" es cuestionable, ya que no puede constituir un punto de partida sino, más bien, es resultado de la actividad interpretativa.¹²¹

La interpretación gramatical puede ser compleja cuando intervienen palabras con diversas acepciones gramaticalmente posibles y correctas. ¿Cuál de los posibles sentidos gramaticales debe elegirse para establecer el significado correcto de la norma jurídica? Ésta es una interrogante para la cual la doctrina no tiene una respuesta unánime. Unos autores estiman que a las palabras que integran una norma jurídica debe dárseles el significado gramatical usado por el legislador que creó la norma. Otros consideran que el significado prevaleciente debe ser el de uso común, o sea, el que entiende el destinatario ordinario de la norma y, finalmente,

¹¹⁵ Citado por BECERRA ROJAS VÉRTIZ, Rubén. *"Comentarios a los criterios de interpretación de la ley electoral federal"*. En: *Análisis Electoral*. No. 15, México, Comité Editorial del Tribunal Electoral de Tamaulipas, julio de 1998. p. 2.

otros apuntan que a las palabras de un texto jurídico debe dárseles el significado técnico y preciso que les corresponde dentro de la ciencia del Derecho y no dentro del lenguaje común.

Jerzy WRÓBLEWSKY señala que las características más sobresalientes del lenguaje legal “son la vaguedad y la contextualidad del significado... incluso en los casos lingüísticamente claros, podrían surgir dudas por la influencia de los contextos sistemático y funcional en las reglas legales”.¹²² Para este autor, muchas directivas lingüísticas de interpretación legal dependen de los caracteres del lenguaje legal y de la técnica legislativa asumida, como se advierte en las siguientes directivas propias del statutory law, que WRÓBLEWSKY cita:

“i) Sin razones suficientes, no se debería atribuir a los términos interpretados ningún significado especial distinto del significado que estos términos tienen en el lenguaje natural común. Directiva que se basa en una presunción técnica legislativa de acuerdo con la cual en el lenguaje legal, los términos no se utilizan con el significado técnico legal más que en casos especialmente justificados; ii) Sin razones suficientes, a términos idénticos que se utilizan en las reglas legales, no se les debería atribuir significados diferentes. Esta directiva presupone que en el lenguaje legal no existe polisemia; iii) Sin razones suficientes, a términos diferentes no se les debería atribuir el mismo significado. Esta directiva presupone que el lenguaje legal carece de sinonimia; iv) No se debería determinar el significado de una regla de manera tal que algunas partes de dicha regla sean redundantes. Directiva que garantiza una presunción intención legislativa de garantizar relevancia a cada expresión del lenguaje legal; v) El significado de los signos lingüísticos complejos del lenguaje legal deberá ser determinado según reglas

¹¹⁶ Citado por CABANELLAS, Guillermo. “Interpretación gramatical”. En: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV F-I*. 25ª ed., Argentina, Heliasta, 1997. p. 475.

¹¹⁷ Tesis Aislada (5ª). Sala Auxiliar. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo CXXV, p. 1669. Registro 384434; que derivó de la sentencia dictada el 24 de agosto de 1955, en la Revisión fiscal 207/50, relativo al caso de la Compañía “Simmons S.A.” y que tuvo por Ministro Ponente a Felipe TENA RAMÍREZ.

¹¹⁸ Citados por GUASTINI, Riccardo. “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”... ob. cit. p. 22.

¹¹⁹ Este enfoque depende de la suposición de que deben distinguirse dos tipos de hechos condicionantes de la aplicación de las normas: el primero respecto del cual la aplicabilidad de la norma en cuestión es cierta y el segundo en el cual la aplicabilidad de la norma es dudosa o incierta. El primer tipo de hechos da lugar a los casos fáciles o claros y el segundo tipo da lugar a los casos dudosos o difíciles. En los casos fáciles, se supone, no cabe la interpretación. Al efecto véase GUASTINI, Riccardo. “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”... ob. cit. p. 22.

¹²⁰ Véase *Ibidem*. p. 24-25. En el mismo sentido, TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Interpretación constitucional. La falacia de la interpretación cualitativa”. En: VÁZQUEZ, Rodolfo. (Comp.)...ob.cit. p. 92-93.

¹²¹ Véase GUASTINI, Riccardo. “La interpretación: objetos, conceptos y teorías”... ob. cit. p. 25.

¹²² WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. ...ob.cit. p. 41-42.

*sintácticas del lenguaje natural común. Esta directiva se basa en la tesis de que el lenguaje legal no posee particularidades sintácticas que lo diferencien del lenguaje común”.*¹²³

3.3.2. Interpretación sistemática

Interpretación sistemática es aquella que establece, para una determinada norma, el significado que mejor encuadra en la coherencia sistémica del ordenamiento al que pertenece o del orden jurídico en general.

La interpretación sistemática se funda en la idea de que el Derecho en general es un sistema intrínsecamente coherente, por lo que se justifica acudir a unos de sus preceptos para aclarar el significado de otros dudosos. Lo anterior, sin dejar de atender la opinión de quienes afirman que el orden jurídico es en realidad un “sistema asistemático”,¹²⁴ y que “en caso de que fuera posible construir un sistema jurídico (coherente), este sería un resultado y no un presupuesto de la actividad interpretativa. La razón es simple: es difícil creer en la coherencia de un conjunto de normas nacidas bajo regímenes políticos diversos y, en consecuencia, portadoras de valores y fines en ocasiones contradictorios, de tal modo que el carácter sistemático no sería más que una construcción mental del sujeto que examina el conjunto de normas del ordenamiento. Estas circunstancias provocan que la creencia en la sistematicidad objetiva e intrínseca del ordenamiento se convierta en una cuestión de fe en un legislador intemporal”.¹²⁵

WRÓBLEWSKY señala las siguientes directrices aplicables a la interpretación sistemática:

“i) No se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que esta regla fuera contradictoria con otras normas pertenecientes al sistema; ii) No se debería atribuir a una regla legal un significado de tal manera que fuera incoherente con otras reglas legales pertenecientes al sistema; iii) A una regla legal se le debería atribuir un significado que le hiciera lo más coherente posible con otras reglas legales pertenecientes al sistema; iv) A una regla legal no se le debería atribuir un significado de manera que esta regla fuera inconsistente (o incoherente) con un principio válido del Derecho; v) A una

¹²³ *Ibíd.* p. 47-48.

¹²⁴ Véase BONIFAZ ALFONSO, Leticia. “La interpretación jurídica en un sistema asistemático”. En: ARNALDO ALCUBILLA et. al. (Coord). *Memoria del II curso de formación judicial electoral. Elecciones y Justicia en España y México.*..ob. cit. p.251-260.

¹²⁵ DE SILVA, Carlos. “La jurisprudencia, interpretación y creación del Derecho”. En VÁZQUEZ, Rodolfo. (Comp.)...ob.cit. p. 177.

*regla legal se le debería atribuir un significado de modo que la regla fuera lo más coherente posible con un principio válido del Derecho”.*¹²⁶

Como ejemplos de argumentos interpretativos sistemáticos, cabría referir aquellos que atribuyen significado a una norma, considerando la ubicación que la misma tiene en el contexto normativo, o tomando en cuenta el título o rubro que encabeza al grupo al que aquella pertenece. Asimismo, será sistemático todo argumento que para la atribución de significado a una disposición toma en cuenta el contenido de otras normas, su contexto o que apela a *“la idea de que las normas forman un sistema que obtiene su coherencia del diseño racional realizado por el legislador y de los principios que, como consecuencia de ser un producto racional, lo gobiernan”.*¹²⁷

*“...es necesario precisar que la Constitución debe interpretarse siempre como un cuerpo o un conjunto normativo orgánico y sistemático, de carácter fundacional, fundamental y supremo, en cuanto ordenamiento jurídico nacional de mayor jerarquía, el cual, a su vez, está integrado por normas y principios racional e inseparablemente vinculados entre sí. De esta manera, el significado de cada una de sus disposiciones debe determinarse en armonía con el de las demás, de tal forma que ninguna de sus normas sea considerada aislada... sino como parte de un sistema...”*¹²⁸

3.3.3. Interpretación funcional

El Derecho no es un fin en sí mismo, sino un instrumento del hombre que le sirve para la realización de fines específicos. El Derecho siempre es creado para la consecución de propósitos. *“Se ordena no por ordenar, sino para conseguir, a través de la ordenación, determinados objetivos”.*¹²⁹ El Derecho es por definición un orden intencional, y debe considerarse que todas y cada una de sus normas fueron creadas con determinado(s) propósito(s), intención(es), fin(es), finalidad(es), objetivo(s), interés(es), principio(s) o valor(es); palabras todas éstas que denotan una intencionalidad consciente.

La interpretación del Derecho que busca establecer el significado de éste por referencia a sus fines (propósitos, principios o valores tutelados), se llama funcional o teleológica. La interpretación funcional se desarrolla básicamente en dos pasos: primero, establecer los fines

¹²⁶Véase WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica...*ob.cit. p. 48-49.

¹²⁷ Véase EZQUIAGA, Francisco Javier...ob.cit. p.181.

¹²⁸ Fragmento de la sentencia dictada por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, en el recurso de apelación SUP-RAP-020/2000.

¹²⁹ GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho...*ob.cit. p. 29.

(propósitos, principios o valores protegidos) correspondientes a la norma por interpretar; segundo, aplicar a la norma por interpretar, el fin (propósito, principio o valor tutelado) que le corresponde, a efecto de que éste se materialice en una norma individualizada de Derecho.

Pero identificar los fines del Derecho aplicables a la interpretación funcional, no es cosa fácil. Algunos autores se han preocupado por resolver directamente cuáles son los fines (propósitos, principios o valores) de cada una de las diversas ramas en que se divide el Derecho (penal, electoral, administrativo, etc.); mientras que otros se han preocupado más bien por transparentar la metodología aplicable a la obtención de los citados fines, sobre todo para aclarar en qué medida o con qué margen de discrecionalidad, puede el intérprete de una norma, establecer los fines que determinan la interpretación de ésta.¹³⁰

En torno a las interrogantes sobre quiénes fijan o deben fijar el fin o destino (propósito, principio o valor tutelado) de las normas del Derecho y cómo lo hacen o deben hacerlo, cabe ubicar tres posibles respuestas: i) La Escuela del Derecho Libre considera que los fines (principios o valores) del Derecho son asignados por el intérprete a partir de una reflexión personal libre, al momento de aplicar la ley; ii) El voluntarismo u originalismo sostiene que sólo al creador de la norma jurídica, o sea al legislador, corresponde fijar el propósito, fin o función (principio o valor tutelado) de la norma, debiendo el intérprete considerar estrictamente sólo esta voluntad al momento de desentrañar el significado de la norma, y iii) La hermenéutica, según la cual debe atenderse en primera instancia a la “voluntad” del legislador, pero cuando ésta no se pueda determinar de manera unívoca, entonces, el juez deberá elegir, de entre las varias “intenciones” legislativas (en cuanto a los fines, propósitos, principios o valores tutelados) probables, aquella que considere la más pertinente, valiosa o adecuada al momento de aplicar la norma.¹³¹ En todo caso, el juez deberá

¹³⁰ Véase ARENAS BÁTIZ, Carlos Emilio. *“Los fines del Derecho electoral mexicano. Reflexiones sobre cómo se obtienen”*. En: en Orozco Henríquez, J. Jesús (comp.) *Ética y Derecho Electoral en el Umbral del Siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Tomo IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, TEPJF e IFE, México, 1999. p. 1327 a 1351; y ARENAS BÁTIZ, Carlos Emilio. *“Discrecionalidad judicial en la interpretación del derecho electoral”*, en ALCUBILLA, Arnaldo, et. al. (coord.) *Elecciones y Justicia en España y México. Memoria del II Curso de Formación Judicial Electoral...*ob.cit. p. 213 a 231.

¹³¹ ALCHOURRÓN, Carlos, sostiene que: *“...en todo proceso de toma de decisiones judiciales se encuentran involucradas consideraciones valorativas, tanto en la selección de las normas para justificar la decisión como en la*

hacer esta elección apelando a razones, y no invocando sus preferencias personales, ya que entonces su decisión sería arbitraria.¹³²

La Escuela del Derecho Libre o de la libre decisión tiene muchas variantes, la más radical de las cuales *“desprecia el papel de las leyes, sobre todo en lo que concierne a los procesos psíquicos de la decisión. Las leyes todo lo más juegan un papel disimulador en la justificación de la decisión, pero es preciso romper con esta tradición. La decisión es tomada de una manera absolutamente emotiva, por intuición (hunch) de las circunstancias del caso concreto, el cual debe ser decidido en una forma justa y equitativa a partir de las valoraciones del juez. El conflicto entre la ley y las valoraciones del juez debe ser resuelto a favor de las valoraciones. Pues el juez no es libre sólo de decidir praeterlegem sino también contra legem. Las valoraciones se dirigen sobre todo al caso concreto, no a las generalizaciones posibles para el futuro.”*¹³³ Desde esta posición ideológica, actualmente sólo aceptada en las sociedades teocráticas o fundamentalistas, el juez “sabio” libremente determinaría los fines del Derecho y la forma de aplicarlos, en ejercicio de una atribución soberana no dependiente del órgano legislativo ni de algún otro poder.

El voluntarismo u originalismo,¹³⁴ por su parte, sostiene que la voluntad del legislador es el único fin posible para la norma jurídica, *“según el voluntarismo jurídico la reglas jurídicas son únicamente el producto de la voluntad del legislador ... el voluntarismo jurídico ha encontrado su más reciente encarnación en la doctrina imperativista del Derecho, en esa doctrina que ha sido dominante en el último siglo entre los juristas, sobre todo en Alemania e Italia, y para la que el Derecho es el conjunto de los mandatos del legislador”*.¹³⁵ Como "voluntad" del legislador puede considerarse a la del legislador histórico, autor de la norma, o a la del legislador contemporáneo, o bien puede considerarse como “voluntad” del legislador exclusivamente la que queda capturada en el texto de la norma, o la prevaleciente en el contexto en que fue producida la norma; pero en todos estos casos el fin (principio o valor tutelado) de la norma será un dato externo al intérprete y objetivo, cuya “veracidad” dependerá básicamente de los elementos objetivos que lo hagan demostrable.

identificación de los hechos relevantes del caso bajo consideración. En este sentido, la interpretación es siempre una actividad valorativa” Véase ALCHOURRÓN, Carlos. *“Sobre Derecho y lógica”*...ob.cit. p. 29.

¹³²Véase VERNENGO, Roberto J. *“Interpretación del Derecho”*...ob.cit. p. 256.

¹³³ WRÓBLEWSKY, Jerzy. *Sentido y hecho en el Derecho*. México, Edit. Fontamara, 2001. p. 80.

¹³⁴ Sobre originalismo, en su vertiente de textualismo, en Norteamérica véase SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation. Federal courts and the law*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1997.

¹³⁵ Véase BOBBIO, Norberto. *Contribución a la teoría del Derecho*. España, Debate, 1990. p. 143.

Ahora bien, el voluntarismo funciona sin problema cuando detrás de la norma por interpretar, hay una única, indubitable y jurídicamente coherente “intención” del legislador, que además puede ser encontrada o concluida sin mayor dificultad, lo cual ocurre, por ejemplo, cuando el propio legislador en la exposición de motivos de la ley respectiva, en forma expresa precisa su intención o el propósito, fin, principio o valor tutelado por la norma jurídica. Sin embargo, el voluntarismo enfrenta dificultades cuando el legislador expresa más de una intención u objetivos (fines, principios o valores protegidos) que en determinados contextos no resultan compatibles, así como en el caso de que, no habiendo exteriorizado el legislador su intención, puedan ser posibles y coherentes más de una. ¿Cuál elegir de entre las opciones posibles?, es algo que no resuelve íntegramente el voluntarismo y que, en cambio, da entrada a la posición hermenéutica.

*“ Toda búsqueda hermenéutica parte de diferentes interpretaciones en conflicto; presupone la presencia de una controversia (stáseis) entre argumentos verosímiles (de significados posibles). La idea de una controversia de significados convierte la tarea hermenéutica en un procedimiento dialéctico, i.e., en una confrontación de argumentos para establecer el significado ‘válido’ ... La solución ‘correcta’ tiene que ser consistente, coherente, bien reconstruida (intectio auctoris) y compatible con su Sitz-im-Lebem y con su historia (tradición) ... busca ‘reconstruir’ y ‘actualizar’ el significado de los materiales jurídicos dados (costumbre, sentencias, leyes). El significado jurídico coherente (con su tradición jurídica), actualizado en una decisión, supera y clausura la controversia”.*¹³⁶

La hermenéutica vale para elegir, de entre diversas opciones jurídicamente posibles, aquella que deberá prevalecer por ser la que concilia más consistentemente con un determinado fin, principio, valor o interés, que el intérprete, con fundamento jurídico, incorpora y confronta. La hermenéutica resuelve un conflicto lo mismo entre diversas opciones literalmente posibles, que entre diversas opciones sistémicamente viables, resolviendo así los debates que se puedan presentar al aplicar los criterios gramatical y sistemático. En el ámbito del criterio funcional, la hermenéutica podrá resolver los conflictos que se presenten entre dos o más opciones posibles de intención (propósito, fin, principio o valor tutelado) del legislador.

La hermenéutica supone el conflicto de tener que decidir entre más de una opción disponible y lo resuelve eligiendo “la más valiosa” de las alternativas. El método hermenéutico

¹³⁶ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Interpretación Jurídica”. En: *Diccionario Jurídico Mexicano. Tomo III*, México, Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002. p. 1798.

no es para derogar o corregir la “intención” del legislador, sino para establecer ésta cuando haya más de una posible.

Es pertinente recordar aquí el aforismo *optima est lex, quae minimun relinquit arbitrio judicis; optimus judex, qui minimun sibi* (la mejor ley es la que reduce al mínimo el arbitrio judicial, y mejor juez, el que reduce al mínimo el suyo).

El segundo paso de la interpretación funcional, consistente en la aplicación de los fines o valores electorales a la norma objeto de la interpretación, debe hacerse en correspondencia con la naturaleza o contenido del valor o fin que se aplica. Sirva para ilustrar esto los siguientes ejemplos:

Los derechos fundamentales del hombre y del ciudadano deben siempre interpretarse “extensivamente” y nunca de modo “restrictivo”, en oposición a lo que ocurre con la competencia de las autoridades públicas y las obligaciones y cargas de los individuos que deben siempre interpretarse “restrictivamente” y nunca de modo “extensivo”: “(L)a fuerza expansiva de todo Derecho fundamental restringe los límites que actúan sobre el mismo, que deben ser interpretados restrictivamente en el sentido más favorable a su eficacia y esencia”.¹³⁷

Asimismo, los fines o valores que orientan a las instituciones jurídicas destinadas a regular realidades sociales cambiantes, deben aplicarse de manera evolutiva o dinámica, permitiendo “adaptar los instrumentos legales a la real convivencia de un pueblo”,¹³⁸ pero sin que esto implique, desconocer la norma jurídica legislada, para en su lugar construir y aplicar otra diversa.

3.3.4. Integración de normas en el Derecho

Cuando en la ley no se incluye una norma expresa aplicable, para resolver un determinado caso concreto, la autoridad aplicadora se ve en la necesidad de colmar esa

¹³⁷ Sentencia 254/88, de 21 de diciembre, FJ3, dictada por el Tribunal Constitucional español, citada por GUI MORI, Tomás. *Jurisprudencia constitucional 1981-1995. Estudio y reseña completa de las primeras 3.052 sentencias del TC*. Madrid, Civitas, 1997. p. 1618-1619.

¹³⁸ CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988. p. 259.

“laguna” o “silencio en la ley”, integrando la norma ausente, con apego a los procedimientos o criterios que el propio Derecho establezca. Puede haber lagunas o silencios en las leyes, pero no las hay en el Derecho, ya que éste regula la manera en que deben cubrirse o integrarse las normas ausentes. Particularmente el artículo 14 constitucional, último párrafo, dispone que cuando las leyes no incluyan una norma expresa aplicable a un determinado caso, entonces éste deberá resolverse con fundamento en los principios generales del Derecho.

Pero los principios generales, como Derecho aplicable frente a un silencio en la ley, no siempre se manifiestan del mismo modo, sino por vías distintas, dependiendo del tipo de silencio en la ley de que se trate.

En efecto, podemos identificar por lo menos cuatro diferentes supuestos de “silencios” en la ley: “silencios por imprevisión”, “silencios por omisión”, “silencios intencionales”, y “lagunas ideológicas”; para cada diferente tipo de silencio en la ley, la aplicación de los principios generales tendría modalidades distintas:

a).- “Silencios por imprevisión”. Son los que se producen cuando el legislador no establece una determinada regla expresa, simplemente porque no la previó, y frente a estos silencios lo que procede es aplicar los “principios generales del Derecho”, como se ordena en el artículo 14 constitucional.

Los legisladores no pueden ni se proponen, regular con disposiciones específicas, todos y cada uno de las variables que puedan surgir en la realidad. La tarea del legislador es más bien la de regular los casos ordinarios que normalmente suelen ocurrir. *Quod raro fit, non observant legislatores*, (lo que rara vez sucede, no es observado por los legisladores). Por lo tanto, cuando un caso extraordinario ocurre en la realidad, lo usual es que para este no haya disposición expresa aplicable.

b).- “Silencios por omisión”. Se dan cuando el legislador injustificadamente no regula un caso previsible. Frente a ellos el Derecho implícito aplicable también se integra por los “principios generales del Derecho”. Sin embargo, este tipo de silencio, a diferencia de los “silencios por imprevisión”, puede incluso llegar a ser declarado inconstitucional, cuando

impide el ejercicio de un Derecho fundamental o significa el incumplimiento de una obligación expresa impuesta por la Constitución al legislador, para que éste regule un determinado tema.¹³⁹

c).- “Silencios intencionales”. Estos no son propiamente lagunas legales, sino silencios establecidos a propósito por el legislador, para que en ausencia de la norma escrita, rijan los denominados “principios o reglas implícitos de clausura”, que son los siguientes: “para la autoridad está prohibido todo lo que expresamente no le está permitido” y “para el gobernado está permitido todo lo que expresamente no está prohibido”.

Los principios o reglas implícitos de clausura, evitan al legislador tener que dictar leyes infinitamente largas que incluya en normas escritas todo lo que los particulares sí pueden hacer y todo lo que las autoridades no deben hacer.

d).- El cuarto caso de silencio en la ley es el que se produce por las denominadas “lagunas ideológicas” o “lagunas axiológicas”, las cuales ocurren cuando sí hay norma legal expresa, pero ésta colisiona con una norma o principio de superior jerarquía, o con la coherencia del sistema jurídico en general.

Para TAMAYO, una “laguna ideológica” ocurre *“cuando, no obstante la existencia de una norma claramente aplicable al caso de que se trate, ésta resulta inapropiada por obsoleta, errónea, insatisfactoria o injusta (desde el punto de vista de la ideología subyacente al orden jurídico positivo)... Estas lagunas resultan de la confrontación del orden jurídico en cuestión con otro considerando más satisfactorio o con un orden jurídico ideal.”*¹⁴⁰

EZQUIAGA, por su parte, sobre las “lagunas axiológicas” escribe que *“éstas serían las derivadas de la confrontación del sistema real con un sistema ideal, de tal modo que no se trata de que el juez*

¹³⁹ En relación con este tema, Fernández Rodríguez escribe, que para la protección de un derecho fundamental, vulnerado por una omisión en la ley, no necesariamente se requiere de contar con una acción ad-hoc de inconstitucionalidad por omisión, sino que *“bastaría que fuera viable para esta finalidad el recurso concreto de protección de los Derechos fundamentales que suele existir en los ordenamientos de signo concentrado. Incluso si no consta expresamente en la regulación del recurso la omisión como causante de vulneraciones a los Derechos fundamentales, podría interpretarse así por la jurisprudencia”*. Véase FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, José Julio. *La inconstitucionalidad por omisión. Teoría general. Derecho comparado. El caso español*. Madrid, Civitas, 1998. p. 224.

¹⁴⁰ TAMAYO Y SALMORÁN, Rolando. “Lagunas del Derecho”. En: *Enciclopedia Jurídica Mexicana. Tomo IV*. México, Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002. p. 852.

*carezca de solución para el caso, sino que se carece de una solución satisfactoria para el operador judicial: entonces el juez proclama la laguna y la soluciona, saltando así por encima de la previsión legal.*¹⁴¹

3.3.5. Los conceptos jurídicos abiertos o indeterminados.

Tratamiento especial requieren los denominados “conceptos jurídicos abiertos o indeterminados”. Estos se encuentran en la frontera entre norma explícita y norma implícita, así como entre interpretación e integración normativas. Son una especie de silencios parciales intencionalmente queridos por el legislador.

*“... lo que doctrinariamente se conoce como un concepto jurídico abierto o indeterminado, (es)... un vocablo o expresión empleado en un ordenamiento jurídico como componente de algún supuesto o consecuencia, pero carente de una significación precisa, tanto dentro del sistema positivo como en el vocabulario común o técnico, ante el cual el operador jurídico, a quien le corresponde aplicar el Derecho, se ve impelido a descubrir el significado que resulta más idóneo tanto para el contexto en que fue utilizada la palabra o frase, como para el contenido regido por la disposición jurídica y los fines que con ella se persiguen.”*¹⁴²

A través de los conceptos jurídicos indeterminados, el legislador (constitucional u ordinario) intencionalmente autoriza a la autoridad aplicadora (judicial, administrativa o legislativa, según el caso), para que sea ésta la que establezca la reglamentación o valoración específica que desarrolla o da contenido al concepto jurídico abierto o indeterminado.

Por lo anterior, cabe afirmar que los conceptos jurídicos indeterminados, aunque son norma expresa, tienen como Derecho implícito, a las facultades de discrecionalidad instrumental (también denominadas margen de arbitrio judicial cuando están a cargo de los jueces) necesarias para establecer el contenido normativo faltante. A esta discrecionalidad se le denomina instrumental, ya que cuando la autoridad está obligada a aplicar una determinada norma jurídica, pero ésta aún no tiene un contenido determinado, entonces instrumentalmente

¹⁴¹ EZQUIAGA, Francisco Javier. “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional”...ob. cit. p.164-165.

¹⁴² Fragmento de la sentencia SUP-JDC-781/2002, del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

se requiere que la autoridad primero dé contenido a la norma o califique la medida o intensidad con la que un cierto atributo se da en un hecho, para luego poder proceder a su aplicación.¹⁴³

Pero la atribución de las autoridades aplicadoras del Derecho, de dotar de contenido a un concepto jurídico indeterminado, aunque implican un margen de discrecionalidad o arbitrio, de ningún modo y en ningún caso puede ejercerse con arbitrariedad. Esto es así ya que *“la función de los poderes y órganos del Estado en la regulación de los encargos constitucionales, tiene algún grado de libertad, pero no deja de tener límites, los cuales se deben entender contenidos en el conjunto de principios y elementos indispensables para dar satisfacción a los fines y valores que se advierte se quieren alcanzar por el constituyente, en tanto que la libertad radica en la posibilidad de moverse en los espacios que se generen en la demarcación de todos esos límites...”*¹⁴⁴ Lo mismo puede decirse cuando el legislador encarga a la autoridad aplicadora de la norma, dotar de contenido a un concepto indeterminado de rango legal.

Ejemplo de un concepto jurídico indeterminado que se traduce en facultades discrecionales para el juzgador electoral es en materia electoral el concepto de “determinancia”, que se exige en las causales de nulidad de votación y de elección, como condición para decretar en cada caso la nulidad respectiva. Este es un concepto jurídico indeterminado en tanto que implica conferir a la autoridad judicial decisoria, un margen de arbitrio para evaluar la gravedad o intensidad de una específica irregularidad en un contexto dado. Ahora bien, para que el

¹⁴³ La discrecionalidad, en términos generales, *“consiste en la realización de elecciones entre diferentes alternativas con la finalidad de ejercer una potestad conferida por el ordenamiento jurídico y que éste, sin embargo, no ha regulado plenamente... Esto es, la discrecionalidad se caracteriza por los siguientes rasgos: 1) supone la adopción de decisiones dentro de un margen de libre apreciación dejado por el ordenamiento jurídico, 2) implica un acto de elección sobre la base de argumentos valorativos acerca de los cuales personas razonables pueden diferir, y 3) la elección se adopta siempre conforme a criterios valorativos extrajurídicos”*. Ahora bien, la discrecionalidad puede dividirse en fuerte e instrumental o técnica. *“La discrecionalidad fuerte hace referencia a aquellos supuestos en los que el titular de una potestad realiza elecciones dentro de un ámbito jurídico de decisión propio conferido por el ordenamiento jurídico. Y la discrecionalidad instrumental comprende aquellos supuestos en los que el titular de una potestad realiza igualmente elecciones como algo necesario para el ejercicio de su potestad, pero sin disponer de un ámbito de decisión propio”*. DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica*. Madrid, Civitas, 1997. p. 22-23. La discrecionalidad técnica se da en *“aquellos supuestos en los que la aplicación de la norma imprecisa requiere un juicio acerca de la medida y la intensidad con la que un determinado atributo se da en un hecho”*. PRESSUTI, E. *Discrezionalita pura e discrezionalitatecnica*. Torino, 1910, citado por DESDENTADO DAROCA, Eva. *Los problemas del control judicial de la discrecionalidad técnica...ob.cit.* p. 33.

¹⁴⁴Véase Voto particular de los Magistrados CASTILLO GONZÁLEZ, Leonel y REYES ZAPATA, Mauro Miguel, contenido en la sentencia SUP-JRC-055/99, publicada en *Justicia Electoral, Revista Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Suplemento Especial*. No. 4, México, 2000. p. 204.

juzgador defina para cada caso concreto, el contenido del concepto “determinancia” debe recurrir a los criterios valorativos extra-jurídicos, que estime pertinentes y en relación con los cuales personas razonables pueden diferir.¹⁴⁵

Otro ejemplo de un concepto jurídico indeterminado lo es el de “injurias graves”, el cual se prevé en el Código Civil de Nuevo León (artículo 267-XI), como causa de divorcio. Concepto éste, que para el juzgador se traduce en un margen de arbitrio con base en cual a una determinada injuria podrá calificarla de grave en un determinado contexto, pero esa misma injuria considerarla como no grave en un diverso contexto –por ejemplo, en el contexto de un matrimonio que utiliza palabras altisonantes como parte del lenguaje común–.

3.4. Interpretación y ponderación, desde el constitucionalismo principalista

El sistema de ponderación de principios es una teoría propuesta por el jurista Robert ALEXY que permite hacer frente a los casos en que se encuentra en colisión el ejercicio de dos derechos considerados como de “prima facie”.

La teoría de ALEXY surge frente a la necesidad de hacer frente al tradicional sistema de resolución de colisiones entre derechos que se basa en la subsunción, mismo que no otorga forma de resolver aquellos casos en que el conflicto de normas se localiza en el mismo nivel jerárquico.

“En el Derecho hay reglas, y en consecuencia, hay razonamientos subsuntivos. Pero también hay principios; y guiarse por o aplicar principios exige un tipo de razonamiento, la ponderación, que es distinto del razonamiento subsuntivo por cuanto desemboca en la formulación de una regla que permita resolver el caso...Las reglas no se entienden ya como meras manifestaciones de voluntad de la autoridad

¹⁴⁵ Sobre el concepto de la determinancia, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación ha dicho que “...es válido sostener que una violación o irregularidad será determinante para el resultado de la elección cuando, si se suprime mentalmente, se llega a la convicción de que el resultado (electoral) pudo ser otro. Al efecto es necesario realizar un ejercicio, suponiendo que no se hubieren presentado las irregularidades o violaciones y, por tanto, sí se hubiera recibido la votación (normalmente) en las casillas de mérito”. Fragmento de la sentencia dictada en el juicio SUP-JRC-487/2000 y su acumulado, relativa al caso Tabasco. p. 560.

*que las ha dictado sino como el resultado de una ponderación de los principios relevantes llevada a cabo por dicha autoridad.*¹⁴⁶

Así, el sistema de ponderación desarrollado por ALEXY establece una estructura a seguir para establecer cuál de los derechos en colisión debe ampliarse y cuál debe restringirse en un caso en concreto. *“Los conflictos entre principios, a diferencia de lo que ocurre con las reglas, no se resuelven por exclusión, sino mediante ponderación.”*¹⁴⁷

La estructura de ponderación de ALEXY se compone por tres elementos: la ley de ponderación, la fórmula de peso y las cargas de argumentación.

1. La ley de la ponderación. Este es el primero de los pasos que consiste en determinar en qué grado se ve afectado uno de los derechos. A este primer momento de análisis ALEXY lo llamó “estudio de grado de afectación” y propuso hacer una categorización del mismo en leve, medio o intenso.
2. La fórmula de peso. El segundo de los pasos es el de “fórmula de peso”, mismo que gira en torno a verificar si existe una relevancia en satisfacer el derecho que se contrapone al derecho afectado. A este paso ALEXY lo llamó “peso abstracto”. En este nivel de estudio, entra en juego la variable S, misma que consiste en la certeza de la apreciación empírica de las afectaciones y que funge como criterio que permite determinar el peso de la afectación frente al beneficio que se obtiene.
3. Las cargas de argumentación. Finalmente, las cargas de argumentación son el último estudio que versa en torno a la determinación de si se encuentra justificado el nivel de satisfacción del Derecho ante la afectación del otro. Este paso surte efectos cuando de los dos estudios anteriores resulta un empate entre los dos derechos en el que sus pesos son idénticos.

Una vez realizado el estudio en los tres niveles antes expuestos, es posible determinar si la afectación a un Derecho encuentra una justificación y consecuentemente, debe surtir efectos, o si por el contrario, la afectación no encuentra razón de sustento alguna frente a la ampliación del ejercicio del otro Derecho y por tanto no debe surtir efectos.

¹⁴⁶ AGUILÓ REGLA, Josep. “*Positivism y Postpositivism. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*”. En: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 30. Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2007. p. 671.

¹⁴⁷ *Ibidem*. p. 670.

Este método de ponderación desarrollado por ALEXY ha servido para el desarrollo de otras teorías de interpretación jurídica que plantean vías para solucionar las antinomias cuando éstas nacen en un mismo nivel jerárquico en el que ya no resulta tan simple determinar qué Derecho debe prevalecer sobre de otro.

En este sentido, uno de los sistemas de interpretación que se basan en el método de ponderación es el de proporcionalidad, mismo que ha sido desarrollado de manera amplia por la jurisprudencia de la Corte IDH a partir de la implementación del principio de proporcionalidad.

El principio de proporcionalidad es una herramienta metodológica que se compone por otros subprincipios, entre los cuales se encuentran la idoneidad, la necesidad y la proporcionalidad en sentido estricto¹⁴⁸.

La popularidad de este método hermenéutico se debe en gran motivo a que atiende a la razonabilidad de las decisiones, de modo que hace posible verificar en los casos concretos la igualdad proporcional entre los bienes jurídicos en pugna.

Como ya se mencionó, el desarrollo jurisprudencial del test de proporcionalidad como herramienta hermenéutica ha encontrado mayor impulso en la jurisprudencia de la Corte Interamericana. Sin embargo, la teoría surgió en un primer momento en el Tribunal Europeo de Derechos Humanos y fue desarrollada de forma más integral en Alemania, donde el Tribunal Constitucional Federal se basó en la teoría de ALEXY para determinar la proporcionalidad en sentido amplio como un deber de rango constitucional. Aunado a lo anterior, el Tribunal Constitucional alemán posicionó al principio de proporcionalidad como un principio del Estado de Derecho que resulta en la esencia misma de los derechos fundamentales y lo enriqueció con el concepto de “margen de apreciación”, según el cual los Estados cuentan con cierta amplitud para determinar la razonabilidad de los derechos en un caso en concreto.

¹⁴⁸ ALEXY, Robert y ANDRÉS IBAÑEZ, Perfecto. *Jueces y ponderación argumentativa*. México, UNAM, 2006. p. 2.

Para la región interamericana, la adopción que la Corte IDH ha hecho del principio de proporcionalidad como indispensable en una sociedad democrática ha sido de gran impacto para los países en que su jurisprudencia tiene influencia. Así, con base en la jurisprudencia de la Corte IDH, el test de proporcionalidad no se agota con que se demuestre el propósito útil que ostenta la medida a implementarse, sino que además, ella debe ser proporcional al interés que la justifica y debe atender a un legítimo objetivo de la sociedad:

“46. Si bien los Estados tienen la facultad de establecer distinciones en su derecho interno, éstas deberán cumplir ciertas condiciones y requisitos, so pena de considerarse como tratos discriminatorios. Esta Corte ha establecido que las distinciones tendrán carácter discriminatorio en virtud de no ser razonables, proporcionales y objetivas¹⁴⁹, es decir, si no persiguen un fin legítimo y no se emplean medios proporcionales al fin que se busca¹⁵⁰”

Como se mencionó anteriormente, la posibilidad de los Estados de regular o restringir los derechos no puede ser arbitraria. Y sobre este tema, la Corte IDH ha establecido que para justificar la adopción de una medida limitativa, se debe acreditar que: 1) esté establecida por ley; 2) persiga un fin legítimo; y 3) sea necesaria, 4) idónea, y 5) proporcional.¹⁵¹ Además de que la misma Corte también ha precisado que:

“132. En cuanto al requisito de proporcionalidad en una sociedad democrática, el Comité de Derechos humanos manifestó en su Observación general No. 27 que:

14. [...] Las medidas restrictivas deben ajustarse al principio de proporcionalidad; deben ser adecuadas para desempeñar su función protectora; deben ser el instrumento menos perturbador de los que permitan conseguir el resultado deseado, y deben guardar proporción con el interés que debe protegerse.

15. [...] El principio de proporcionalidad debe respetarse no sólo en la ley que defina las restricciones sino también por las autoridades administrativas y judiciales que la apliquen. Los Estados deben

¹⁴⁹ Corte IDH. *Caso Atala Riffó y Niñas Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 24 de febrero de 2012. Serie C No. 239. párr. 164; y Corte IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18. párr. 84.

¹⁵⁰ CIDH. Informe de Fondo No. 4/01. Guatemala. 19 de enero de 2001. párrs. 31 y 36.

¹⁵¹ Corte IDH. *Caso Tristán Donoso vs. Panamá*. Excepción preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de enero de 2009. Serie C No. 194. párr. 56; y Corte IDH. *Caso Escher y Otros vs. Brasil*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia del 6 de julio de 2009. Serie C No. 200. párr. 116.

garantizar que todo procedimiento relativo al ejercicio o restricción de esos derechos se lleve a cabo con celeridad y que se expliquen las razones de la aplicación de medidas restrictivas [141].”¹⁵²

En México, el desarrollo del test de proporcionalidad como método hermenéutico ha encontrado gran auge desde que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación adoptó la jurisprudencia 130/2007 en la que estableció que:

“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. De los criterios emitidos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación se advierte que el cumplimiento de los principios de razonabilidad y proporcionalidad implica que al fijar el alcance de una garantía individual por parte del legislador debe: a) perseguir una finalidad constitucionalmente legítima; b) ser adecuada, idónea, apta y susceptible de alcanzar el fin perseguido; c) ser necesaria, es decir, suficiente para lograr dicha finalidad, de tal forma que no implique una carga desmedida, excesiva o injustificada para el gobernado; y, d) estar justificada en razones constitucionales. Lo anterior conforme al principio de legalidad, de acuerdo con el cual el legislador no puede actuar en exceso de poder ni arbitrariamente en perjuicio de los gobernados.”¹⁵³

Otras tesis de jurisprudencia y relevantes, consolidadas por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que ilustran cómo ha venido evolucionando la aplicación del test de proporcionalidad en México, en buena medida siguiendo los lineamientos de la jurisprudencia consolidada por la Corte-IDH, son las siguientes:

“LEYES PENALES. AL EXAMINAR SU CONSTITUCIONALIDAD DEBEN ANALIZARSE LOS PRINCIPIOS DE PROPORCIONALIDAD Y RAZONABILIDAD JURÍDICA. El legislador en materia penal tiene amplia libertad para diseñar el rumbo de la política criminal, es decir, para elegir los bienes jurídicamente tutelados, las conductas típicas antijurídicas y las sanciones penales, de acuerdo con las necesidades sociales del momento histórico respectivo; sin embargo, al configurar las leyes relativas debe respetar el contenido de diversos principios constitucionales, entre ellos los de proporcionalidad y razonabilidad jurídica, a fin de que la aplicación de las penas no sea infamante, cruel, excesiva, inusitada, trascendental o contraria a la dignidad del ser humano, conforme a los artículos 14, 16, 18, 19, 20, 21 y 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por esa razón, el Juez constitucional, al examinar la constitucionalidad de las leyes penales, debe analizar que exista proporción y razonabilidad suficientes entre la cuantía de la pena y la gravedad del delito cometido, para lo cual debe considerar el daño al bien jurídico protegido, la posibilidad para individualizarla entre un mínimo y un máximo, el grado de

¹⁵² Corte IDH. *Caso Ricardo Canese Vs. Paraguay*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 31 de agosto de 2004. Serie C No. 111. párr. 132.

¹⁵³ Tesis de Jurisprudencia P./J. 130/2007130/2007. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVI, Diciembre de 2007, p. 8. Registro 170740.

reprochabilidad atribuible al sujeto activo, la idoneidad del tipo y de la cuantía de la pena para alcanzar la prevención del delito, así como la viabilidad de lograr, mediante su aplicación, la resocialización del sentenciado.”¹⁵⁴

“AUMENTO DE LA PENA PARA EL DELITO DE SECUESTRO EXPRESS PREVISTA EN EL ARTÍCULO 163 BIS DEL CÓDIGO PENAL PARA EL DISTRITO FEDERAL. CONSTITUYE UNA MEDIDA LEGISLATIVA PROPORCIONAL EN SENTIDO ESTRICTO, DESDE EL PUNTO DE VISTA DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO. El aumento de la pena para el delito de secuestro express hasta situarla en un rango de veinte a cuarenta años de prisión y de quinientos a dos mil días multa, es una medida que supera el examen de proporcionalidad en sentido estricto que debe llevarse a cabo en la última grada del principio de proporcionalidad en sentido amplio. Cuando se analiza la proporcionalidad en sentido estricto de una pena, lo que tiene que realizarse es una ponderación entre los beneficios que pueden esperarse de la protección penal del bien jurídico y los costes derivados de la sanción penal desde la perspectiva de los derechos fundamentales afectados por ésta. En el presente caso, los beneficios serían, básicamente, la mayor prevención asociada al aumento de la pena para el delito de secuestro express. En esta lógica, puede considerarse que se trata de un beneficio muy importante porque la medida examinada tiene como finalidad proteger de modo más eficaz la libertad de las personas. En contraposición, el costo de la intervención penal es una afectación mucho más intensa a la libertad del sentenciado, en la medida en la que puede ser privado de este derecho por un tiempo mínimo de veinte años y un máximo de cuarenta. No obstante, el examen de la proporcionalidad en sentido estricto también está condicionado por el amplio margen de apreciación que el legislador tiene para realizar el balance entre los beneficios y los costos de la intervención penal, en términos de los derechos fundamentales promovidos con la medida y los intervenidos. En esta línea, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el aumento de la pena para el delito de secuestro express constituye una medida proporcionada, toda vez que dicha intervención supone un costo para los derechos fundamentales de los sentenciados, que se ve compensado por la importancia de los bienes protegidos y, especialmente, porque el delito cuya pena se aumentó constituye un problema social cuya prevención resulta prioritaria para la sociedad.”¹⁵⁵

“SANCIONES PENALES. CONSTITUYEN UNA INTERVENCIÓN EN DERECHOS FUNDAMENTALES QUE PUEDE ENJUICIARSE DE CONFORMIDAD CON LAS TRES GRADAS DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD EN SENTIDO AMPLIO. El principio de proporcionalidad en sentido amplio constituye una herramienta argumentativa para examinar la legitimidad constitucional de cualquier medida estatal que afecte los derechos fundamentales de las personas. Por tanto, para que una pena sea proporcional desde este punto de vista no sólo debe tener una finalidad constitucionalmente legítima, sino también superar el examen de idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido.”¹⁵⁶

¹⁵⁴ Tesis de Jurisprudencia P./J. 102/2008. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVIII, Septiembre de 2008, p. 599. Registro 168878.

¹⁵⁵ Tesis Aislada 1a. CCXIII/2011 (9a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1. p. 194. Registro 160709.

¹⁵⁶ Tesis Aislada. 1a. CCVIII/2011 (9a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro II, Noviembre de 2011, Tomo 1, p. 209. Registro 160644.

“LIBERTAD DE EXPRESIÓN. REQUISITO DE PROPORCIONALIDAD EN EL TEST DE INTERÉS PÚBLICO SOBRE LA INFORMACIÓN PRIVADA DE LAS PERSONAS. Para poder decidir si este tipo de información es de interés público, se requiere corroborar si la invasión a la intimidad ocasionada por su divulgación es proporcional. Este segundo componente del test de interés público persigue descartar aquellos casos en los que, existiendo una conexión patente entre la información difundida y un tema de interés público, la intensidad de la intromisión no guarda una razonable correspondencia con la importancia de la información de interés público. Ahora bien, para determinar la intensidad de la invasión se deberá atender a factores relacionados con la persona afectada y la información divulgada. En el primer caso, deben examinarse, entre otros aspectos, si la persona afectada es un servidor público o un particular con proyección pública, así como la circunstancia de si trató de evitar o fomentó su exposición pública en relación con ese tema. En el segundo caso, resultan relevantes, entre otras cosas, el hecho de que la información íntima se hiciera del conocimiento público antes o después de la publicación por la que se pretende atribuir responsabilidad y si existía una expectativa de confidencialidad sobre la información divulgada. Cabe aclarar que el examen de proporcionalidad en casos de conflicto entre libertad de información y vida privada no se corresponde con el test en tres gradas (idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) que se utiliza frecuentemente para analizar las intervenciones en derechos fundamentales.”¹⁵⁷

“INTENSIDAD DEL ANÁLISIS DE CONSTITUCIONALIDAD Y USO DEL PRINCIPIO DE PROPORCIONALIDAD. SU APLICACIÓN EN RELACIÓN CON LOS DERECHOS HUMANOS. La Suprema Corte de Justicia de la Nación ha sostenido reiteradamente que existen dos niveles de análisis de la constitucionalidad, uno de carácter ordinario y otro de nivel intenso. El primero debe realizarlo el juez constitucional en los asuntos que no incidan directamente sobre los derechos humanos y exista un amplio margen de acción y apreciación para la autoridad desde el punto de vista normativo, como ocurre en la materia económica o financiera. En cambio, el escrutinio estricto se actualiza cuando el caso que se tenga que resolver involucre categorías sospechosas detalladas en el artículo 1o., párrafo quinto, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; se afecten derechos humanos reconocidos por el propio texto constitucional y/o por los tratados internacionales, o se incida directamente sobre la configuración legislativa que la Constitución prevé de manera específica para la actuación de las autoridades de los distintos niveles de gobierno. En este sentido, si bien las diferencias en la intensidad del control constitucional y el uso del principio de proporcionalidad han derivado de precedentes relacionados sólo con el principio de igualdad, ello no es impedimento para utilizar esta clasificación jurisprudencial y el respectivo test de proporcionalidad (fin legítimo, idoneidad, necesidad y proporcionalidad en estricto sentido) para casos que no estén estricta y únicamente vinculados con el aludido principio constitucional. Lo anterior, porque el juzgador realiza indirecta y cotidianamente diversos grados de análisis constitucional dependiendo si se trata, por ejemplo, de la afectación de un derecho humano o del incumplimiento de una norma competencial de contenido delimitado o de libre configuración, aun cuando la materia del caso no sea la violación estricta del derecho de igualdad. Así, el principio de proporcionalidad irradia y aplica sobre la totalidad de los derechos humanos con fundamento en el artículo 1o., párrafo tercero, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”¹⁵⁸

¹⁵⁷ Tesis Aislada 1a. CXXXV/2013 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 1, p. 561. Registro 2003646.

¹⁵⁸ Tesis Aislada 1a. CCCXII/2013 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XXV, Octubre de 2013, Tomo 2, p. 1052. Registro 2004712.

Como se observa, resulta innegable la influencia que la Corte Interamericana ha tenido en la jurisprudencia de nuestro país y a su vez, que frente a los nuevos parámetros del Derecho de los derechos humanos en la esfera interna, los casos en que dos derechos de una misma naturaleza se encuentran en pugna son cada vez más frecuentes y hacen del test de proporcionalidad, una herramienta indispensable para la actividad diaria de las y los juzgadores que deben darles una solución.

4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS

El 10 de junio de 2011, en el Diario Oficial de la Federación, se publicó el decreto de reforma de los artículos 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 y 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos¹⁵⁹.

De ésta, la parte que impacta de manera directa y determinante en los temas que son objeto de este trabajo, es sin duda la reforma a la denominación del Capítulo I, del Título I, que antes era “De las garantías individuales”, y ahora es “De los derechos humanos y sus garantías”; así el artículo 1º constitucional, a partir de junio de 2011, establece lo siguiente:

“Artículo 1. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los Derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

Las normas relativas a los Derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los Derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado

¹⁵⁹ CONGRESO DE LA UNIÓN. Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. México, Diario Oficial de la Federación, Junio 10, 2011. Disponible en línea: SCJN. <<http://www2.scjn.gob.mx/Leyes/ArchivosLeyes/00130212.pdf>>.

deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los Derechos humanos, en los términos que establezca la ley”.

Los demás artículos reformados versan sobre derechos específicos que la Ley Suprema reconoce, y que fueron modificados en su texto para guardar concordancia con su primer precepto constitucional, en el sentido de abarcar el contenido de los tratados internacionales y asegurar la plena garantía de los derechos humanos tanto de manera sustantiva como adjetiva.

4.1. Reseña del proceso de reforma constitucional

La reforma constitucional de 2011 no fue una de esas que se aprueban sin gran debate. Por el contrario, implicó un proceso legislativo de más dos años, que incluyeron algunos episodios intensos de controversias.

La historia de esta reforma inicia en la LX Legislatura de la Cámara de Diputados, en la que diversos grupos parlamentarios presentaron 33 distintas iniciativas para modificar la denominación del Capítulo I y otros artículos de la Constitución en materia derechos humanos. Iniciativas que fueron turnadas a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos, organismos que después de analizar todas las iniciativas, elaboraron un dictamen con proyecto de decreto y lo aprobaron por unanimidad el 23 de abril de 2009. Ese día, la Cámara de Diputados aprobó el dictamen con 287 votos a favor y 1 en contra, y lo envió al Senado para la continuación del proceso legislativo¹⁶⁰.

En la Cámara de Senadores, el 28 de abril de 2009, la Mesa Directiva turnó el dictamen aprobado por la Cámara de Diputados a las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos. Casi un año más tarde, el 18 de marzo de 2010, la Mesa Directiva lo turnó a la Comisión Especial de Reforma del Estado para que emitiera su opinión. Así, el 7 de abril de ese año, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Estudios Legislativos, con la opinión de la Comisión Especial, dictaminaron de manera favorable, con modificaciones

¹⁶⁰ Una reseña del proceso legislativo de esta reforma hasta el 2010, puede verse en: CÁMARA DE DIPUTADOS. *Diario de los Debates*. 15 de diciembre de 2010, Sesión Número 40, Año II, México, DF, Poder Legislativo Federal, LXI Legislatura, p. 145 - 159. Disponible en línea: <http://cronica.diputados.gob.mx/>.

a los artículos 1, 11, 33, 89, y 102 de la Constitución. Las Comisiones de la Cámara de Senadores agregaron reformas a los artículos 3, 15, 18, 29, 97 y 105 de la Carta Magna¹⁶¹.

El Pleno de la Cámara de Senadores discutió el 8 de abril de 2010, el Dictamen con modificaciones. El Presidente de la Cámara de Senadores informó que se haría una reserva a los artículos 33 y 102. Finalmente, se aprobó en lo general y los artículos no reservados por unanimidad de 97 votos. Los artículos 33 y 102 del Proyecto se aprobaron por 80 votos a favor, uno en contra y 2 abstenciones¹⁶². Realizada la votación, el Proyecto de Decreto se turnó a la Cámara de Diputados.

De regreso en ésta, la sociedad civil se reunió el 21 de abril de 2010 con la Comisión de derechos humanos para dar su opinión en torno al dictamen. Una semana más tarde, el 28 de abril, las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos aprobaron el proyecto en lo general y dejaron algunos artículos reservados pendientes de aprobación. Los expertos en la materia esgrimieron su opinión en torno al proyecto, en reunión con las Comisiones, el 8 de junio del 2010¹⁶³.

El 19 de octubre del mismo año, las Comisiones Unidas acordaron en sesión permanente formar un grupo plural de legisladores, de modo que cada Grupo Parlamentario estuviera representado y se pudieran conocer de cerca las reservas de cada uno de los distintos grupos para llegar a acuerdos. De éste, surgió el documento de trabajo que sirvió como base para las discusiones de diciembre de 2010¹⁶⁴.

El día 15 de diciembre de 2010, la Cámara de Diputados aprobó el dictamen, para posteriormente ser turnado junto con el expediente a la Cámara de Senadores.

¹⁶¹ Ídem.

¹⁶² COMISIÓN DE PUNTOS CONSTITUCIONALES DEL SENADO DE LA REPÚBLICA. *Memoria de Labores*. LX y LXI Legislaturas, Reforma constitucional en materia de derechos humanos, Proceso Legislativo. Disponible en: <http://www.senado.gob.mx/content/sp/com/content/estatico/content/minisitios/pc/> .

¹⁶³ CÁMARA DE DIPUTADOS. *Diario de los Debates*. 15 de diciembre de 2010...ob.cit.

¹⁶⁴ Ídem.

En la Cámara de Senadores, se discutió nuevamente el 8 de marzo de 2011¹⁶⁵. En esta ocasión, el Senador Fernando ELIZONDO BARRAGÁN presentó una propuesta de modificación al primer párrafo del artículo 1 constitucional, pero no fue admitida. Por su parte, el Senador Ricardo MONREAL ÁVILA también hizo una, en la que se pretendía un cambio a los artículos 1 quinto párr., 11 primer párr., 18, 29, 97 y 102, pero fue rechazada. Lo mismo sucedió con el Senador Jorge Andrés OCEJO MORENO quien estableció modificar el artículo 1 quinto párr. Y no es hasta con el Senador Sergio ÁLVAREZ MATA, en que se aprueba modificar el apartado B del artículo 102 y artículo 8º Transitorio¹⁶⁶.

Una vez aprobado en lo general y en lo particular el Proyecto de Decreto, se devolvió a la Cámara de Diputados, habiéndose aprobado también un Acuerdo de la Mesa Directiva que determinó que, en caso de que la Colegisladora no apruebe las enmiendas contenidas en el proyecto que se le devuelve, el senado manifiesta su aceptación para que con los artículos aprobados por ambas cámaras, se construya el proyecto de decreto que se remitirá a las legislaturas estatales, según lo establece el artículo 135 constitucional.

El Proyecto de Decreto se recibió nuevamente en la Cámara de Diputados para su consideración. Asimismo, éste se envió a los Congresos estatales, y se hizo nota de que en caso de que la Cámara de Diputados no aprobara la propuesta de modificación, se enviaría a éstos únicamente lo aprobado por las dos Cámaras¹⁶⁷.

El proyecto fue estudiado nuevamente, por las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales y de Derechos Humanos de la Cámara de Diputados el 23 de marzo de 2011. Éstas consideraron que conforme a lo dispuesto por la fracción E del artículo 72 de la Constitución, sólo podían enfocar su estudio en lo relativo a lo desechado, reformado o adicionado por la Cámara de Senadores. Con base en dicha perspectiva, determinaron que la parte del proyecto que no fue aprobada por el Senado consistía sólo en el párrafo décimo segundo del apartado B del artículo 102 y el párrafo segundo del artículo 8º transitorio de la

¹⁶⁵ CÁMARA DE SENADORES. *Diario de los Debates*. 8 de marzo de 2011, Segundo Periodo Ordinario, Diario 11. México, DF., Poder Legislativo Federal, LXI Legislatura. Disponible en línea: <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=3&sm=2&id=2058&lg=61&ano=2>.

¹⁶⁶ Ídem.

¹⁶⁷ Ídem.

Carta Magna. Por tal motivo, acordaron que la Cámara de Senadores debería remitir a los Congresos estatales el Proyecto de Decreto, únicamente en lo que había sido aprobado por ambas Cámaras, y que se dejaría para discusiones siguientes lo relativo al párrafo décimo segundo del artículo 102 y al segundo párrafo del 8º transitorio¹⁶⁸.

Al día siguiente, el 24 de marzo de 2011, la Cámara de Senadores remitió a las Legislaturas de los estados, el Proyecto de Decreto. Los estados que aprobaron éste fueron: de Aguascalientes, Baja California Sur, Campeche, Chiapas, Chihuahua, Coahuila, Colima, Durango, Guerrero, México, Michoacán, Nayarit, Querétaro, Quintana Roo, San Luis Potosí, Sonora, Tabasco, Tamaulipas, Veracruz, Yucatán y Zacatecas. El Congreso del Estado de Guanajuato emitió un voto en contra del mismo.

Recibidos los votos y a más de dos años de iniciado el proceso de reforma, el 1 de junio de 2011, se declaró la aprobación del Decreto y se remitió al Diario Oficial de la Federación para su publicación. Publicándose en éste el 10 de junio de 2011,¹⁶⁹ culminando así el proceso legislativo que dio vida al nuevo texto constitucional.

4.2. El debate en torno al artículo 1º constitucional

En las antes referidas discusiones que derivaron en la reforma, los diputados consideraron que las garantías individuales ostentaban de las siguientes características:

1. Relación jurídica de supra a subordinación entre el gobernado (sujeto activo) y el Estado (sujeto pasivo).
2. Derecho público subjetivo que emana de dicha relación a favor del gobernado (objeto).
3. Obligación correlativa a cargo del Estado, consistente en respetar el consabido Derecho y en observar o cumplir las condiciones de seguridad jurídica del mismo.

¹⁶⁸ CÁMARA DE DIPUTADOS. *Gaceta Parlamentaria*. 23 de marzo de 2011, Año XIV, No. 3226 – VII. Poder Legislativo Federal, LXI Legislatura, México, DF. Disponible en línea: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/mar/20110323-VII.html#Dictamenes> .

¹⁶⁹ COMISIÓN DE PUNTOS CONSTITUCIONALES DEL SENADO DE LA REPÚBLICA, *Memoria de Labores*. LX y LXI Legislaturas, Reforma constitucional en materia de derechos humanos...ob.cit.

4. Previsión y regulación de la citada relación por la ley fundamental.¹⁷⁰

En cambio, tratándose de los derechos humanos:

- “1. Son universales, porque son para todas las personas sin importar su origen, edad, raza, sexo, color, opinión política o religiosa.*
- 2. Son permanentes, porque no pueden limitarse o suprimirse, por el contrario evolucionan para ser más incluyentes.*
- 3. Son progresivos ya que satisfacen las necesidades personales y colectivas en continua transformación, se incrementan de la mano del desarrollo social, cultural, económico y político de las sociedades.*
- 4. Son preexistentes al Estado o a la norma fundamental y en consecuencia deben ser reconocidos por la Constitución y en el caso de reforma no podrán ser afectados en sus alcances”¹⁷¹.*

Como se puede observar, para ellos, las garantías individuales constituían el límite en el actuar del poder público y los derechos humanos eran anteriores a éstas y, superaban al poder público, por lo que al texto constitucional sólo le correspondía reconocerlos, respetarlos y protegerlos.

Además de lo anterior, concordaron en el cambio a la denominación del Capítulo I de la Constitución para insertar el concepto ‘derechos humanos’. Dado que expresaron que la reforma ubica a la persona como titular de estos y que para su fortalecimiento, se requiere la armonización de la Ley Suprema con las normas contenidas en los ordenamientos jurídicos del ámbito internacional¹⁷².

Asimismo, determinaron que el dictamen persigue los siguientes objetivos:

- “1. Introducir plenamente el concepto de Derechos humanos a la Constitución Mexicana.*
- 2. Garantizar la más alta jerarquía y eficacia normativa de los instrumentos internacionales de Derechos humanos dentro del orden jurídico mexicano.*
- 3. Introducir expresamente los Derechos humanos que no se encontraban reconocidos en la Constitución.*
- 4. Incorporar el principio de interpretación de los Derechos humanos de conformidad con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y los tratados internacionales.*
- 5. Fortalecer la protección de los Derechos humanos reconocidos por la Constitución a la luz del Derecho internacional.*
- 6. Reforzar las garantías y los mecanismos de protección de los Derechos humanos.*

¹⁷⁰ CÁMARA DE DIPUTADOS. *Diario de los Debates*. 15 de diciembre de 2010...ob.cit.

¹⁷¹ Ídem.

¹⁷² Ídem.

7. *Establecer una clara definición de cómo y en qué circunstancias se puede declarar la restricción o suspensión de los Derechos humanos y cuáles deben permanecer sin tocar.*
8. *Incorporar la enseñanza de los Derechos humanos en la educación, su respeto en el sistema penitenciario y su orientación en la política exterior.*
9. *Fortalecer a la Comisión Nacional de los Derechos humanos en sus facultades de investigación de violaciones graves.*
10. *Obligar a los servidores públicos a que justifiquen su negativa a aceptar las recomendaciones de la Comisión Nacional de los Derechos humanos o el incumplimiento de las mismas.*
11. *Brindar garantías a los extranjeros contra su expulsión arbitraria*¹⁷³.

¹⁷³ Ídem.

CAPÍTULO II

INCORPORACIÓN Y JERARQUÍA DEL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. DIRECTIVAS DUALISTA VS MONISTA.

Desde la directiva teórica del dualismo, el Derecho internacional y el Derecho nacional, forman dos sistemas jurídicos autónomos, y las normas aquél no serán obligatorias en el régimen interno de un país y exigibles ante sus tribunales nacionales, sino hasta que siguiendo los procesos legislativos correspondientes, sean incorporadas como contenido de las normas jurídicas del Derecho nacional.

Desde la directiva teórica del monismo, en cambio, el Derecho internacional y el Derecho nacional forman un solo sistema jurídico, pues si las normas de ambos fueron válidamente producidas y deben regir sobre el mismo territorio, entonces es inconsistente hablar de dos Derechos, pues se trata de uno solo. Aunque frente a los conflictos entre normas nacionales y normas de fuente internacional, el monismo no tiene una respuesta unánime, sino que se divide en dos modalidades: el monismo internacional que propone la supremacía de la norma internacional sobre la nacional, y el monismo nacional que propone la prevalencia de la norma nacional sobre la de fuente internacional.

Ahora bien, el artículo 1º constitucional, primer párrafo, a partir su reforma en junio de 2011, establece en términos imprecisos una nueva cláusula constitucional de incorporación de las normas relativas a derechos humanos contenidas en tratados internacionales, de la siguiente forma:

“Artículo 1º. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.”

Precepto éste cuyo significado no es unívoco, sino que varía según que se le interprete desde la directiva teórica del dualismo o del monismo, y particularmente según que se le interprete desde la directiva del monismo internacional o del monismo nacional.

En efecto, este precepto interpretado desde el monismo internacional, dispone que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, se incorporan al Derecho interno mexicano con nivel constitucional, de tal manera que ninguna norma jurídica nacional, ni siquiera una perteneciente a la propia Carta Magna, pueda invocarse como obstáculo o restricción que impida la titularidad o ejercicio de los referidos derechos humanos de fuente internacional.

Pero desde el mirador de un monismo nacional, el citado artículo 1º constitucional prescribe que los derechos humanos contenidos en tratados internacionales, se incorporen al Derecho interno, pero con jerarquía infra constitucional. Esto es, acatando las restricciones que prevea la Constitución y sin poder contravenirla, por ser ésta la norma suprema en la que se expresa la soberanía nacional.

Este debate relativo a la exigibilidad en el orden interno, de los derechos humanos pactados en tratados internacionales, no es nuevo ni exclusivo de nuestro país. Constituye uno de los temas –aunque sin duda el más importante– de un debate mayor que involucra a toda la comunidad internacional: ¿el Derecho internacional cómo y en qué términos, deja de ser sólo fuente de obligaciones exigibles entre los Estados nacionales, para incorporarse al Derecho interno de cada país y convertirse también en fuente de derechos y obligaciones que los individuos puede exigir a sus respectivas autoridades nacionales?

Considerando lo anterior, en este Capítulo se abordarán los principales temas que son presupuesto de este debate: Se presentarán las características del Derecho internacional de los derechos humanos y las principales normas que lo integran en el sistema interamericano; se expondrán las teorías del dualismo y del monismo, destacando sus antagonismo; se hará un recuento de los distintos modelos o fórmulas jurídicas que los diversos países adoptan para regular la incorporación del Derecho internacional de los derechos humanos, a su respectivo Derecho nacional interno, dedicando un apartado especial, para exponer la fórmula constitucional de incorporación de tratados internacionales, que en México preveía el artículo

133 constitucional hasta antes de la reforma de 2011; se hará una reseña un par de casos resueltos por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, el asunto Varios 912/2010 en el cual se debatió la obligatoriedad para México de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Radilla Pacheco vs México”, y el caso de la Contradicción de Tesis 293/2011, en el cual el Pleno de la Corte tuvo que superar las divergencias de criterios que hasta ese momento enfrentaban a la Primera y Segunda Salas del México Tribunal, en el tema relativo a la jerarquía que en el Derecho interno mexicano les corresponde a los tratados internacionales; y finalmente se reseñarán algunos precedentes judiciales que las Cortes Supremas de otros países y tribunales internacionales, han adoptado en casos emblemáticos semejantes.

1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

Empecemos por referirnos al Derecho internacional de los derechos humanos, a sus características básicas, y a los principales ordenamientos internacionales que lo consignan en el continente americano y que así configuran el Derecho interamericano de los derechos humanos.

1.1. Características básicas

Las características básicas del Derecho internacional de los derechos humanos son –de acuerdo con Jorge Carpizo¹⁷⁴ – las siguientes:

- Su índole *ideológica*, en cuanto su fundamento se encuentra en la noción de la superioridad de los valores inherentes a la dignidad de la persona humana, misma que debe ser respetada por todos los Estados, y que aspira a expresar una ideología común de la humanidad.
- Es *complementario* del Derecho interno, debido a que sólo se actualiza cuando los instrumentos nacionales protectores fracasan, no existen o no funciona en la realidad. Además la Corte IDH precisa que tiene carácter subsidiario y coadyuvante.

¹⁷⁴ CARPIZO, Jorge. “Capítulo XX. La Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos humanos” México, 2012. Apuntes inéditos que se citan con la autorización del autor.

- Es una *garantía mínima*, en virtud de que no aspira a ser omniprotector, sino que son los derechos mínimos que toda persona debe poseer. Si el Derecho interno u otro tratado reconoce una garantía más amplia, ésta es la que debe ser aplicada. Es decir, debe prevalecer el precepto y garantía más favorable a la persona humana. A este principio se le conoce como *pro homine*.
- Es derecho *protector*, vigilante de que se cumplan los tratados y convenciones internacionales de derechos humanos en beneficio de los habitantes de los Estados partes. Por tanto, en aquéllos se justifican criterios teleológicos de interpretación.
- La *progresividad*, que implica la proscripción de medidas regresivas que anulen los avances logrados en materia de derechos humanos. Progresividad que se fortalece por la gran flexibilidad de los preceptos de los tratados y convenciones de la materia, y que permiten que los Estados partes extiendan la protección contenida en esos instrumentos internacionales.

1.2. El Derecho interamericano de los derechos humanos

El Derecho interamericano de los derechos humanos surge del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, que a su vez se crea a mediados del Siglo XX, con la aprobación de la Declaración Americana de Derechos y Deberes del Hombre de 1948, en el marco de la Carta de la Organización de Estados Americanos.

El Sistema Interamericano de Derechos Humanos se basa en el funcionamiento de dos órganos principales: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte IDH.

La Comisión Interamericana fue creada en 1959 en la Quinta Reunión de Consulta de Ministros de Relaciones Exteriores, celebrada en Santiago de Chile. Con base en la ciudad de Washington, DC, ésta tiene como principal función la de promover la observancia y la defensa de los derechos humanos, y a su vez, la de servir como órgano consultivo de la Organización de Estados Americanos en dicha materia.

La Corte Interamericana, por su parte, fue creada en 1979, cuando en mayo de ese año se eligieron a los jueces que integrarían dicha instancia durante el Séptimo Período Extraordinario de Sesiones de la Asamblea General de la Organización de Estados

Americanos, y se aceptó la oferta del gobierno de Costa Rica para establecer la sede en la ciudad de San José.

La Corte ejerce primordialmente la función contenciosa (aunque también tiene funciones consultivas) dentro del Sistema Interamericano de Derechos humanos, resolviendo los casos que ante ella presenta la Comisión Interamericana, relativos a la aplicación e interpretación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Asimismo, cuenta con facultades para dictar medidas provisionales en casos de gravedad y urgencia, así como para emitir opiniones consultivas a partir de solicitudes que se le presenten.

A la fecha, los Estados miembros de la Organización de Estados Americanos son: Antigua y Barbuda, Argentina, Bahamas, Barbados, Belice, Bolivia, Brasil, Canadá, Colombia, Costa Rica, Chile, Dominica, Ecuador, El Salvador, Estados Unidos, Granada, Guatemala, Guyana, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Saint Kitts y Nevis, Santa Lucía, San Vicente y las Granadinas, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela.

De entre los antes mencionados sólo Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Dominica, Ecuador, El Salvador, Granada, Guatemala, Haití, Honduras, Jamaica, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Trinidad y Tobago, Uruguay y Venezuela, han ratificado la Convención ADH.

En cuanto a la competencia contenciosa de la Corte, ésta sólo ha sido aceptada por Argentina, Barbados, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Costa Rica, Ecuador, El Salvador, Guatemala, Haití, Honduras, México, Nicaragua, Panamá, Paraguay, Perú, República Dominicana, Surinam, Uruguay y Venezuela. Este último, sin embargo, presentó una denuncia a la Convención Americana sobre Derechos Humanos en septiembre de 2012, y al haberla sostenido durante un año, dejó de estar sujeto a la competencia contenciosa de la Corte-IDH a

partir del 10 de septiembre de 2013,¹⁷⁵ sin perjuicio de que la Comisión-IDH mantiene su competencia respecto de Venezuela.

Finalmente, el Derecho interamericano de los derechos humanos encuentra su fuente en los criterios emitidos por la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana, así como en el contenido de diversos tratados internacionales.

Entre los tratados internacionales de contenido sustantivo que integran el Derecho interamericano de los derechos humanos, destacan los siguientes:

1. Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre
2. Convención Americana sobre Derechos Humanos “Pacto de San José”
 - Protocolo a la Convención-ADH relativo a la Abolición de la Pena de Muerte
 - Protocolo a la Convención-ADH en Materia de Derechos Económicos, Sociales y Culturales "Protocolo de San Salvador"
3. Convención Interamericana para Prevenir y Sancionar la Tortura
4. Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas
5. Convención Interamericana para la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra las Personas con Discapacidad
6. Convención Interamericana para Prevenir, Sancionar y Erradicar la Violencia contra la Mujer "Convención de Belem"
7. Convención Interamericana contra la Corrupción
8. Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Civiles a la Mujer
9. Convención Interamericana sobre Concesión de los Derechos Políticos a la Mujer
10. Convención Interamericana sobre obligaciones alimentarias ámbito de aplicación
11. Convención Interamericana sobre restitución internacional de menores
12. Convención Interamericana sobre conflictos de leyes en materia de adopción de menores
13. Convención Interamericana sobre tráfico internacional de menores

¹⁷⁵ Perú en 1999, siendo presidente Alberto Fujimori pretendió un “retiro inmediato” del sistema interamericano, sin mediar el año de espera que prevé la Convención; pero la Corte IDH lo considero inadmisibile.

14. Convención para prevenir y sancionar los actos de terrorismo configurados en delitos contra las personas y la extorsión conexa cuando estos tengan trascendencia internacional
15. Convención sobre asilo territorial
16. Convención sobre asilo diplomático
17. Convención sobre asilo político

Como tratados interamericanos de contenido predominantemente orgánico y procedimental, cabe citar los siguientes:

1. Carta de la Organización de los Estados Americanos
2. Estatuto de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
3. Estatuto de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
4. Reglamento de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos
5. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos
6. Convenio de Sede entre el Gobierno de Costa Rica y la Corte Interamericana de Derechos Humanos
7. Reglamento de la Comisión Interamericana de Mujeres
8. Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sobre el funcionamiento del Fondo de Asistencia Legal de Víctimas
9. Estatuto de la Comisión Interamericana de Mujeres

Ejemplos de otros instrumentos interamericanos que no tienen la misma obligatoriedad que los tratados, son los siguientes:

1. Carta Democrática Interamericana
2. Principios y Buenas Prácticas sobre la Protección de las Personas Privadas de Libertad en las Américas
3. Acuerdo de entendimiento entre la Corte Interamericana de Derechos Humanos y la Asociación Interamericana de Defensorías Públicas

2. DIRECTIVAS TEÓRICAS DUALISTA Y MONISTA

2.1. Dualismo: Derecho interno e internacional son autónomos y tienen rasgos diversos

“Esta teoría se desarrolló a fines del siglo XIX y en la primera mitad del XX, principalmente por autores alemanes e italianos; entre ellos TRIEPEL y ANZILOTTI”.¹⁷⁶ La teoría dualista tiene como punto de partida el considerar que el Derecho interno de cada país, por una parte, y el Derecho internacional, por la otra parte, constituyen ordenes normativos con rasgos diversos y totalmente separados y autónomos entre sí.

El Derecho interno y el Derecho internacional desde este punto de vista son enteramente distintos, toda vez que tienen diversas fuentes, sujetos obligados, jurisdicción y tribunales competentes, además de que no comparte el mismo grado de coercibilidad.

Por cuanto hace a la noción “fuentes del Derecho” ésta es una expresión metafórica y ambigua que tiene diversos significados,¹⁷⁷ entre los cuales se incluyen:

- a) Los procesos o métodos de creación o producción de las normas del Derecho. En este sentido se habla, por ejemplo, de la legislación o proceso legislativo, y de los procesos de producción de la costumbre o la jurisprudencia;
- b) Las diversas normas u ordenamientos normativos que son el resultado de los distintos procesos o métodos de producción referidos en el inciso anterior. Así se habla en términos genéricos, por ejemplo, de la ley, del reglamento, o de la jurisprudencia, o bien se habla en términos concretos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, del Código Civil Federal, o de la tesis de jurisprudencia 15/2003 consolidada por alguna Sala de la Suprema Corte o un Tribunal Colegiado, sólo por ilustrar con algunos ejemplos;
- c) Los órganos o instancias competentes para crear o producir las normas jurídicas. Por ejemplo el Poder Constituyente, tratándose de la producción de normas

¹⁷⁶ PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Tratados. Legislación y práctica en México*. 4ª ed. México, Secretaría de Relaciones Exteriores y Universidad Iberoamericana, 2007. p. 184.

¹⁷⁷ CARBONELL señala que existe “una variedad tal de significados del término fuentes del derecho que se ha vuelto cuando menos confuso y difícil de perfilar. Una de las causas lo es, sin duda, la propia vaguedad del término, que, queriendo ser metafórico, ha acabado siendo inaprehensible. Como ha dicho Alf Ross, la teoría de las fuentes es un verdadero bouquet d’aphorisme”. CARBONELL, Miguel. *Constitución, reforma y fuentes del derecho en México*. 3ª ed. México, Porrúa-Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000. p. 10.

constitucionales; el Congreso de la Unión, tratándose de las leyes federales; el Congreso de cada entidad federativa, para la producción de la constitución y las leyes locales; el Poder Judicial Federal como creador de la jurisprudencia constitucional y federal; el pueblo como productor de la costumbre;

- d) Inclusive la locución “fuentes del Derecho”, suele utilizarse con una connotación no jurídica, en tanto que con ella se hace referencia a los factores políticos, sociales, económicos e históricos (factores extra-jurídicos o externos al Derecho) que, de hecho (causalmente), determinan el contenido de las normas jurídicas.¹⁷⁸ A estos factores se les conoce como “fuentes reales”, en oposición a “fuentes formales” que serían las suministradas por el propio derecho.

Pues bien, por cuanto hace a las fuentes del Derecho, en el sentido de las normas u ordenamientos que lo estructuran, habría que decir que el Derecho internacional se integra por *“los tratados internacionales, la costumbre internacional, los principios generales del derecho reconocidos por las naciones civilizadas, y como medio auxiliar a las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones.”*¹⁷⁹ Mientras que el Derecho interno se estructura con la ley, los principios generales del Derecho, la costumbre y la jurisprudencia.

Pero atendiendo al concepto fuente del Derecho, como proceso o instancia competente de donde surge el Derecho, el Derecho interno emana de la voluntad de un único Estado soberano, que dicta el Derecho de manera originaria, a través de sus órganos de autoridad constituidos, y no por delegación de nadie. A diferencia del Derecho internacional, que surge de la coordinación o pacto entre Estados soberanos. El principio *pacta sunt servanda* (lo pactado debe cumplirse) es la base de la obligatoriedad de todo tratado internacional.

¹⁷⁸ Véase OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. *El derecho constitucional consuetudinario*. 2ª reimp. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993. p. 32-35.

¹⁷⁹ Del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, artículo 38 punto 1, puede derivarse el sistema de fuentes del Derecho internacional. Dicho precepto establece: *“La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a) las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b) la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c) los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d) las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 59”*.

Y aunque el pacto de coordinación entre Estados soberanos ordinariamente se expresa en un tratado internacional, también puede ocurrir que los Estados se obliguen entre sí a través de “declaraciones tácitas de voluntad”, es decir, a través de Derecho internacional consuetudinario.¹⁸⁰ Y es en este punto en donde tendría cabida el denominado *jus cogens*, al cual se le puede considerar incluso como la fuente de mayor jerarquía del derecho internacional, toda vez que los tratados internacionales que lo contradigan, serán nulos.¹⁸¹ Entre las normas de *jus cogens* cabe citar las siguientes: prohibición de la tortura, privación arbitraria de la vida, prohibición de crímenes de lesa humanidad, acceso a la justicia, y en caso de conflictos armados la prohibición de ataques contra civiles.

Tomando en consideración lo anterior, el jurista alemán TRIEPEL en 1923 concluyó que el Derecho internacional público y el Derecho interno no solamente son ramas diferentes del Derecho sino que además se trata de dos sistemas jurídicos distintos.

“Se trata de dos círculos que están en contacto íntimo pero que nunca se sobreponen. Dado que el Derecho internacional y el Derecho interno no regulan las mismas relaciones, es imposible que haya jamás una concurrencia entre las fuentes de ambos sistemas jurídicos. Mientras que el Derecho privado o el Derecho penal de dos Estados pueden coincidir en la regulación de una misma situación de hecho, un conflicto similar entre el Derecho internacional y el Derecho interno sería imposible. De tal manera que resulta una contradicción hablar de asimilación del Derecho internacional con el Derecho interno y viceversa.”

En todo caso, lo que es posible es que una regla original de Derecho internacional se convierta en una norma de Derecho interno, pero siempre a través de una apropiación de las normas de Derecho internacional por parte de la legislación interna del Estado. La legislación interna podrá depender incluso de la norma de Derecho internacional, pero el contenido no será exactamente el mismo. No se trata entonces de una apropiación o recepción de las normas de Derecho internacional, sino más bien de una reproducción de la misma con posibles modificaciones. Un tratado internacional no sería entonces un medio de creación de Derecho interno, sino en todo caso una invitación a crear Derecho. Dicho

¹⁸⁰ GIACOMAN GIDI, Roberto. *Dualismo y Monismo: Dos modelos sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, 2013. p. 30.

¹⁸¹ Esto, según se desprende del artículo 53 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados:

“Artículo 53. Tratados que estén en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general (ius cogens). Es nulo todo tratado que, en el momento de su celebración, esté en oposición con una norma imperativa de derecho internacional general. Para los efectos de la presente Convención una norma imperativa de derecho internacional general es una norma aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter.”

*Derecho será creado por el Estado, por un acto particular de voluntad del Estado, totalmente distinta de la voluntad que ha creado las normas internacionales.*¹⁸²

En relación con los sujetos obligados, el dualismo considera que el Derecho internacional regula exclusivamente relaciones entre Estados, y sólo a éstos obliga. A diferencia del Derecho interno de cada país, que regula las relaciones entre individuos, entre estos y su respectivo Estado, e incluso las relaciones entre individuos de diversas nacionalidades.

El Derecho internacional obliga al Estado frente a otros Estados, y en caso de incumplimiento, se acude a la diplomacia o a los tribunales internacionales que ejercen la respectiva jurisdicción internacional. En el ámbito del Derecho interamericano, la jurisdicción internacional la ejerce la Corte IDH, a la cual pueden acudir los Estados o la Comisión IDH, mientras que los individuos sólo ante esta última pueden presentar quejas. Aunque las sentencias que dicta la Corte-IDH, lo mismo que las sentencias de todos los tribunales internacionales, no se pueden imponer coactivamente a sus destinatarios, en el caso de que éstos decidan no cumplir el fallo de manera voluntaria.

	DERECHO INTERNACIONAL	DERECHO INTERNO
<i>Fuente principal</i>	Tratados Internacionales	Ley
	" <i>pacta sunt servanda</i> "	Impuesta por el Estado soberano
<i>Otras Fuentes</i>	Principios generales- <i>jus cogens</i> , costumbre y jurisprudencia internacionales	Principios generales, costumbre y jurisprudencia
<i>Sujetos obligados</i>	Estado-Estado	Estado-Individuo
		Individuo-Individuo
<i>Jurisdicción</i>	Internacional	Constitucional/ Federal/Local
<i>Tribunales competentes</i>	Tribunales internacionales	Tribunales nacionales
<i>Coercibilidad</i>	Imperfecta	Perfecta

¹⁸² TRIEPEL, Heinrich. "Les rapports entre le Droit Interne et le Droit International". En : "Recueil des Cours. Academie de Droit International de la Haye.", 1923. Reseñado por GIACOMAN GIDI, Roberto. *Dualismo y Monismo: Dos modelos sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional...* ob.cit. p.31.

Por otra parte, los sujetos regulados por el Derecho interno, en caso de incumplimiento tienen acción para acudir a los tribunales nacionales, los cuales en ejercicio de una jurisdicción completa, conocerán del caso, llamarán a las partes a juicio, dictarán el Derecho aplicable, e impondrán la sentencia a los justiciables, incluso en contra de la voluntad de éstos.

Siendo otro rasgo que distinción, que Derecho internacional tiene una coercibilidad imperfecta, mientras que el Derecho interno es completamente coercitivo, pues para asegurar la observancia de éste, cada Estado soberano cuenta con el monopolio legítimo de la fuerza pública.

Ahora bien, a partir de considerar que el Derecho internacional y el Derecho interno, son dos órdenes normativos diferentes y autónomos entre sí, es que la perspectiva teórica del dualismo sostiene que para que las normas del Derecho internacional, resulten en el ámbito interno de los países, obligatorias para autoridades y gobernados, pudiendo éstos puedan acudir a los tribunales nacionales a exigir el respeto de sus derechos de fuente internacional; se requiere que las respectivas normas de Derecho internacional sean transformadas en Derecho interno, a través de la observancia de un proceso o ciertas reglas de recepción o incorporación.

Sin dejar de mencionar que hay ciertos tratados internacionales que no son susceptibles de incorporación, pues fueron suscritos para obligar sólo a los Estados. Por ejemplo, un tratado en materia de límites territoriales o un armisticio; tratados de los cuales sólo se desprenden obligaciones exigibles entre los Estados suscriptores.

Aunque también hay tratados internacionales cuya vocación es la de producir sus efectos en el ámbito interno de los países suscriptores, esto es, incorporarse al Derecho interno, como tal es el caso de los tratados internacionales relativos a derechos humanos, los cuales prácticamente no contienen obligaciones interestatales, sino compromisos que los Estados adquieren frente a sus respectivos gobernados.

En resumen. Para la perspectiva dualista, son ideas esenciales: La idea de que el Derecho internacional y el Derecho interno son diferentes y autónomos; y la idea de que aquél

requiere pasar por un proceso u obtener un estatus de “recepción” o “incorporación” al derecho nacional para ser obligatorio en el ámbito interno de los países.

2.2. Monismo: Los dualismo en el Derecho, no son jurídicos sino ideológicos

La teoría monista se fundamenta en gran medida en las ideas de KELSEN, quien considera que el Derecho debe ser analizado en estado “puro”, esto es, desprovisto de todos aquellos contenidos extra-jurídicos que lo contaminan.

Y una vez separado el Derecho de la Moral, de la política, de las ideologías, y de cualquiera otro contenido que no sea estrictamente jurídico; lo que KELSEN obtiene es una Teoría Pura del Derecho, o una teoría del Derecho “puro” en el cual no tienen cabida los dualismos que coexisten en un Derecho ideologizado. A partir de *“la unidad del conocimiento jurídico, (KELSEN) deriva su rechazo a los dualismos en la teoría del Derecho.”*¹⁸³

Entre los dualismos en el Derecho, que KELSEN combate, están los siguientes:

El dualismo Estado – Derecho, en donde aquél es la entidad soberana que es creadora de éste; lo ataca KELSEN para proponer en su lugar la unidad Estado/Derecho, toda vez que el Estado no existe sin Derecho y viceversa, sin que pueda decirse que uno es la obra del otro. Simplemente se trata de la misma cosa.

*“El Estado no es un grupo de individuos que viven bajo un ordenamiento que regula su conducta, es el mismo ordenamiento que regula la conducta de estos individuos. Y esos individuos pertenecen a un grupo, a una comunidad, sólo en la proporción que su conducta mutua es regulada por un ordenamiento. Sin este orden serían una masa caótica, sin estructura.”*¹⁸⁴

El dualismo Derecho objetivo - Derecho subjetivo, también lo combate KELSEN afirmando que es un producto ideológico; ya que afirmar que los derechos subjetivos surgen primero, especialmente el de propiedad, y sólo después *“se les añade el Derecho objetivo como orden del Estado, para reconocer, proteger y garantizar los Derechos subjetivos que han surgido independientemente de*

¹⁸³ GIACOMAN GIDI, Roberto. *Dualismo y Monismo...* ob. cit. p. 43.

¹⁸⁴ KELSEN, Hans. *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. ACOSTA, Florencio (Trad.). México, Fondo de Cultura Económica, 1986. p. 99.

dicho orden”;¹⁸⁵ es una noción que cumple una función ideológica. Sirve para afirmar implícitamente que el Derecho objetivo que produce el Estado, tiene como materia indisponible a esos derechos subjetivos de las personas, y así se cumple con la importante función de “*proteger la institución de la propiedad privada frente a la posibilidad de su abolición por el ordenamiento jurídico*”.¹⁸⁶

“*Este encubrimiento ideológico, que Kelsen desenmascara muy bien, también se presenta en otro dualismo similar que es el de Derechos reales y Derechos personales.*”¹⁸⁷

“*La relación de propiedad es definida como el dominio exclusivo de una persona sobre una cosa, y así se la separa de los Derechos de crédito, que constituyen el fundamento de las relaciones jurídicas meramente personales. Se la mantiene a pesar de que, frente a ella, constantemente se plantea la objeción de que el dominio jurídico de la persona sobre la cosa consiste en una relación jurídica del sujeto con los demás sujetos, en virtud de la cual estos tienen el deber de no interferir en las facultades que el propietario tiene sobre la cosa; en otros términos, la propiedad consiste en la posibilidad jurídica que el propietario tiene de excluir a los demás del disfrute de la cosa. Esta objeción es, evidentemente, correcta, puesto que al concebir la propiedad como una relación entre persona y cosa se está encubriendo su función decisiva desde la perspectiva socioeconómica, una función que la teoría socialista —con razón o sin ella... califica de ‘explotación’, una función que en todo caso consiste en la relación entre el propietario y todos los demás sujetos, que quedan excluidos del acceso a la cosa y se ven obligados por el Derecho objetivo a respetar el poder exclusivo de disposición que tiene sobre ella el propietario.*”¹⁸⁸

Otro dualismo que KELSEN cuestiona es el que distingue entre soberanía interna y soberanía externa, a las cuales él también denomina como “soberanía de Derecho interno” y “soberanía de Derecho internacional”.¹⁸⁹

Para KELSEN la idea de que el Estado “sólo” sea un poder “supremo” en el interior, mientras que en el exterior sea únicamente “independiente”, por ser un poder coordinado con los restantes Estados situados fuera de su esfera, es una idea inverificable, y al mismo tiempo contradictoria, pues sólo podrá decirse que los Estados son iguales y se están coordinados, en la medida en que halla un Derecho internacional que precisamente coordine a los Estados, es

¹⁸⁵ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica*. ROBLES, Gregorio y SÁNCHEZ, Félix (Trads.) Madrid, Editorial Trotta, 2011. p. 68.

¹⁸⁶ *Ibidem*. p. 70-71.

¹⁸⁷ GIACOMAN GIDI, Roberto. *Dualismo y Monismo...* ob. cit. p.55

¹⁸⁸ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho. Introducción a los problemas de la ciencia jurídica...*ob.cit. p. 70.

¹⁸⁹ KELSEN, Hans. *Teoría General del Estado*. LEGAZ LACAMBRA, Luis (Trad.). Granada, Editorial Comares, 2002. p. 176.

decir, siempre y cuando se admita la existencia un Derecho “*que está situado sobre ellos y les obliga recíprocamente, especialmente a guardar los pactos*”.¹⁹⁰ Por lo tanto, el fundamento de validez de un tratado internacional entre dos o más Estados no es “su propia voluntad”, sino “*la voluntad del Derecho internacional, de la comunidad jurídica internacional, traducida en la norma pacta sunt servanda*”.¹⁹¹

Para KELSEN, presentar a la soberanía como superioridad ilimitable, no es otra cosa sino “*presentar como lógicamente imposible aquello que, en realidad, sólo es políticamente indeseado porque se opone a ciertos intereses*”.¹⁹² De hecho, lo mismo se decía respecto de la soberanía en el Siglo XVIII cuando ésta se personificaba en el Rey, y no obstante lo cual ahora en el Siglo XXI es evidente que en los países de monarquía constitucional el poder del Rey se encuentra claramente acotado.

En resumen. Al Derecho internacional no se le puede separar del Derecho interno, en razón de que aquél sea producto de una soberanía externa que sea diversa a la soberanía interna que produce el Derecho interno; ni en razón de que aquél sea producto de un pacto entre entes o “personas” estatales, a diferencia del Derecho interno que es creado unilateralmente por el Estado. Pues como ya se dijo, desde la perspectiva kelseniana no hay diversos tipos de soberanías, ni tampoco puede hablarse del Estado y del Derecho, como si se tratara del autor y su obra. Al Derecho internacional no se le puede separar del Derecho interno invocando para ello dualismos que sólo son postulados ideológicos.

En todo caso, la única diferencia entre el Derecho internacional y el Derecho interno, estriba en el grado de descentralización de los órganos que los producen.

El Derecho internacional se produce por el acuerdo directo entre los Estados contratantes. No hay por lo tanto ningún órgano especializado con competencia para producir ese Derecho. Por esto, KELSEN lo equipara al Derecho de las sociedades primitivas, que también era producido “*en una etapa de amplia descentralización*”,¹⁹³ directamente “*por medio de los*

¹⁹⁰ *Ibidem.* p.188.

¹⁹¹ *Ídem.*

¹⁹² KELSEN, Hans. *La paz por medio del derecho.* ECHÁVARRI, Luis (Trad.). Argentina, Losada, 1946. p. 80.

¹⁹³ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho...*ob. cit. p. 325.

miembros mismos de la comunidad jurídica, y no a través de un órgano legislativo particular".¹⁹⁴ El Derecho interno en cambio, se produce de manera "centralizada", no por sus propios destinatarios, sino por órganos legislativos competentes, especializados en la producción de leyes.

2.3. Monismo: Derecho interno e internacional integran un único Derecho y comparten rasgos comunes

Ahora bien, desprovistos de las nociones ideológicas que impiden el análisis "puro" del Derecho, lo que resulta es que el Derecho interno y el Derecho internacional forman parte de un único Derecho; e inclusive se advierte entre ellos, rasgos comunes en cuanto a fuentes, sujetos obligados y coercibilidad, además de que tampoco hay obstáculo para que los tribunales nacionales puedan ser garantes en el ámbito interno de la vigencia de ambos tipos de Derecho.

Por cuanto hace a las fuentes del Derecho, KELSEN opina que estas son muy similares tanto en el Derecho nacional como en el Derecho internacional:

*"Como la legislación internacional y la creación del Derecho por la vía judicial sólo son posibles sobre la base de un tratado, y la fuerza obligatoria de los tratados descansa en una regla del Derecho internacional consuetudinario, puede decirse que la fuente primaria (en el sentido de método de creación jurídica) del Derecho internacional está constituida por el tratado y por la costumbre, en tanto que la fuente primaria del Derecho nacional puede ser la costumbre o la legislación".*¹⁹⁵

Así, lo único que es diferente es que la creación de las normas de Derecho internacional involucra la cooperación de dos o varios Estados, mientras que para la producción de las normas de Derecho nacional, sólo se requiere la intervención de los órganos de un solo Estado. Lo cual, para KELSEN no constituye una razón suficiente para afirmar que estas normas de distinto origen constituyan ámbitos normativos autónomos entre sí, pues incluso *"la diferencia entre la costumbre y la legislación es mucho más grande que la que existe entre un tratado internacional y un contrato en el Derecho nacional"*,¹⁹⁶ y no obstante lo cual el mismo orden jurídico nacional contiene normas de origen consuetudinario y de origen legislativo.

¹⁹⁴ Ídem.

¹⁹⁵ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo (Trad.). México. UNAM, 1995. p. 386.

¹⁹⁶ KELSEN, Hans. *Teoría del Derecho y del Estado*...ob. cit. p. 386.

En relación con los sujetos del Derecho internacional y del Derecho nacional, KELSEN no acepta la idea de que aquél tiene como sujetos a los Estados, mientras que éste regula relaciones entre individuos y entre individuos y autoridades nacionales.

Para KELSEN, *“el comportamiento de un Estado se reduce al comportamiento de los individuos que lo representan”*.¹⁹⁷ De tal manera que *“cuando se dice que el Derecho internacional obliga y faculta a los Estados, ello no significa que no obligue y faculte a individuos humanos; quiere decir que obliga y faculta a los individuos que tienen el carácter de órganos estatales.”*¹⁹⁸ De hecho, todas las normas jurídicas están orientadas a regular conductas humanas.

E incluso más. Hay ciertos casos en que el Derecho internacional tiene como destinatarios directos a las personas físicas, como por ejemplo cuando prohíbe la piratería y el contrabando de guerra.

La diferencia que existe entre los sujetos del Derecho internacional y del Derecho nacional, equivale a la que existe entre las “personas jurídicas colectivas” y las “personas físicas”. Pues para KELSEN, el Estado como sujeto de Derecho internacional es precisamente una persona jurídica colectiva. Y el Derecho internacional al regular al Estado, en realidad lo que hace es regular la conducta de las personas que los representan. Y no hay ningún impedimento de carácter lógico o jurídico para considerar que dos ramas del Derecho puedan regular la conducta de los mismos individuos, puesto que se trata de personas jurídicas diferentes.

Tampoco puede aceptarse, considera KELSEN, que el Derecho internacional se distinga del nacional, porque sólo éste sea coercible o coactivo, pues la desobediencia del Derecho internacional también puede dar lugar a consecuencia de coercitividad, como tal es el caso de las represalias diplomáticas o económicas, o incluso a la guerra. *“La guerra está prohibida en principio y sólo se permite como sanción, es decir, como reacción en contra de un acto antijurídico”*.¹⁹⁹

¹⁹⁷ *Ibidem.* p. 383.

¹⁹⁸ *Ibidem.* p. 360.

¹⁹⁹ *Ibidem.* p. 358.

Tan pueden ser considerados como ramas de un único Derecho, que el Derecho internacional y el Derecho nacional pueden ser aplicados por los tribunales nacionales pues estos pueden ejercer de manera concurrente un control de convencionalidad y un control de constitucionalidad/legalidad. Sin que la existencia de tales contradicciones o conflictos normativos entre ambos Derechos, signifique que éstos constituyan órdenes normativos autónomos, pues los conflictos normativos son ordinarios dentro del Derecho y dentro de éste tiene previstas reglas sustantivas y procesales para su resolución.²⁰⁰ Los tribunales internacionales también deben considerar al Derecho interno, y deben preferir a éste cuando consigne normas más favorables para los derechos humanos.

Esto es, cuando en un Estado se aprueba una ley que es contraria al Derecho internacional, y sin embargo éste no deja de tener fuerza obligatoria; tal situación no representa una contradicción lógica como sugieren los dualistas. Más bien se trata de un conflicto normativo ordinario, que en nada afecta la unidad del ordenamiento jurídico. Sobre esto KELSEN opina que si una norma no es conforme con a otra superior, esto implica que la norma inferior puede ser “*abrogada conforme a un procedimiento distinto del normal*”.²⁰¹ Pero mientras esta norma inferior no sea declarada inválida por la autoridad competente, entonces “*conserva su carácter de norma válida*”.²⁰²

Y así como el hecho de que existan leyes anticonstitucionales no afecta a la unidad del orden jurídico nacional, así “*la posibilidad de un Derecho nacional ‘violatorio del Derecho internacional tampoco afecta a la unidad del sistema jurídico que comprende a ambos*”.²⁰³

Ahora bien, “*la teoría monista presenta dos modalidades según la jerarquía que se otorga a las normas de uno y otro órdenes jurídicos: una que sostiene la primacía del derecho interno, el cual prevalece sobre el derecho internacional en caso de conflicto ya que reduce éste a una parte de aquél (monismo interno)... La*

²⁰⁰ Son criterios sustantivos aplicables a la resolución de conflictos normativos, los siguientes: la norma de mayor jerarquía prevalece sobre la de menor jerarquía, la posterior sobre la anterior, y la especial sobre la general. Son vías procesales en las que tales conflictos pueden plantearse para su resolución en México: el juicio de amparo contra leyes, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, y en general todos los procesos judiciales ordinarios en los que se puede ejercer el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad de normas generales.

²⁰¹ KELSEN, Hans. *Teoría del Derecho y del Estado*...ob. cit. p. 391.

²⁰² Ídem.

²⁰³ Ibídem. p. 393.

*otra modalidad coloca al derecho internacional por encima del interno, y considera que aquél es superior a éste (monismo internacional).*²⁰⁴

Siendo interesante destacar que el monismo interno es propio de los regímenes nacionalistas, y un seguidor eminente es GEORGE JELLINEK.²⁰⁵ Mientras que respecto del monismo Entre otros seguidores de esta modalidad están KELSEN, KUNS VERDROSS, SCELLE, LAUTERPACHT y muchos más.²⁰⁶

En el monismo interno, si las normas del Derecho internacional “*sólo son consideradas válidas cuando, mediante su reconocimiento, se han convertido en parte integrante de un orden jurídico estatal, tendremos que su último fundamento de validez está dado por la norma fundante básica presupuesta de ese orden jurídico, y, por lo tanto, la unidad del Derecho internacional y del Derecho estatal no proviene de la primacía del orden jurídico internacional, sino que se funda en la primacía del orden jurídico del Estado particular*”.²⁰⁷

Desde esta perspectiva, la obligatoriedad de los tratados, en la medida en que deriva de la cláusula constitucional de Derecho interno que los reconoce como obligatorios; entonces bastaría que dicha cláusula fuera derogada para que los tratados internacionales dejaran de ser válidos como Derecho en el orden interno de los Estados.

Sobre esto es interesante advertir que en opinión de KELSEN, la postura del monismo interno “*su propósito real no es tanto afirmar la independencia recíproca del Derecho nacional y el Derecho internacional, sino más bien defender la idea de la soberanía del Estado*”.²⁰⁸

En el monismo internacional, el Derecho internacional se erige como “*un orden jurídico totalitario superior a los Estados, que delimita los respectivos ámbitos de validez, que a todos coordina y a todos comprende como órdenes parciales*”.²⁰⁹

²⁰⁴ PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Tratados. Legislación y práctica ...* ob. cit. p. 185

²⁰⁵ Ídem.

²⁰⁶ Ídem.

²⁰⁷ KELSEN, Hans. *Teoría pura del derecho.* ob. cit. p. 337.

²⁰⁸ *Ibidem.* p. 336.

“No obstante, la tesis aceptable para Kelsen es la de la construcción de la primacía del Derecho internacional en la medida en que constituye una tesis objetivista, pues la tesis contraria terminaría negando la existencia del Derecho internacional y la esencia misma del Derecho. Para Kelsen, la opción por la primacía del Derecho internacional es también una forma de elegir un modelo que favorece una visión universalista de la humanidad y no imperialista, un modelo que tiende al pacifismo y no a la confrontación. Pero precisamente porque estas son elecciones relativas a lo ético o lo político, Kelsen no la defiende desde un punto de vista estrictamente jurídico sino exclusivamente como una preferencia ideológica o política.”²¹⁰

3. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES DE INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, EN EL DERECHO COMPARADO

Para el sistema dualista, adoptado por ejemplo en los Estados Unidos de América, para que una norma de Derecho internacional sea incorporada al Derecho interno, no basta su aprobación por el respectivo país, sino que además se requiere que la referida norma sea expresamente recogida o incorporada en las leyes de aquél; y mientras esto no ocurra, sólo le será exigible al Estado por parte de otros Estados u organismos internacionales, pero no por sus propios gobernados actuando en los tribunales nacionales.

En cambio, para el sistema monista, adoptado en México y la mayor parte de los países del continente americano, con excepción de los Estados Unidos de América²¹¹, los tratados internacionales una vez aprobados por las instancias competentes y conforme a los procedimientos establecidos en cada país (en el caso de México, celebrados por el Presidente de la República, aprobados por el Senado, y publicados en el Diario Oficial de la Federación), pasan a formar parte del Derecho interno, exigible en sus tribunales nacionales.

Sin embargo, no todos los países con sistemas monistas, incorporan a los tratados internacionales en idénticos términos. Algunos lo hacen más de conformidad con un monismo interno, otros con un monismo internacional; depende de las cláusulas constitucionales que cada país establezca.

²⁰⁹ *Ibidem.* p. 207.

²¹⁰ GIACOMAN GIDI, Roberto. *Dualismo y Monismo...* ob. cit. p. 108.

²¹¹ Excepción ésta que no es categórica, pues la Suprema Corte Americana ha sostenido en ciertas ocasiones, posturas “monistas”. Lo cual, por cierto, es un elemento más que contribuye a la crítica que suele hacerse a los Estados Unidos, en el sentido de que son ambiguos con sus compromisos internacionales.

3.1. Tipología de las cláusulas constitucionales de incorporación de tratados internacionales.

Desde la perspectiva de Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, indudablemente que el Derecho internacional es superior al Derecho interno de cada país. Así lo dispone expresamente esta Convención en su artículo 27, punto 1, en los siguientes términos: “*Un Estado parte en un tratado no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.*”

Sin embargo, no se ha logrado un consenso en torno a cuál es o debe ser la jerarquía de las normas del Derecho internacional en su dimensión interna, esto es, en su carácter de normas pertenecientes o incorporadas de Derecho interno de cada país.

Los países con sistemas dualistas, resuelven este tema dándole a cada norma de Derecho internacional, la jerarquía que le corresponde a la específica ley que la recoge o incorpora al Derecho interno. De tal manera que aquélla, que originalmente está prevista en un tratado internacional, tendrá dentro del país, la jerarquía que le corresponde a la norma constitucional, federal o local, en donde quede finalmente expresada.

Los países con sistema monista, soberanamente han establecido, ya sea en texto constitucional expreso o en jurisprudencia, fórmulas diferentes: algunos consignan para las normas del Derecho internacional, una jerarquía supra constitucional, otros una igual a la de su Constitución nacional, y otros una infra constitucional, aunque superior a las leyes ordinarias.

SISTEMAS NACIONALES DE INCORPORACIÓN DE TRATADOS INTERNACIONALES	JERARQUÍA NORMATIVA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES INCORPORADOS
Monista	<ul style="list-style-type: none">• <i>Supra Constitucional.</i> Ej. Guatemala, en tratados en materia de derechos humanos.• <i>Constitucional.</i> Ej. Argentina, en tratados en materia de derechos humanos.• <i>Supra Legal.</i> Ej. México en tratados que no sean en materia de derechos humanos.
Dualista	A cada norma de derecho internacional le corresponde la jerarquía de la específica ley que la recoge o incorpora al Derecho interno.

La tendencia internacional es más en el sentido de asignarles a los tratados internacionales en materia de derechos humanos una jerarquía suprema pero equiparable a la de la Constitución. Y para AYALA CORAO A nivel latinoamericano, el inicio de esta tendencia se sitúa en la Constitución peruana de 1979, que les otorgó una jerarquía constitucional, continuando con las constituciones de países como Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Paraguay y República Dominicana.²¹²

Aunque FERRER también destaca el caso de los ordenamientos constitucionales que “otorgan jerarquía supraconstitucional, a los instrumentos internacionales en derechos humanos, en la medida en que sean más favorables en la protección de los derechos, como se establece en las nuevas Constituciones de Bolivia (artículo 256.1), Ecuador (artículo 24), Venezuela (artículo 23) o a través del dinamismo jurisprudencial de Costa Rica”²¹³ cuya Sala Constitucional estableció que los derechos previstos en los tratados internacionales “priman sobre la Constitución” en la medida en que otorguen mayores derechos o garantías.²¹⁴

Entre las cláusulas constitucionales que establecen que los tratados internacionales en materia de Derecho de los derechos humanos, tienen jerarquía superior sobre el derecho interno, está la que Guatemala prevé en el artículo 46 de su Carta Magna, en los siguientes términos:²¹⁵

“Artículo 46.- Preeminencia del Derecho Internacional.

²¹² AYALA CORAO, C. M., *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. En: MÉNDEZ SILVA, R. (Coord.). *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y coeds. 2002, p. 89.

²¹³ FERRER MAC-GREGOR, E. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. En: CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (Coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011. p. 356.

²¹⁴ Es el caso Filman, resuelto por la sentencia 345-92, que se reseña en el apartado final de este Capítulo.

²¹⁵ Aunque este Artículo 46 también ha sido interpretado en el sentido de que la preeminencia del Derecho internacional sobre el “derecho interno”, es sólo respecto de las leyes secundarias, no así sobre la Constitución. Esto, tomando en cuenta lo dispuesto en el siguiente precepto de la misma Constitución de Guatemala: “Artículo 204.- Condiciones esenciales de la administración de justicia. Los tribunales de justicia en toda resolución o sentencia observarán obligadamente el principio de que la Constitución de la República prevalece sobre cualquier ley o tratado.”

Se establece el principio general de que en materia de derechos humanos, los tratados y convenciones aceptados y ratificados por Guatemala, tienen preeminencia sobre el derecho interno.”

También Colombia establece una cláusula constitucional que reconoce la preeminencia de los tratados internacionales en materia de derechos humanos, sobre cualquier norma de Derecho interno.

“Artículo 93º.- Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

Argentina por su parte, es un modelo de un país que a los tratados internacionales los ubica con una jerarquía inferior a la Constitución, pero superior a las demás leyes. Salvo ciertos tratados internacionales en materia de derechos humanos, para los cuales prevé una jerarquía igual a la Ley Suprema, pero sin derogar ésta. Así se desprende de los artículos 31 y 75, fracción 22, de su Carta Magna.

“Artículo 31.- Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ella, no obstante cualquiera disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados ratificados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859.”

“Artículo 75.- Corresponde al Congreso...

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos humanos; la Convención-ADH; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Crueles, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

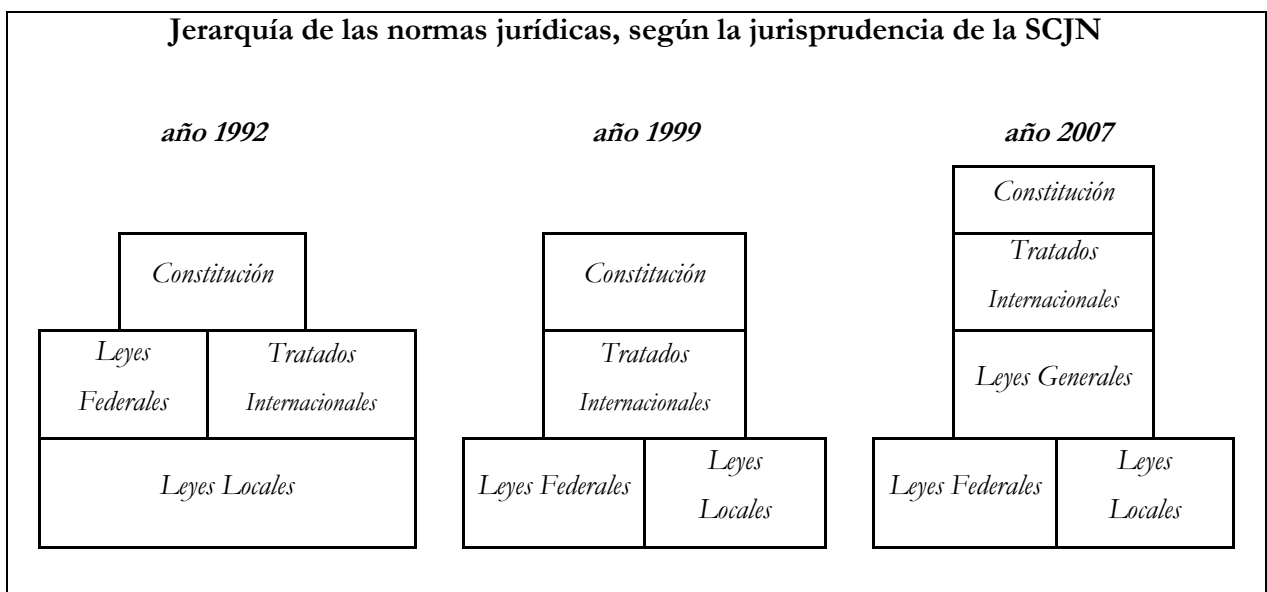
Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

3.2. El modelo mexicano de incorporación y jerarquía de los tratados internacionales, previo a la reforma de 2011

La jerarquía de las normas jurídicas en México, hasta antes de la reforma constitucional de 2011, claramente estaba determinada sólo por el artículo 133 constitucional, el cual en su primer párrafo literalmente establece:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de la Unión...”

Aunque este precepto ha sido interpretado por la SCJN, de diversas maneras a lo largo del tiempo. Hasta el 2011, la jurisprudencia fue consistente en afirmar que la Constitución federal es la norma suprema del Estado mexicano, y que por debajo de ella – pues su validez se encuentra condicionada a su conformidad con la Constitución –, se encuentran los tratados internacionales y las leyes que emanen del Congreso de la Unión, así como las leyes locales. Pero el tema en el cual la jurisprudencia no fue muy consistente, fue el relativo a ubicar en qué posición jerárquica, por debajo de la Constitución, se encuentran los tratados internacionales, las leyes generales y las federales.



En jurisprudencia del año de 1992, la Suprema Corte consideró que el ya citado artículo 133 de la Carta Magna, al establecer “*las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución*”, en realidad se refiere a las leyes federales, a las cuales por lo tanto las ubicó con la misma jerarquía que los tratados internacionales, esto es, en un segundo nivel inmediatamente debajo de la Constitución.

“LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional”²¹⁶.

En el año de 1999, la Suprema Corte de Justicia en una nueva reflexión, varió el criterio anterior, para establecer que a los tratados internacionales debía reconocérseles una jerarquía superior a la de las leyes federales, pero manteniéndose en un nivel inferior respecto de la Constitución.

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión “... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...” parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de “leyes constitucionales”, y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local. Esta interpretación del artículo 133 constitucional, deriva de que estos compromisos internacionales son asumidos por el Estado mexicano en su conjunto y comprometen a todas sus autoridades frente a la comunidad internacional; por ello se explica que el Constituyente haya facultado al presidente de la República a suscribir los tratados internacionales en su calidad de jefe de Estado y, de la misma manera, el Senado interviene como representante de la voluntad de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades. Otro aspecto importante para considerar esta jerarquía de los tratados, es la relativa a que en esta materia no existe limitación competencial entre la Federación y las entidades federativas, esto es, no se toma en cuenta la competencia federal o local del

²¹⁶ Tesis Aislada P. C/92. Pleno de la SCJN. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Volumen 60, Diciembre de 199, p. 27. Registro 205596.

contenido del tratado, sino que por mandato expreso del propio artículo 133 el presidente de la República y el Senado pueden obligar al Estado mexicano en cualquier materia, independientemente de que para otros efectos ésta sea competencia de las entidades federativas. Como consecuencia de lo anterior, la interpretación del artículo 133 lleva a considerar en un tercer lugar al derecho federal y al local en una misma jerarquía en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual ordena que "Las facultades que no están expresamente concedidas por esta Constitución a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los Estados.". No se pierde de vista que en su anterior conformación, este Máximo Tribunal había adoptado una posición diversa en la tesis P. C/92, publicada en la Gaceta del Semanario Judicial de la Federación, Número 60, correspondiente a diciembre de 1992, página 27, de rubro: "LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA."; sin embargo, este Tribunal Pleno considera oportuno abandonar tal criterio y asumir el que considera la jerarquía superior de los tratados incluso frente al derecho federal"²¹⁷.

Es interesante advertir que la Suprema Corte, al resolver en el año de 1999, el Amparo en Revisión 1475/98 del cual se derivó la tesis antes citada, también incluyó un interesante razonamiento *obiter dictum*, sobre una posible jerarquía constitucional de los tratados internacionales de derechos humanos, en aquellos supuestos en los que ampliaran en ámbito de protección de los derechos:

"Puede darse el caso de convenios internacionales que amplíen las garantías individuales o sociales y que por no estar dentro de las normas constitucionales no podrían ser aplicadas a nuestro derecho. En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar y en función de ella atender a la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar la esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales."²¹⁸

Finalmente el criterio vigente data del 2007, año en el cual la Suprema Corte en tres diversas Tesis Aisladas, hizo las siguientes precisiones en torno a la jerarquía de las normas pertenecientes al Derecho mexicano:

- a) El artículo 133, al hablar de *"las leyes del Congreso de la Unión que emanen de la Constitución"*, no se refiere a las leyes federales, sino a las generales, a las cuales cabe considerar como normas materialmente constitucionales, pues distribuyen atribuciones entre los diversos ámbitos normativos y de gobierno;

²¹⁷ Tesis Aislada P. LXXVII/99. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, Noviembre de 1999, p. 46. Registro 192867.

²¹⁸ Pleno de la SCJN. Sentencia recaída al Amparo en Revisión 1475/98, Considerando Octavo.

- b) Tanto las leyes generales como los tratados internacionales, deben ubicarse jerárquicamente debajo de la Constitución, pero por sobre las leyes federales y locales;
- c) Entre las leyes generales y los tratados internacionales, debe reconocerse que estos tienen una jerarquía mayor.

“LEYES GENERALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La lectura del precepto citado permite advertir la intención del Constituyente de establecer un conjunto de disposiciones de observancia general que, en la medida en que se encuentren apegadas a lo dispuesto por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, constituyan la "Ley Suprema de la Unión". En este sentido, debe entenderse que las leyes del Congreso de la Unión a las que se refiere el artículo constitucional no corresponden a las leyes federales, esto es, a aquellas que regulan las atribuciones conferidas a determinados órganos con el objeto de trascender únicamente al ámbito federal, sino que se trata de leyes generales que son aquellas que pueden incidir válidamente en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano. Es decir, las leyes generales corresponden a aquellas respecto a las cuales el Constituyente o el Poder Revisor de la Constitución ha renunciado expresamente a su potestad distribuidora de atribuciones entre las entidades políticas que integran el Estado Mexicano, lo cual se traduce en una excepción al principio establecido por el artículo 124 constitucional. Además, estas leyes no son emitidas motu proprio por el Congreso de la Unión, sino que tienen su origen en cláusulas constitucionales que obligan a éste a dictarlas, de tal manera que una vez promulgadas y publicadas, deberán ser aplicadas por las autoridades federales, locales, del Distrito Federal y municipales²¹⁹.”

“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales²²⁰.”

“TRATADOS INTERNACIONALES. SON PARTE INTEGRANTE DE LA LEY SUPREMA DE LA UNIÓN Y SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES GENERALES, FEDERALES Y LOCALES. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. La interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite

²¹⁹ Tesis Aislada P. VII/2007. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Abril de 2007, p. 5. Registro 172739.

²²⁰ Tesis Aislada P. VIII/2007. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXV, Abril de 2007, p. 6. Registro 172667.

identificar la existencia de un orden jurídico superior, de carácter nacional, integrado por la Constitución Federal, los tratados internacionales y las leyes generales. Asimismo, a partir de dicha interpretación, armonizada con los principios de derecho internacional dispersos en el texto constitucional, así como con las normas y premisas fundamentales de esa rama del derecho, se concluye que los tratados internacionales se ubican jerárquicamente abajo de la Constitución Federal y por encima de las leyes generales, federales y locales, en la medida en que el Estado Mexicano al suscribirlos, de conformidad con lo dispuesto en la Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados entre los Estados y Organizaciones Internacionales o entre Organizaciones Internacionales y, además, atendiendo al principio fundamental de derecho internacional consuetudinario "pacta sunt servanda", contrae libremente obligaciones frente a la comunidad internacional que no pueden ser desconocidas invocando normas de derecho interno y cuyo incumplimiento supone, por lo demás, una responsabilidad de carácter internacional²²¹."

Siendo también muy notable que la Suprema Corte al resolver en el año 2007, el Amparo en Revisión 120/2002 que motivó las tesis antes citadas, otra vez en razonamiento *obiter dictum*, expresó la posibilidad de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos pudieran llegar a tener jerarquía constitucional.

"(...) esta Suprema Corte no se ha pronunciado respecto a la jerarquía de aquellos tratados internacionales cuyo contenido esté referido a derechos humanos, caso en el cual, pudiera aceptarse que la jerarquía de éstos corresponda a la de la Constitución Federal misma, al concebirse dichos instrumentos internacionales como una extensión de lo previsto por ésta"²²²

Tiene también importancia en lo que respecta al tema, el pronunciamiento jurisprudencial que expresa que todas las normas de la Constitución, son de la misma jerarquía. Criterio con base en el cual resulta imposible declarar la inconstitucionalidad de un precepto de la propia Constitución.

"CONSTITUCION, TODAS SUS NORMAS TIENEN LA MISMA JERARQUIA Y NINGUNA DE ELLAS PUEDE DECLARARSE INCONSTITUCIONAL. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución de la República todos sus preceptos son de igual jerarquía y ninguno de ellos prevalece sobre los demás, por lo que no puede aceptarse que algunas de sus normas no deban observarse por ser contrarias a lo dispuesto por otras. De ahí que ninguna de sus disposiciones pueda ser considerada inconstitucional. Por otro lado, la Constitución únicamente puede ser modificada o adicionada de acuerdo con los procedimientos que ella misma establece."²²³

²²¹ Tesis Aislada P. IX/2007. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Abril de 2007, p. 6. Registro 172650.

²²² Pleno de la SCJN. Sentencia recaída al Amparo en Revisión 120/2002, Considerando Segundo.

²²³ Tesis Aislada XXXIX/90. Pleno de la SCJN. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo V, Primera Parte, Enero a Junio de 1990, p. 17. Registro 205882.

Así, resulta evidente que México, hasta antes de la reforma de 2001, siempre ha consignado en su Constitución, una clausula de incorporación o recepción de tratados internacionales, de tipo monista interno o supra legal. Esto es, una clausula constitucional que a los tratados internacionales los incorpora al derecho interno dándoles preminencia sobre las leyes, pero no sobre la Constitución.

4. ANTAGONISMOS ENTRE LAS DIRECTIVAS DUALISTA Y MONISTA

Como se ha sostenido a lo largo de este trabajo, las ideas teóricas tienen consecuencias jurídicas prácticas.

4.1. Consecuencias de la directiva dualista

En el caso de la teoría dualista, las principales consecuencias de la separación que plantea entre Derecho internacional y Derecho interno, son las siguientes:

Siendo diversos y autónomos entre sí, los ámbitos normativos internación e interno, entonces:

- a) Las normas jurídicas de uno de estos ámbitos, no pueden determinar la validez de las normas del otro orden;
- b) Es imposible que existan los conflictos entre normas pertenecientes a los diversos ámbitos internacional e interno;
- c) Para que una norma del ámbito internacional sea obligatoria en el ámbito interno, requiere ser incorporada o transformada en una norma de Derecho interno.

4.1.1. Validez autónoma de las normas

Para ANZILOTTI, quien fue Juez del Tribunal Internacional de Justicia durante toda la existencia de éste (1928-1946), el hecho de que Derecho internacional y Derecho interno sean órdenes normativos autónomos, implica que cada norma únicamente tiene carácter

jurídico en el orden de que forma parte.²²⁴ De esta forma, las condiciones de validez y la duración de las normas internacionales dependen exclusivamente del Derecho internacional, y las condiciones de validez y la duración de las normas internas dependen exclusivamente del Derecho interno.

En el mismo sentido, TRIEPEL opina:

*“Es imposible considerar la fuente del Derecho internacional superpuesta a la de Derecho interno. Únicamente se puede hablar de validez o invalidez de una norma jurídica, a condición de que la fuente superior que decide sobre la existencia o no existencia de una norma jurídica, se encuentre en relación inmediata con los sujetos a los que dicha norma hace referencia. De esta forma, una norma estatal no puede estar dotada de validez por el Derecho internacional, porque los sujetos del Estado no son los sujetos del Derecho internacional.”*²²⁵

Así, desde la perspectiva dualista la disconformidad o contradicción entre una norma de Derecho internacional y una norma de Derecho interno, no se traduce en la invalidez de ninguna de tales normas. En consecuencia, *“la ley interna que es contraria al Derecho internacional obliga a los sujetos tanto como si estuviera conforme al Derecho internacional. En el caso de los funcionarios públicos, especialmente los jueces, éstos están obligados a aplicar el Derecho interno aunque sea contrario al Derecho internacional.”*²²⁶

4.1.2. Conflictos normativos inexistentes

Otra consecuencia de considerar que el Derecho internacional y el nacional, son órdenes normativos autónomos, con diverso objeto, sujetos y campo de aplicación; es la idea dualista de que un acto o norma será válido en el orden interno cuando sea conforme con el Derecho nacional, no obstante que sea contrario al Derecho internacional. Pues la legalidad o validez conforme al Derecho nacional, no se pierde en razón de una invalidez o ilegalidad dictada por el Derecho internacional.

²²⁴ ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional*. López Olivan, Julio (Trad.) Madrid, Editorial Reus, 1935, p. 480. Citado por GIACOMAN GIDI, Roberto. *Dualismo y Monismo...* ob.cit. p. 35.

²²⁵ TRIEPEL, Heinrich. *Droit International et Droit Interne*. Brunet, René (Trad.) Paris, Bibliotheque Francaise de Droit des Gens de la Fondation Carnegie, 1920. p. 104. Citado por GIACOMAN GIDI, Roberto. *Dualismo y Monismo...* ob. cit. p. 36.

²²⁶ Ídem.

Esto, en palabras de ANZILOTTI, equivaldría a que un contrato pueda ser válido en el orden jurídico italiano, pero nulo respecto del orden jurídico francés. Es decir, “[n]o existe el conflicto de normas, sino, simplemente, diversidad de apreciación del mismo hecho en órdenes jurídicos diferentes”²²⁷.

*“Aunque se reconoce que un acto interno contrario a una norma internacional, si bien no es ilegal, puede ser el origen de una responsabilidad internacional y el Estado debe reparar los perjuicios. Incluso, para algunos autores, los dos órdenes jurídicos son indiferentes ente sí y el único punto de contacto es la responsabilidad internacional.”*²²⁸

4.1.3. La recepción o incorporación del Derecho internacional al Derecho interno

La recepción o incorporación de las normas Derecho internacional, a través de la cual éstas se transforman en derecho interno, ocurre bajo dos modalidades:

- a) A través del reenvío no receptivo o formal, que es cuando la norma de Derecho interno hace renvío a una norma internacional, pero sin que el contenido de ésta quede incorporado en aquélla; y
- b) A través del reenvío receptivo o material, que se da cuando la norma de Derecho interno repite o se apropia del contenido de la norma internacional.

Como ejemplo de normas de Derecho interno mexicano, que hacen un reenvío no receptivo al Derecho internacional, podemos citar el artículo 42, fracciones V y VI, constitucional, relativo a las partes integrantes del territorio nacional.

“Artículo 42. El territorio nacional comprende: ...

V. Las aguas de los mares territoriales en la extensión y términos que fija el Derecho Internacional y las marítimas interiores;

VI. El espacio situado sobre el territorio nacional, con la extensión y modalidades que establezca el propio Derecho Internacional.”

Aunque desde la perspectiva dualista, los reenvíos no receptivos, estrictamente no constituyen transformación del Derecho internacional en Derecho interno, pues “las normas

²²⁷ ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional...* ob. cit. p. 52-54.

²²⁸ PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Tratados. Legislación y práctica...* ob. cit. p. 184.

*jurídicas de uno y otro orden, continúan siendo normas del orden al que se remite, simplemente se aplican en un orden distinto.*²²⁹

E incluso los reenvíos receptivos tampoco podrán considerarse como incorporación o recepción del Derecho internacional, en aquellos casos en que la norma internacional no es puntualmente incorporada en el texto de la norma nacional. *“Únicamente se puede hablar de recepción del Derecho internacional por parte del Estado cuando el contenido de la regla estatal corresponde exactamente al contenido de la regla jurídica internacional. Cualquier modificación del Derecho excluye la noción de recepción jurídica”.*²³⁰

En virtud de su incorporación, el Derecho internacional sufre una transformación sustantiva y no sólo formal, pues deja de ser una norma perteneciente al Derecho internacional para pasar a formar parte del orden jurídico interno y por lo tanto su validez está determinada por los parámetros de este orden, además de que cambian también los sujetos destinatarios de la norma.

4.2. Consecuencias de la directiva monista

Si la principal consecuencia del dualismo consiste en desconocer o ignorar la validez del Derecho internacional, en aquellos casos en que sea contradictorio con el Derecho interno; entonces cabe decir que la principal consecuencia del monismo consiste en que debe reconocerse el carácter plenamente jurídico y válido de ambos Derechos.

La segunda gran consecuencia del monismo, asociada a la anterior, sería que los conflictos normativos que surjan entre normas del Derecho internacional y normas del Derecho interno, deberán ser resueltos aplicando los criterios vigentes de resolución de antinomias, aplicables a otros conflictos entre normas surgidos dentro del mismo sistema jurídico.

Siendo en este punto en que los partidarios del monismo se dividen en “monistas internacionalistas” y “monistas nacionalistas o soberanistas”.

²²⁹ ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional...* ob. cit. p. 55.

²³⁰ TRIEPEL, Heinrich. *Droit International et Droit Interne...* ob. cit. p. 97.

Al explicar las relaciones entre el derecho interno y el derecho nacional, KELSEN hace alusión a la corriente de monismo nacionalista que no admite la supremacía del Derecho internacional sobre el nacional. Postura ideológica que tiene como principal fundamento la idea de la soberanía. De acuerdo con KELSEN, los partidarios de esta teoría sostienen que para que un Estado sea considerado soberano, su ordenamiento jurídico debe serlo, lo que supone que sobre éste no debe existir ni debe prevalecer ningún otro orden jurídico:

“En su capacidad de autoridad jurídica, el Estado tiene que identificarse con el orden jurídico nacional. Decir que el Estado es soberano significa que el orden jurídico nacional es un orden por encima del cual no existe otro superior. El único que podría suponerse como superior al orden jurídico nacional es el internacional. El problema de si el Estado es soberano o no, coincide pues con el de si el derecho internacional es o no un orden superior al derecho nacional.”²³¹

Por lo tanto, una de las razones que se encuentra detrás de la perspectiva del monismo nacionalista o soberanista, es precisamente esa reivindicación de que para que el Estado sea soberano, es necesario defender la primacía del Derecho nacional sobre cualquier otro ordenamiento jurídico, particularmente sobre el internacional. Desde este razonamiento, pues, un Estado no puede ser soberano si admite que un ordenamiento jurídico externo condicione la validez de su ordenamiento jurídico interno. Nuevamente se recurre a KELSEN para explicar el debate que plantea el aceptar la primacía o no del derecho internacional, en relación con el principio de soberanía estatal:

“Si aceptamos la hipótesis de la primacía del derecho internacional, entonces el Estado ‘no es soberano’. En tal hipótesis el Estado sólo podría ser declarado soberano en el sentido relativo de que el único orden superior al nacional es el orden internacional, de tal manera que el Estado sólo se encuentra directamente sometido al derecho internacional. Si, por el contrario, aceptados la hipótesis de la primacía del derecho nacional, entonces el Estado ‘es’ soberano en el sentido originario y absoluto del término, por ser un orden superior a todos los otros, incluyendo el derecho internacional.”²³²

Aunado a la idea lógico formal de que sólo la Constitución “representa la suprema razón de validez de todo el orden jurídico”,²³³ y a la defensa de la soberanía estatal, existe una segunda razón más de carácter ideológico, que conduce a estimar que la Constitución y sólo ésta, puede y

²³¹ *Ibidem.* p. 457.

²³² *Ibidem.* p. 458.

²³³ KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. (Trad.) UNAM, 1995, p. 146.

debe ser el fundamento último de validez del resto del ordenamiento jurídico. Esta segunda razón se refiere a la noción de la mayor legitimidad del órgano creador de las normas, y podría explicarse de la siguiente manera: la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico atendiendo a la legitimidad de más alto grado que tiene el Poder Constituyente que la creó, en tanto que a través de él se expresa soberanamente (sin ningún tipo de límites), la voluntad popular para determinar la organización política y jurídica del Estado, así como los derechos de sus habitantes. Las leyes que expide el Congreso de la Unión y los Congresos estatales, son leyes de rango inferior porque son creadas por órganos en los que si bien se expresa la voluntad popular, es ésta esencialmente de carácter limitado, pues no pueden traspasar los parámetros formales (de creación) y materiales (de contenido) que delimita la Carta Magna. Y así, en la medida en que se va descendiendo por la pirámide normativa, se advierte que las leyes de menor rango jerárquico lo son porque son expedidas por órganos en los que la voluntad popular se expresa limitadamente, e incluso hasta llegar a ámbitos de producción normativa donde no esté representada directa o indirectamente la voluntad popular. Dicho en términos más simples, la ubicación jerárquica de una norma dentro del ordenamiento jurídico es directamente proporcional al grado de legitimidad del órgano que la crea, en tanto capaz de expresar la voluntad popular de manera soberana.

Con base en ello, no existe órgano capaz de crear una norma que exprese la voluntad de manera más soberana que el Poder Constituyente y, por ende, su obra (la Constitución) debe ser considerada como la de más alto rango dentro del ordenamiento jurídico y, consecuentemente, fuente última de validez del resto.

Podría alegarse en contra de lo anterior que el Derecho internacional es creado por un mecanismo aún más legítimo, ya que representa un consenso global (algo así como una especie de voluntad popular mundial), que por lo tanto resulta más legítimo que las expresiones de voluntad popular plasmadas por los Constituyentes de cada Estado. A ello, sin embargo, podría oponerse lo que se estimaría la tercera razón que sustenta la postura del monismo soberanista: el principio democrático.

Esto es, aun aceptando que la celebración de tratados internacionales supone un consenso entre las voluntades de diversos Estados nacionales. Sin embargo, esto no equivale a un consenso democrático mayor que el expresado en las Constituciones nacionales, toda vez

que los mecanismos de creación de normas internacionales implican vínculos muy débiles y, en ocasiones, inexistentes de representación democrática. Y esto es así porque con frecuencia la firma de tratados internacionales es impulsada por agentes, como por ejemplo los Secretarios de Relaciones Exteriores o Secretarios de Estado, que si bien fueron designados por sus respectivos Jefes de Estado, sin embargo no tienen un vínculo de representación con los ciudadanos de su país, los cuales ordinariamente no tiene forma de participar en la toma de decisiones.

En términos más simples, el Derecho internacional no es construido democráticamente, sino por una élite de gobernantes que actúan y llegan a compromisos con base en intereses estatales y comunitarios, pero que no necesariamente responden ni toman en cuenta a los intereses de las personas. De aquí que, es un argumento más para no reconocer preminencia a los tratados sobre la Constitución, el que ésta es la obra de órganos con mucho mayor representación democrática de la ciudadanía. Baste recordar a guisa de ejemplo, que en México las reformas a la Constitución implican la intervención de las dos Cámaras del Congreso de la Unión, así como de la mayoría de las legislaturas de los Estados; mientras que para la aprobación de un tratado internacional basta la firma del Presidente de la República y la aprobación del Senado.

El monismo internacionalista en cambio, aunque en principio acepta que entre las normas pertenecientes al bloque de derechos humanos, las jerarquías desaparecen²³⁴; sin embargo, también sostiene que las normas internacionales relativas a derechos humanos deben prevalecer sobre las constitucionales de los diversos Estados, toda vez que -como señala SHAW- entre las normas internacionales de derechos humanos existen algunos derechos prioritarios que no pueden ser derogados bajo ninguna circunstancia²³⁵, lo que demuestra que la comunidad internacional los ha reconocido como de una especial jerarquía y que, por tanto,

²³⁴ Véase OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*. 2ª ed., Barcelona, Ariel, 2001, pp. 94-95.

²³⁵ SHAW, Malcolm. *International Law*. 4ª ed., Cambridge, Cambridge University Press, 1997. p. 203-204. Este autor señala como ejemplo de estos derechos inderogables, los artículos 2, 3, 4.1 y 7 del Convenio Europeo sobre Derechos humanos; artículos 3, 4, 5, 6, 9, 12, 17, 18, 19, 20 y 23 de la Convención Americana sobre Derechos humanos; así como los artículos 6, 7, 8.1, 8.2, 11, 15, 16 y 18 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos.

pueden considerarse como normas de *jus cogens*²³⁶. Esto es, son aceptadas y reconocidas por aquélla como ley que no admite acuerdo en contrario y que sólo puede ser modificada por una ulterior de Derecho internacional general que tenga el mismo carácter²³⁷.

Si desde esta perspectiva internacionalista algunos derechos poseen esa jerarquía especial y no son susceptibles de derogación bajo ninguna circunstancia, es claro que aquéllas que forman parte del bloque, se imponen no sólo sobre la ley, sino también sobre la Constitución misma; lo cual constituye “una garantía de continuidad normativa frente a los cambios de gobierno”²³⁸.

BRAGE CAMAZANO incluso opina que –sin importar si se sigue el sistema monista o dualista- la obligación de dar preminencia a los tratados internacionales por sobre el texto constitucional de cualquier país, deriva de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados²³⁹. La Convención antes citada establece que los tratados son vinculantes en términos de Derecho internacional. Ello se traduce en que ningún Estado puede invocar el Derecho interno para justificar el incumplimiento o la inaplicación de un tratado internacional. Así, una vez que los instrumentos internacionales son ratificados, deben cumplirse – so pena de incurrir en responsabilidad internacional- y por tanto la supremacía constitucional en su concepción tradicional de jerarquización se ve afectada²⁴⁰.

El choque entre las perspectivas teóricas del dualismo, del monismo internacional y del monismo nacional o soberanista, ha quedado de manifiesto en el Pleno de la Suprema Corte, al debatirse la interpretación de la regla constitucional que define los alcances de las normas relativas a derechos humanos contenidas en tratados internacionales. Debate que se ha dado particularmente con motivo de los casos Varios 912/2010, y la Contradicción de Tesis 293/2011; lo cuales a continuación analizaremos.

²³⁶ *Ibidem*. p. 204 y nota 53.

²³⁷ Artículo 53, Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados.

²³⁸ CARBONELL, M. *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*. 3ª ed., México, Porrúa-UNAM, 2000, p. 189.

²³⁹ BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La supremacía de la Constitución frente a los tratados internacionales*. En: RODRÍGUEZ, Marcos (Coord.). *Supremacía Constitucional*. México, Porrúa, 2009. p. 16.

²⁴⁰ *Ídem*.

4.3. Caso Varios 912/2010, relativo al Caso “Radilla Pacheco Vs. México” de la Corte-IDH

En este caso, el debate de la Suprema Corte se centró sobre una sentencia que la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en Costa Rica, previamente dictó para resolver un caso de su competencia sustanciado en contra del Estado mexicano.

4.3.1. La Corte-IDH en el caso “Radilla Pacheco Vs. México”

El caso “Radilla Pacheco Vs. México” es altamente conocido en el país a raíz de la influencia que tuvo en la reforma constitucional de 2011. Éste gira en torno a los hechos que llevaron a la desaparición forzada del señor Rosendo Radilla Pacheco el 25 de agosto de 1974, a manos del ejército en el estado de Guerrero. Al día de hoy, no se ha determinado su paradero, ni sus restos han sido encontrados.

La semblanza del señor Rosendo Radilla Pacheco, es resumidamente la siguiente: nació en marzo de 1914 en el rancho Las Clavellinas, ubicado en el municipio de Atoyac de Álvarez en el estado de Guerrero. Fue el segundo de los siete hijos que tuvieron Felipe Radilla Radilla y Agustina Pacheco Ramos. Rosendo Radilla creció en un entorno familiar, pues vivía junto al resto de su familia en Las Clavellinas. Al vivir en el rancho, Rosendo Radilla ayudaba a su familia en la crianza y compraventa de ganado, actividad a la cual se dedicaba y de la que se hizo cargo por completo al cumplir 16 años de edad. La familia poseía también huertas de café en San Vicente de Jesús, por lo que también se desempeñó como cafeticultor. Al dedicarse al cultivo del café, se integró a la Unidad Agraria de la Sierra de Atoyac de Álvarez (UASCAA). Para 1930, la zona estaba sumergida en un ambiente de acoso militar y violencia, por lo que la familia se vio obligada a trasladarse a Atoyac. En 1942 se casó con Victoria Martínez Neri y tuvo once hijas y un hijo²⁴¹.

Durante su vida en Atoyac, se caracterizó por apoyar causas sociales, sobre todo en el sector educativo y de salud. Ello lo llevó a ser Presidente Municipal de Atoyac, en el que se desempeñó de manera favorable para el desarrollo social del municipio. Radilla Pacheco era un simpatizante de los ideales guerrilleros de la época, especialmente de las luchas de Genaro

²⁴¹ Véase SEGOB. “*Señores soy campesino*” *Semblanza de Rosendo Radilla Pacheco, desaparecido*. México, SEGOB, 2012. p. 19 - 21.

Vázquez Rojas y Lucio Cabañas Barrientos. Cuando la represión estatal y la militarización se adueñaron de la zona durante los gobiernos de Echeverría Álvarez y López Portillo, las violaciones a derechos humanos aumentaron en la región. Es en este contexto que Radilla Pacheco fue detenido en un retén militar el 25 de agosto de 1974, mientras viajaba con su hijo de Atoyac a Chilpancingo, bajo la acusación de componer corridos²⁴². Desde esa fecha su cuerpo no ha sido localizado ni sus restos han sido entregados a sus familiares.

Después de interponer denuncias ante las instancias nacionales, realizar marchas y una recomendación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, el caso Radilla fue presentado ante la Comisión Interamericana el 15 de noviembre de 2001. La petición, presentada por la AFADEM y la CMDPDH, alegaba violaciones por parte del estado mexicano a los artículos 4 (vida), 5 (integridad personal), 7 (libertad personal), 8 (garantías judiciales) y 25 (protección judicial) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos en relación con el 1.1 (obligación de respetar los derechos) del mismo ordenamiento, en perjuicio de Rosendo Radilla Pacheco²⁴³.

El 14 de enero de 2002 inició el trámite de la petición, misma que se registró bajo el número 777-01 y, en la que se le solicitó al Estado mexicano la presentación de observaciones en un plazo de dos meses. Las partes estuvieron entregando información a la Comisión Interamericana hasta que ésta consideró suficientemente definida la posición de cada una de ellas y el 21 de octubre de 2004, celebró una audiencia durante el 121º periodo de sesiones para estudiar la admisibilidad del caso.

La Comisión IDH finalmente emitió el Informe de Admisibilidad del caso el 12 de octubre de 2005, registrándolo bajo el número 65/05. En él, la instancia consideró que los hechos materia del análisis merecían un estudio más completo, por lo que resolvió la admisibilidad del asunto y continuó así con la tramitación del mismo para su pronunciamiento en relación al fondo.

²⁴² *Ibidem.* p. 21-41.

²⁴³ CIDH. Informe de admisibilidad 65/05. *Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. México*. Petición 777/01. 12 de octubre de 2005. párr. 1.

El 27 de julio de 2007, aquélla adoptó su Informe de Fondo con recomendaciones para el Estado mexicano, con base en el artículo 50 de la Convención Americana. Por dicho motivo, el informe 67/07 no fue publicado. Posteriormente, el 13 de marzo de 2008 la instancia consideró que no se había cumplido plenamente con sus recomendaciones y decidió presentar el caso ante la Corte-IDH. La petición fue recibida el 15 de marzo de 2008.

Una vez determinadas las posturas de la Comisión IDH, los representantes de las víctimas y el Estado mexicano, la presidenta de la Corte IDH convocó a las partes a una audiencia pública, misma que se efectuó el 7 de julio de 2009.

Una vez desahogada la audiencia, la Corte IDH emitió sentencia el 23 de noviembre de 2009. En ella, consideró las excepciones preliminares interpuestas por el Estado mexicano y después de un análisis de cada una, optó por desestimarlas todas y declararse competente para conocer del asunto.

Asimismo, la Corte aceptó el reconocimiento parcial de los hechos efectuado por el Estado mexicano, y después de su estudio así como de los alegatos de las partes, resolvió que el Estado mexicano era responsable internacionalmente por lo siguiente²⁴⁴:

1. La violación a los derechos de libertad personal, integridad personal, reconocimiento de personalidad jurídica y vida, en relación con el artículo 1.1 (obligación de respetar los derechos) de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y el I y XI de la Convención Interamericana para sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio del señor Rosendo Radilla.
2. La violación del derecho a la integridad personal en relación con el 1.1 de la Convención en perjuicio de Tita, Andrea y Rosendo Radilla Martínez.
3. La violación a las garantías judiciales y a la protección judicial en relación con los artículos 1.1 (obligación de respetar los derechos) y 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana así como los artículo I incisos a, b y

²⁴⁴ CORTE IDH. *Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de noviembre de 2009. Serie C No 209. párr. 63 y Puntos resolutivos.

d, IX y XIX de la Convención Interamericana para sobre Desaparición Forzada de Personas, en perjuicio de Tita, Andrea y Rosendo Radilla Martínez.

4. El incumplimiento del deber de adoptar disposiciones de derecho interno en relación con los artículos I y III de la Convención Interamericana para sobre Desaparición Forzada de Personas en torno al delito de desaparición forzada de personas.

También determinó que frente a dicha responsabilidad, el Estado mexicano debía hacer lo siguiente:

1. Realizar con debida diligencia y dentro de un plazo razonable, la investigación y los procesos penales en relación a los hechos para determinar responsabilidades y aplicar sanciones.
2. Realizar la búsqueda efectiva para localizar de manera inmediata al señor Rosendo Radilla Pacheco, o en su caso, de sus restos mortales.
3. Adoptar las reformas legislativas necesarias para compatibilizar el Código de Justicia Militar y el Código Penal Federal con los estándares internacionales.
4. Implementar programas de análisis de la jurisprudencia del SIDH y de formación sobre debida investigación y sanción de hechos de desaparición forzada de personas.
5. Publicar la sentencia en el Diario Oficial de la Federación y otro diario de circulación nacional, así como en el portal de internet de la Procuraduría General de la República.
6. Efectuar un acto público de reconocimiento de responsabilidad.
7. Realizar una semblanza de la vida de Rosendo Radilla Pacheco.
8. Otorgar atención psicológica y psiquiátrica de manera gratuita, inmediata y efectiva a las víctimas que lo soliciten.
9. Pagar las cantidades por indemnización por daño material e inmaterial, así como el reintegro de gastos y costas.

4.3.2. La SCJN en el caso Varios 912/2010

Una vez notificada la resolución, el Estado mexicano debía dar cumplimiento a la misma, sin embargo, se encontró con que existe una omisión legislativa en torno a la ejecución de sentencias emitidas por las instancias internacionales.

Siendo así, lo primero que realizó el Estado mexicano fue dar cumplimiento, el 9 de febrero de 2010, a la parte de la sentencia que ordenaba la publicación de la misma en el Diario Oficial de la Federación y en un periódico de circulación nacional²⁴⁵.

Posteriormente, el 26 de mayo de 2010, la Oficina de Certificación Judicial y Correspondencia de la SCJN, solicitó al Tribunal Pleno que determinara cuál era el trámite que debía corresponder a la sentencia “Radilla Pacheco Vs. México” de la Corte IDH.

Con base en dicha solicitud, el Presidente de la SCJN, ordenó el 27 de mayo de 2010 que se formara y registrara el expediente Varios 489/2010 y que se turnara al Ministro José Ramón COSSÍO DÍAZ para su estudio y proyecto.

COSSÍO DÍAZ elaboró un proyecto y lo propuso al Pleno de la SCJN el 31 de agosto de 2010. En esa primera oportunidad de discusión, se votó por mayoría, que la SCJN sí puede analizar, si le resultan obligaciones derivadas de la sentencia dictada por la Corte-IDH, en el caso “Radilla Pacheco Vs. México”, a pesar de que no existió una notificación formal al Poder Judicial de la Federación²⁴⁶.

En las siguientes discusiones del asunto²⁴⁷, se determinó por mayoría que frente a una sentencia dictada por la Corte IDH en la que se establezcan obligaciones directas y específicas a cargo del Poder Judicial de la Federación, éste debe proceder a su cumplimiento sin tener que organizarse con otros Poderes del Estado mexicano²⁴⁸.

AGUIRRE ANGUIANO y AGUILAR MORALES propusieron que para la determinación de las obligaciones derivadas de sentencias de la Corte IDH, debía atenderse únicamente a los puntos resolutiveos de éstas y a la remisión que estos hacen de varios párrafos.

²⁴⁵ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentencia caso Varios 912/2010*. 14 de julio de 2011.

²⁴⁶ La mayoría fue de 8 votos. Los Ministros Aguirre Anguiano, Gudiño Pelayo y Aguilar Morales votaron en contra. Véase SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentencia caso Varios 912/2010...ob. cit. párr. 5*.

²⁴⁷ Las discusiones se suscitaron el 2, 6 y 7 de septiembre de 2010. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentencia caso Varios 912/2010...ob. cit. párr. 6*.

²⁴⁸ La mayoría fue de 7 votos. Los Ministros Aguirre Anguiano, Gudiño Pelayo, Aguilar Morales y Valls Hernández votaron en contra. Véase SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentencia caso Varios 912/2010...ob. cit. párr. 6*.

Sin embargo, la mayoría no aceptó ello, y determinó que el análisis de las obligaciones debía realizarse atendiendo a la totalidad de la sentencia correspondiente y no sólo de los puntos resolutivos de la misma.

Finalmente, se votó el proyecto presentado por COSSÍO DÍAZ en su totalidad y éste fue desechado por la mayoría²⁴⁹. Lo anterior, porque se consideró que su contenido excedía los fines de la consulta hecha por ORTIZ MAYAGOITIA, de la cual había derivado aquél.

Frente a lo anterior, se aprobó en la última sesión que el engrose fuera elaborado por la Ministra LUNA RAMOS. Por tal motivo, el 15 de octubre de 2010 el expediente se le turnó para su estudio., creándose el expediente Varios 912/2010 bajo su ponencia. El 14 de julio de 2011²⁵⁰, éste se sometió a discusión y el Pleno de la SCJN consideró:

1. El Pleno de la SCJN es competente para dictar una resolución con fundamento en lo establecido en el artículo 10, fracción IX (1) de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y toda vez que éste determinó en oportunidad anterior que debe hacer una declaración acerca de la posible participación del Poder Judicial de la Federación en la ejecución de la sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Radilla Pacheco Vs. México”. La duda que genera la omisión legislativa en torno a su ejecución y la importancia que el caso reviste para el orden jurídico nacional son motivos también para que surta efectos la competencia del Pleno de la SCJN.
2. Para el Poder Judicial son vinculantes la totalidad de los criterios contenidos en una sentencia emitida por la Corte IDH, y no sólo los puntos de resolución concretos de la misma.
3. La jurisprudencia de la Corte IDH que derive de una sentencia en la que el Estado mexicano no es parte, será considerada como criterio orientador de todas las decisiones de los jueces mexicanos.
4. Los jueces nacionales deben observar la Constitución mexicana, los tratados internacionales de los que México sea parte, los criterios emitidos por el Poder Judicial

²⁴⁹ La mayoría se conformó por los ocho votos de Aguirre Anguiano, Luna Ramos, Franco González Salas, Zaldívar Lelo de Larrea, Gudiño Pelayo, Aguilar Morales, Valls Hernández y Ortiz Mayagoitia. Véase SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentencia caso Varios 912/2010...*ob. cit. párr. 6.

²⁵⁰ SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Sentencia caso Varios 912/2010...*ob. cit.

de la Federación y los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para el estudio de los derechos humanos en un asunto y la determinación posterior del criterio más favorecedor a la persona.

5. Las obligaciones concretas del Poder Judicial derivadas de la sentencia de la Corte-IDH en el caso “Radilla Pacheco Vs. México” son las siguientes:
 - i. Los jueces deberán realizar un control de convencionalidad ex officio en un modelo de control difuso de constitucionalidad.
 - ii. Al ejercerlo, los jueces deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte IDH.
 - iii. Los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las disposiciones que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y los tratados internacionales. Sin embargo, sí deben dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a los derechos contenidos de la Constitución y de los tratados en la materia.
 - iv. La facultad de los jueces de inaplicar las normas en ningún momento conlleva la eliminación o el desconocimiento de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, sino que parte de ésta para hacer el análisis comparativo.
 - v. El ejercicio del control de convencionalidad presupone la realización de tres pasos:
 - a. Interpretación conforme en sentido amplio. Hacer un estudio a la luz de los derechos humanos establecidos en el sistema jurídico mexicano.
 - b. Interpretación conforme en sentido estricto. Hacer un estudio partiendo de la presunción de la constitucionalidad de las leyes, dando preferencia a la de las disposiciones acordes a los derechos humanos y su contenido.
 - c. Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles.
 - vi. Se deberá restringir la interpretación del fuero militar en casos concretos.
 - vii. El Poder Judicial de la Federación deberá implementar las medidas administrativas derivadas de la sentencia de la Corte IDH.
6. Del examen del contenido de la sentencia emitida por la Corte IDH en el caso Radilla Pacheco, resulta la obligación del Poder Judicial de la Federación de ejercer un control de constitucionalidad en torno al artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar y

el artículo 13 de la Constitución a la luz del artículo 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) de la Convención Americana.

7. La Corte IDH no determinó la necesidad de modificar el contenido del artículo 13 de la Constitución, pero sí que su interpretación debe ser conforme a los principios contenidos en la Convención y la propia Carta Magna.
8. Para la SCJN, en acatamiento a lo resuelto por la Corte-IDH, la interpretación que corresponde al artículo 13 constitucional es una concordante con los artículos 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 8 (garantías judiciales) de la Convención. Por tanto, el artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar es incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 constitucional, conforme a la interpretación de éste a la luz de los artículos 2 (deber de adoptar disposiciones de derecho interno) y 8 (garantías judiciales) de la Convención. Siendo así, el fuero militar no podrá operar en ningún caso en el que se vean vulnerados los derechos humanos de civiles.
9. Capacitación permanente para funcionarios del Poder Judicial de la Federación respecto al sistema y jurisprudencia de la Corte IDH, así como del debido juzgamiento del delito de desaparición forzada.
10. El Poder Judicial de la Federación deberá garantizar que la averiguación previa del caso del Sr. Rosendo Radilla se mantenga bajo conocimiento de la jurisdicción ordinaria.
11. Todos los jueces del Estado mexicano se encuentran facultados para inaplicar normas generales que a su criterio consideren transgresoras de los derechos humanos contenidos en la Carta Magna y los tratados internacionales de los que México es parte.
12. Se debe modificar la jurisprudencia P./J. 74/1999 en la que se había hecho una interpretación del artículo 133 constitucional en el sentido de que el control difuso de la constitucionalidad no estaba autorizado para todos los jueces del Estado mexicano.

De las anteriores consideraciones, derivaron las siguientes tesis importantes para el ejercicio del control de constitucionalidad y de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano:

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD²⁵¹.

PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS²⁵².

PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS²⁵³.

SISTEMA DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO²⁵⁴.

SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE-IDH. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO. El Estado Mexicano ha aceptado la jurisdicción de la Corte-IDH, por ello, cuando ha sido parte en una controversia o litigio ante esa jurisdicción, la sentencia que se dicta en esa sede, junto con todas sus consideraciones, constituye cosa juzgada, correspondiéndole exclusivamente a ese órgano internacional evaluar todas y cada una de las excepciones formuladas por el Estado Mexicano, tanto si están relacionadas con la extensión de la competencia de la misma Corte o con las reservas y salvedades formuladas por aquél. Por ello, la SCJN, aun como tribunal constitucional, no es competente para analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por la Corte-IDH es correcta o incorrecta, o si excede en relación con las normas que rigen su materia y proceso. Por tanto, la Suprema Corte no puede hacer ningún pronunciamiento que cuestione la validez de lo resuelto por la Corte-IDH, ya que para el Estado Mexicano dichas sentencias constituyen cosa juzgada. Lo único procedente es acatar y reconocer la totalidad de la sentencia en sus términos. Así, las resoluciones pronunciadas por aquella instancia internacional son obligatorias para todos los órganos del Estado Mexicano, al haber figurado como parte en un litigio concreto, siendo vinculantes para el Poder Judicial no sólo los puntos de resolución concretos de la sentencia, sino la totalidad de los criterios contenidos en ella²⁵⁵

Muy debatida ha sido la decisión de la Suprema Corte de considerar que la jurisprudencia de la Corte IDH resulta obligatoria para las autoridades mexicanas, sólo cuando esté contenida en sentencias dictadas contra el Estado mexicano. Mientras que la jurisprudencia interamericana que no haya sido incluida en sentencias contra México, sólo

²⁵¹ Tesis Aislada P. LXVII/2011. Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Registro 160589.

²⁵² Tesis Aislada P. LXVIII/2011. Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 551. Registro 160526.

²⁵³ Tesis Aislada P. LXIX/2011. Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552. Registro 160525.

²⁵⁴ Tesis Aislada P. LXX/2011. Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 557. Registro 160480.

²⁵⁵ Tesis Aislada P. LXV/2011 (9a.). Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 556. Registro 160482.

tendrá un carácter “orientador”, equiparable al carácter que tienen las tesis aisladas que emiten los tribunales del Poder Judicial de la Federación.

CORTE-IDH. EFECTOS DE SUS SENTENCIAS EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO MEXICANO. El Estado Mexicano se adhirió a la Convención-ADH el 24 de marzo de 1981 y reconoció la competencia contenciosa de la Corte-IDH el 16 de diciembre de 1998, mediante declaración unilateral de voluntad que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999. En ese sentido, los artículos 133 y 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos reconocen la vigencia de los tratados internacionales en nuestro ordenamiento jurídico interno y establecen la obligación de las autoridades nacionales de aplicar los derechos humanos de conformidad con la Constitución y los tratados internacionales vigentes en nuestro país. Por lo anterior, la ratificación de la Convención-ADH y el reconocimiento de la jurisdicción contenciosa de la Corte-IDH, generan como una consecuencia ineludible que las sentencias emitidas por dicho tribunal internacional, en aquellos casos en los cuales México haya sido parte en el juicio, resulten obligatorias para el Estado mexicano, incluidos todos los jueces y tribunales que lleven a cabo funciones materialmente jurisdiccionales. Esta obligatoriedad alcanza no sólo a los puntos resolutivos de las sentencias en comento, sino a todos los criterios interpretativos contenidos en las mismas²⁵⁶.

CRITERIOS EMITIDOS POR LA CORTE-IDH CUANDO EL ESTADO MEXICANO NO FUE PARTE. SON ORIENTADORES PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEAN MÁS FAVORABLES A LA PERSONA EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Los criterios de la Corte-IDH que derivan de sentencias en donde el Estado Mexicano no intervino como parte en el litigio son orientadores para todas las decisiones de los jueces mexicanos, siempre que sean más favorables a la persona, de conformidad con el artículo 1o. constitucional. De este modo, los jueces nacionales deben observar los derechos humanos establecidos en la Constitución Mexicana y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como los criterios emitidos por el Poder Judicial de la Federación al interpretarlos y acudir a los criterios interpretativos de la Corte Interamericana para evaluar si existe alguno que resulte más favorable y procure una protección más amplia del derecho que se pretende proteger. Esto no prejuzga la posibilidad de que sean los criterios internos los que se cumplan de mejor manera con lo establecido por la Constitución en términos de su artículo 1o., lo cual tendrá que valorarse caso por caso a fin de garantizar siempre la mayor protección de los derechos humanos²⁵⁷.

4.4. El caso “Contradicción de Tesis 293/11”

Como ya se comentó, la Suprema Corte al resolver en el año 2007, entre otros el Amparo en Revisión 120/2002 del cual derivaron las tesis que establecen que la jerarquía de las leyes generales y de los tratados internacionales es por debajo de la Constitución; expresó en razonamiento *obiter dictum*, la posibilidad de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos pudieran llegar a tener jerarquía constitucional. Aunque precisamente por tratarse de un razonamiento *obiter dictum*, el mismo no quedó consignado en tesis.

²⁵⁶ Tesis Aislada 1a. XIII/2012 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 650. Registro 2000206.

²⁵⁷ Tesis Aislada P. LXVI/2011 (9a.). Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 550. Registro 160584.

Pero tal vez tomando como referencia ese pronunciamiento del Máximo Tribunal, hubo Tribunales Colegiados de Circuito que comenzaron a emitir criterios en los que equiparaban en jerarquía a los tratados internacionales en materia de derechos humanos y a la Constitución. Así la tesis:

“TRATADOS INTERNACIONALES. CUANDO LOS CONFLICTOS SE SUSCITEN EN RELACIÓN CON DERECHOS HUMANOS, DEBEN UBICARSE A NIVEL DE LA CONSTITUCIÓN. Los tratados o convenciones suscritos por el Estado mexicano relativos a derechos humanos, deben ubicarse a nivel de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, porque dichos instrumentos internacionales se conciben como una extensión de lo previsto en esa Ley Fundamental respecto a los derechos humanos, en tanto que constituyen la razón y el objeto de las instituciones. Por lo que los principios que conforman el derecho subjetivo público, deben adecuarse a las diversas finalidades de los medios de defensa que prevé la propia Constitución y de acuerdo con su artículo 133 las autoridades mexicanas deben respetarlos, por lo que bajo ninguna circunstancia pueden ser ignorados por ellos al actuar de acuerdo a su ámbito competencial.”²⁵⁸

Pero como la tesis antes trascrita resultaba opuesta a las que tradicionalmente habían sostenido los Tribunales Colegiados, entonces fue objeto de la denuncia relativa a la Contradicción de Tesis 293/2011.

El debate para resolver esta Contradicción de Tesis, fue intenso. En una primera ronda de sesiones realizadas en marzo de 2012, no se logró consenso en torno al proyecto, por lo que el Ministro ponente retiró el proyecto, y fue necesario realizar una segunda ronda de sesiones de debate en septiembre de 2013.

4.4.1. El Proyecto debatido en Marzo de 2012

Inicialmente el Ministro ponente Arturo ZALDÍVAR, propuso la idea de que existe “bloque de constitucionalidad de derechos humanos”, el cual se forma por la Constitución más los derechos humanos de índole internacional. La idea de “pirámide”, debe sustituirse por la idea de una enredadera, masa de derechos, conjunto de derechos; artículo 1º constitucional obliga a que entendamos los derechos humanos, tal y como han sido interpretados por el órgano facultado para interpretarlos (obligatoriedad de la jurisprudencia de la Corte IDH). El Ministro ponente propuso las siguientes tesis:

²⁵⁸ Tesis Aislada XI.1o.A.T.45 K. Tribunales Colegiados de Circuito. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Mayo de 2010, p. 2079. Registro 164509.

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES DE LOS QUE EL ESTADO MEXICANO SEA PARTE, FORMAN PARTE DEL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD”

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES OBLIGATORIA PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”

Sin embargo, el Ministro COSSÍO no estuvo de acuerdo con la denominación “bloque de constitucionalidad”. Además de argumentar que técnicamente no era correcto utilizar dicho concepto, agregó que una vez incorporados los tratados de derechos humanos, nos debemos olvidar del concepto de jerarquía, y de entre los derechos humanos de fuente constitucional y convencional se deberá optar por la norma que proteja mejor a las personas.

Los Ministros VALLS, SÁNCHEZ CORDERO y SILVA especificaron que la Constitución y los tratados no se relacionan entre sí en términos de jerarquía, configuran un conjunto normativo de rango constitucional. Los tres estuvieron de acuerdo con el proyecto.

Por el contrario, el Ministro AGUIRRE ANGUIANO no estuvo de acuerdo con que los jueces deban realizar un estudio “dual” que integre a la Constitución y los tratados. Desde su óptica, más bien debe considerarse que hay subsidiariedad: primero hay que atender a la Constitución, y si ésta resuelve el problema no hay necesidad de acudir a otros instrumentos jurídicos.

Los Ministros LUNA, FRANCO, PARDO y ORTÍZ, al igual que el Ministro COSSÍO no estuvieron de acuerdo con la idea de un “bloque de constitucionalidad en derechos humanos”. Lo anterior pues argumentaron que la frase *“cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece”*, contenida en el artículo 1º constitucional reconoce la supremacía de la Constitución, por lo que la idea del bloque no resulta compatible con el resto del texto constitucional.

Al observar que la votación no iba a resolverse puesto que había un empate en votos, el Ministro ZALDÍVAR retiró el proyecto y lo dejó en lista para su posterior discusión y votación.

4.4.2. El Proyecto debatido en agosto de 2013

Al retomar la discusión de este asunto en agosto de 2013, el Ministro ZALDÍVAR, ponente en el asunto, realizó una serie de modificaciones al proyecto discutido en la primera ocasión. Primeramente, atendiendo a las opiniones de varios Ministros, eliminó el concepto de “bloque de constitucionalidad”. En un segundo momento argumentó que los tratados de derechos humanos, una vez que cumplen los requisitos de formalidad y sustancia (por ejemplo el del artículo 15 constitucional), se incorporan con rango constitucional al sistema jurídico mexicano. Aclaró que si aceptamos que las normas relativas a derechos humanos son constitucionales, no se puede establecer una jerarquía entre ellas, pues algo no puede ser constitucional y al mismo tiempo no constitucional. Para ZALDÍVAR los límites constitucionales se tienen que reinterpretar, no implica que deban desaparecer. Con base en lo anterior, el Ministro ponente propuso las siguientes tesis:

“DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES CONSTITUYEN EL PARAMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL”

“JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”

Al efecto, la Ministra LUNA RAMOS respondió alegando que el artículo 46 de Convención de Viena reconoce la supremacía de una ley fundamental de un Estado. *“El hecho de que el consentimiento de un Estado en obligarse por un tratado haya sido manifestado en violación de una disposición de su derecho interno concerniente a la competencia para celebrar tratados no podrá ser alegado por dicho Estado como vicio de su consentimiento, a menos que esa violación sea manifiesta y afecta a una norma de importancia fundamental de su derecho interno”*, citó textualmente la norma. Por tanto, desde su punto de vista un modelo garantista de los derechos humanos no implica un atropello a la soberanía.

El Ministro FRANCO, por su parte, dijo que deben interpretarse sistemáticamente los artículos 133, 15 y 1º de la Constitución. Para él, el numeral 133 constitucional es la regla general: los tratados internacionales ingresan al sistema jurídico mexicano en una posición por debajo de la Constitución. Frente a ello, el artículo 1º constitucional encuentra en su contenido una excepción: los tratados en materia de derechos humanos se incorporan al ordenamiento jurídico con rango constitucional. Sin embargo, el artículo 1º constitucional también tiene una

excepción a su aplicación general (contra-excepción): las restricciones constitucionales deben prevalecer por sobre el contenido del tratado internacional.

Una vez discutido y aprobado el proyecto, se emitieron dos importantes tesis, cuyo texto incluido en la sentencia apenas publicada el 14 de abril de 2014 una vez concluido el engrose, es el siguiente:

DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1º, cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encubramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.²⁵⁹

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio pro persona obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato constitucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del

²⁵⁹ A esta tesis, aún no se le asigna número debido a lo reciente de su publicación.

precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.²⁶⁰

5. PRECEDENTES JUDICIALES DE OTROS PAISES.

5.1. Inglaterra. Caso Hirst

El Caso Hirst de Inglaterra es un buen ejemplo de precedentes judiciales que forman parte del Derecho comparado debido a que en el mismo, la Corte Europea de Derechos Humanos sentó un criterio jurisprudencial importante en materia de derechos civiles y políticos de las personas condenadas a prisión. El caso es interesante además, ya que a pesar de que la Corte Europea dictó sentencia en el caso, Inglaterra se negó a dar cumplimiento a la misma en la esfera nacional, argumentando que el derecho al voto y sus restricciones son un tema que atañe a la soberanía inglesa y que por tanto, dar cumplimiento a la sentencia implicaría vulnerarla.

John Hirst fue condenado a prisión discrecional por el delito de homicidio el 11 de febrero de 1980, bajo el argumento de que evidencia médica aportada en juicio demostró que el hombre padecía un desorden de personalidad que le provocaba ser amoral. La condena máxima prevista por la sentencia condenatoria expiró en el año de 1994 pero la detención de Hirst permaneció vigente hasta el 25 de mayo de 2004 – cuando finalmente obtuvo licencia- debido a que se consideraba que éste representaba un riesgo de daño para la sociedad.

Hirst interpuso demanda ante la Suprema Corte Inglesa con base en la Ley de Derechos Humanos de 1998²⁶¹ por considerar que la Ley de Representación del Pueblo de 1983²⁶², que le prohibía votar en elecciones parlamentarias o locales, era incompatible con lo dispuesto por la Convención Europea de Derechos Humanos. En 2001, la instancia falló en contra de los argumentos expuestos por Hirst y los otros prisioneros, argumentando que al ser condenados perdían su derecho a tener voz respecto de los asuntos públicos y por tanto, el derecho a votar. La sentencia también estableció que la prohibición impuesta por el Reino

²⁶⁰ A esta tesis, aún no se le asigna número debido a lo reciente de su publicación.

²⁶¹ Human Rights Act of 1998.

²⁶² Representation of the People Act of 1983.

Unido no iba en contra del principio de proporcionalidad previsto por la Convención Europea. Los peticionarios solicitaron la apelación de la sentencia, sin embargo ella también fue rechazada bajo el argumento de que no contaba con potencial para prosperar.

Así, John Hirst presentó una demanda contra el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña ante la Corte Europea de Derechos Humanos el 5 de julio de 2001, alegando violaciones a los artículos 10 y 14 de la Convención Europea de Derechos Humanos y específicamente éste último en relación al artículo 3 del Protocolo Número 1. El peticionario impugnaba la prohibición para votar en las elecciones que le fue impuesta con motivo de su carácter de prisionero.

La Corte Europea de Derechos Humanos el 6 de octubre de 2005 dictó la sentencia que resolvió este caso.²⁶³

En sus consideraciones de fondo, de la Corte Europea respecto del artículo 3 del Protocolo Número 1, reiteró el criterio que había esgrimido en el *Caso Mathieu-Mohin y Clerfayt Vs. Bélgica*²⁶⁴ y consideró que la disposición confiere derechos individuales: el derecho al voto y a participar en la elección. Por tanto, desde la óptica de la Corte el texto obligaba a los Estados miembros a realizar medidas para garantizarlo y no sólo a abstenerse de intervenir en el ejercicio del mismo. Bajo esta misma línea argumentativa, la Corte determinó que el derecho al voto no es un mero privilegio sino que constituye un presupuesto del Estado democrático, en el que la inclusión de todos los sectores de la población debe favorecerse y el sufragio debe ser universal.

La instancia también reconoció que el derecho contemplado por el artículo 3 del Protocolo número 1 no es absoluto y que existe un amplio margen de apreciación que faculta a

²⁶³ CEDH. *Caso Hirst Vs. Reino Unido*. Sentencia de 6 de octubre de 2005. párr. 33. 18 de los países miembros permiten el voto a los prisioneros sin restricción: Albania, Azerbaiyán, Croacia, República Checa, Dinamarca, Finlandia, Macedonia, Alemania, Islandia, Lituania, Moldova, Montenegro, Holanda, Portugal, Eslovenia, Suecia, Suiza y Ucrania. 13 países prohíben el voto de los prisioneros: Armenia, Bélgica, Bulgaria, Chipre, Estonia, Georgia, Hungría, Irlanda, Rusia, Serbia, Eslovaquia, Turquía y el Reino Unido. En 12 países el derecho al voto de los prisioneros puede encontrarse limitado de una forma u otra: Austria, Bosnia y Herzegovina, Francia, Grecia, Italia, Luxemburgo, Malta, Noruega, Polonia y España.

²⁶⁴ CEDH. *Mathieu-Mohin y Clerfayt Vs. Bélgica*. Sentencia de 2 de marzo de 1987. párrs. 46-51.

los Estados para restringir dicho derecho. Para la Corte, las restricciones impuestas a grupos o categorías de la población deben ser conciliables con los objetivos perseguidos por el artículo 3 del Protocolo antes mencionado.

Este caso fue importante para la jurisprudencia de la Corte Europea de Derechos Humanos dado que fue la primera ocasión en que la instancia se pronunció en torno a la imposición de una prohibición general y automática para los condenados a prisión.

Por tal motivo, la instancia rechazó la posibilidad de aplicar los parámetros establecidos en casos anteriores y consideró que la restricción debía perseguir un fin legítimo y ser proporcional. En cuanto al fin legítimo, la Corte determinó que los fines perseguidos por la legislación prohibitiva del voto no eran incompatibles con el artículo 3 del Protocolo I. En lo relativo al estudio de proporcionalidad, estableció que se debía hacer un análisis del vínculo existente entre la sanción, la conducta y las circunstancias de la persona involucrada. Con base en lo anterior, determinó que de las sentencias emitidas por los órganos judiciales del Reino Unido no se desprendía la realización de un análisis en torno al vínculo entre los hechos de los casos y la imposición de la prohibición al voto.

La Corte también consideró que el Parlamento ha omitido la realización de un debate sustantivo en torno a las políticas penales vigentes y los estándares de derechos humanos que permita justificar la restricción del derecho al voto en el caso de los prisioneros. Por tal motivo, expresó que la legislación vigente impone una restricción general a los condenados a prisión que surte efectos de manera indiscriminada y automática, sobrepasando el margen de apreciación sobre el cual descansa la posibilidad de establecer restricciones y constituyendo así una vulneración a lo establecido por el artículo 3 del Protocolo Número 1.

Particularmente interesantes resultan los votos concurrentes y disidentes que emitieron los jueces CAFLISCH, TULKENS, ZAGREBELSKY, WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER y JEBENS.

En su voto concurrente, el Juez CAFLISCH determinó que la Corte no se pronunció en torno al mínimo de parámetros que debe seguirse al hacerse una restricción al derecho al voto. Para él dichos parámetros son los siguientes:²⁶⁵

1. Las medidas de prohibición deben estar previstas en la ley.
2. La medida no puede ser de aplicación general sino que tiene que tomar en cuenta características específicas de los prisioneros.
3. Debe establecerse que la prohibición debe ser una medida impuesta por el Juez y no por el Poder Ejecutivo.
4. La prohibición debe incluirse en la parte punitiva de una sentencia.

Desde la perspectiva de los jueces TULKENS y ZAGREBELSKY el único hecho considerado por la prohibición es que la persona se encuentre en prisión. Al no considerar otras circunstancias, la justificación de la prohibición es para los jueces inaceptable. Según su opinión, no existen bases prácticas para negar a los prisioneros el derecho al voto, y por tanto, la falta de una base racional en la prohibición es motivo suficiente para que pueda declararse una violación a la Convención, sin que sea necesario un estudio de proporcionalidad que la justifique.

Los jueces disidentes WILDHABER, COSTA, LORENZEN, KOVLER Y JEBENS, por su parte, no están de acuerdo en que se haya declarado una violación al artículo 3 del Protocolo Número 1 pues consideran que la disposición no confiere derechos individuales y no contempla otras condiciones para la realización de las elecciones más allá de la de garantizar la libertad de expresión de la población.

Asimismo, los jueces consideran que la norma no establece los fines que debe perseguir una restricción a su contenido, por lo que consideran que una norma de carácter general – como la del caso – no puede ser juzgada de manera diferenciada a otro tipo de normas. En este sentido, los jueces también consideran que la restricción al derecho al voto no debe ser algo que necesariamente deba estudiarse según las circunstancias específicas de un caso, sino que al

²⁶⁵ CEDH. *Caso Hirst Vs. Reino Unido*. Sentencia de 6 de octubre de 2005. Voto concurrente del Juez Caflich. párr. 7.

contrario, resulta compatible que el Poder Legislativo se pronuncie de manera abstracta en la materia²⁶⁶.

Los jueces parten del amplio margen de apreciación para decidir que otorga el artículo 3 del Protocolo Número 1 para disentir de la consideración de que la prohibición va más allá de dicho margen, pues creen que sólo en los supuestos de una limitación contraria a la naturaleza del derecho al voto o completamente arbitraria, la restricción podría valorarse como tal²⁶⁷.

Por otra parte, los jueces consideran que no existe en los sistemas jurídicos de los países miembros un consenso en la materia, por lo que la legislación del Reino Unido no puede considerarse como contraria a un estándar europeo ya que éste es inexistente. Bajo dicha óptica, los jueces determinaron que la Corte no debe ejercer una actividad legislativa²⁶⁸, ni debe pronunciarse en torno a las formas en que los poderes legislativos nacionales deben funcionar²⁶⁹.

Los jueces a su vez consideran que la Corte no se encuentra en posición para imponer a los sistemas nacionales una obligación de abolir la prohibición o de autorizarla bajo ciertos límites. Lo anterior dado que el tema en cuestión atañe a cuestiones políticas, existe en un panorama en el que no hay un consenso en la materia y el artículo 3 del Protocolo Número 1 es muy ambiguo. Por ello, los jueces establecen que la Corte carece de una base clara sobre la cual le sea posible respaldar una determinada posición.

Y finalmente el Juez COSTA en su voto disidente hace una precisión en cuanto a su voto y establece que para él la medida no es arbitraria ni constituye una vulneración al elemento de la libertad de expresión de las personas en el derecho al voto. Asimismo, el juez considera que la decisión tomada por la mayoría priva al Estado del margen de apreciación que

²⁶⁶ CEDH. *Caso Hirst Vs. Reino Unido*. Sentencia de 6 de octubre de 2005. Votos disidentes de los Jueces Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler y Jebens. párr. 4.

²⁶⁷ *Ibidem*. párrafo 5.

²⁶⁸ CEDH. *Caso Hirst Vs. Reino Unido*. Sentencia de 6 de octubre de 2005. Votos disidentes de los Jueces Wildhaber, Costa, Lorenzen, Kovler y Jebens. párr. 6.

²⁶⁹ *Ibidem*. párr. 7.

el artículo 3 del Protocolo Número 1 le otorga, aún y cuando reconoce que dicho margen existe.

5.2. Colombia. Casos C481 de 1998, C355 de 2006 y C370 de 2006

5.2.1. Texto Constitucional²⁷⁰

“ARTICULO 93. Los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden interno.

Los derechos y deberes consagrados en esta Carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.

El Estado Colombiano puede reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional en los términos previstos en el Estatuto de Roma adoptado el 17 de julio de 1998 por la Conferencia de Plenipotenciarios de las Naciones Unidas y, consecuentemente, ratificar este tratado de conformidad con el procedimiento establecido en esta Constitución. La admisión de un tratamiento diferente en materias sustanciales por parte del Estatuto de Roma con respecto a las garantías contenidas en la Constitución tendrá efectos exclusivamente dentro del ámbito de la materia regulada en él.”

5.2.2. Caso C481 de 1998

En esta sentencia, la Corte Constitucional colombiana sostuvo la obligatoriedad de los criterios emanados de los tribunales internacionales al resolver un problema de discriminación laboral por razones de sexo.

El actor sostuvo que el literal b) del artículo 46 del decreto 2277 de 1979 establecía una sanción para un docente por el solo hecho de ser homosexual, con lo cual la disposición regulaba una discriminación por razón de orientación sexual. Con base en lo anterior, el actor argumentó que la norma resultaba inconstitucional ya que viola la igualdad (CP artículo 13), el libre desarrollo de la personalidad (CP artículo 16) y el derecho de toda persona a escoger profesión y oficio (CP artículo 26), pues en virtud de la misma ningún homosexual podría desempeñarse como educador.

²⁷⁰ Constitución Política de Colombia de 1991. Disponible en línea: Alcaldía de Bogotá. <http://www.alcaldiabogota.gov.co/sisjur/normas/Norma1.jsp?i=4125>.

Por tanto, el problema constitucional que tuvo que analizar la Corte Constitucional era si la ley podía regular como falta disciplinaria de un docente el homosexualismo, o si ello constituía una vulneración a la intimidad, la igualdad y el libre desarrollo de la personalidad de los docentes.

En su estudio, la Corte determinó que

“26- Estas conclusiones de la Corte coinciden además con los desarrollos jurisprudenciales de las instancias internacionales en materia de derechos humanos. Así, el Tribunal Europeo de Derechos humanos ha considerado, en varios fallos, que la penalización de la homosexualidad desconoce el derecho a la privacidad de las personas, por cuanto no constituye una medida necesaria en una sociedad democrática para satisfacer una necesidad social imperiosa . Según ese tribunal, la sexualidad constituye “uno de los aspectos más íntimos de la vida privada”, por lo cual las injerencias estatales en este ámbito, para ser legítimas, requieren la existencia “de razones particularmente graves”.

Por su parte, y más importante aún, a conclusiones similares ha llegado el Comité de Derechos de Humanos de Naciones Unidas, que constituye el intérprete autorizado del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, que fue aprobado por Colombia por la Ley 74 de 1968. La doctrina de este Comité es entonces vinculante en el ordenamiento colombiano pues esta Corte ya había señalado que, en la medida en que el artículo 93 establece que los derechos constitucionales se interpretarán de conformidad con los tratados de derechos humanos ratificados por Colombia (CP artículo 93), es lógico que nuestro país acoja los criterios jurisprudenciales de los tribunales creados por tales tratados para interpretar y aplicar las normas de derechos humanos. Esa doctrina internacional vincula entonces a los poderes públicos en el orden interno . Ahora bien, y como claramente lo recuerda el actor, el 31 de marzo de 1994, el Comité decidió el caso No 488/1992 de Nicholas Toonen contra Australia y estableció con claridad (Párrafo 8.2 y ss) que el artículo 17 del Pacto protege la privacidad de la práctica sexual entre personas adultas, por lo cual la penalización de la homosexualidad constituye una abierta violación del Pacto. Igualmente, en esa decisión, el Comité (Párrafo 8.7) interpretó el alcance del artículo 2-1 del Pacto, que ordena a todos los Estados garantizar los derechos humanos sin distinción de “sexo”, y del artículo 26 que establece el derecho de toda persona a una “igual protección de la ley” y prohíbe por ende toda discriminación por razón de “sexo”. El Comité concluyó que la referencia a “sexo” en estos artículos debe interpretarse de tal manera que incluya la “orientación sexual” de las personas.

27- En síntesis, conforme a la Constitución y a los tratados de derechos humanos, es claro que la homosexualidad no puede ser considerada una enfermedad, ni una anormalidad patológica, que deba ser curada o combatida, sino que constituye una orientación sexual legítima, que constituye un elemento esencial e íntimo de la identidad de una persona, por lo cual goza de una protección constitucional especial, tanto en virtud de la fuerza normativa de la igualdad como por la consagración del derecho al libre desarrollo de la personalidad (CP arts 13 y 16). Todo lenguaje tendiente a estigmatizar a una persona por su orientación sexual es entonces contrario a la Carta y es explícitamente rechazado por

esta Corporación. En ese mismo orden de ideas, toda diferencia de trato fundada en la diversa orientación sexual equivale a una posible discriminación por razón de sexo y se encuentra sometida a un control constitucional estricto. Ahora bien, conforme a los criterios desarrollados por esta Corporación y por otros tribunales constitucionales y de derechos humanos, para que un trato diferente satisfaga los estándares de un escrutinio estricto es necesario (i) no sólo que la medida estatal pretenda satisfacer un interés legítimo sino que es menester que se trate de una necesidad social imperiosa. Además, (ii) el trato diferente debe ser no sólo adecuado para alcanzar ese objetivo trascendental sino que debe ser estrictamente necesario, esto es, no debe existir ninguna otra medida alternativa fundada en otros criterios de diferenciación; y (iii), finalmente, debido a que se trata de un escrutinio estricto, la Corte debe evaluar con severidad la proporcionalidad misma de la medida, esto es, debe aparecer de manera manifiesta que el trato diferente permite una realización sustantiva de la necesidad que se pretende satisfacer sin afectar intensamente a la población afectada por la medida de diferenciación. Con ese estándar, entra la Corte a analizar la legitimidad de la consagración de la homosexualidad como falta disciplinaria en el ejercicio docente.”

Finalmente, con base en la argumentación antes transcrita, la Corte resolvió declarar inexecutable la expresión “el homosexualismo” contenida en el literal b) del artículo 46 del Decreto 2277 de 1979.

5.2.3. Caso C010 de 2000

En este caso, la Corte Constitucional colombiana tuvo a bien analizar un caso en el que se impugnaban las normas relacionadas al manejo de la radio y la difusión de programas a través de este medio de comunicación.

El actor, argumentó que las disposiciones restringían de forma indebida la libertad de expresión e información en la radio. Así, el problema constitucional que la Corte Constitucional resolvió fue si las regulaciones legales de los servicios de radiodifusión contenidas en las disposiciones impugnadas representaban o no una restricción inconstitucional de la libertad de expresión en general, y de la libertad radial en particular.

En su análisis, la Corte determinó que

“7- Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de

conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales . Ahora bien, en la Opinión Consultiva No 05 del 13 de noviembre de 1985, la Corte Interamericana estudió in extenso el alcance de la libertad de expresión, y la posibilidad de establecer las restricciones a ese derecho, análisis que será tenido en cuenta, en lo pertinente, por esta Corte Constitucional. Según esa doctrina, una restricción es conforme a la Convención Interamericana si consiste en una forma de responsabilidad posterior, pues la censura previa se encuentra prohibida. Además, debe tratarse de una causal que se encuentre previamente prevista en la ley, de manera clara y taxativa, y que sea necesaria para proteger los fines previstos por la propia Convención, a saber, el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o la protección de la seguridad nacional, el orden público, la salud o la moral públicas. En particular la Corte Interamericana, en el párrafo 46 de la mencionada Opinión Consultiva, señaló unas pautas que esta Corte Constitucional prohija:

“Es importante destacar que la Corte Europea de Derechos humanos al interpretar el artículo 10 de la Convención Europea, concluyó 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". (Eur. Court H. R., The Sunday Times case, judgment of 26 April 1979, Series A no. 30, párr. no. 59, págs. 35-36). Esta conclusión, que es igualmente aplicable a la Convención Americana, sugiere que la "necesidad" y, por ende, la legalidad de las restricciones a la libertad de expresión fundadas sobre el artículo 13.2, dependerá de que estén orientadas a satisfacer un interés público imperativo. Entre varias opciones para alcanzar ese objetivo debe escogerse aquella que restrinja en menor escala el derecho protegido. Dado este estándar, no es suficiente que se demuestre, por ejemplo, que la ley cumple un propósito útil u oportuno; para que sean compatibles con la Convención las restricciones deben justificarse según objetivos colectivos que, por su importancia, preponderen claramente sobre la necesidad social del pleno goce del derecho que el artículo 13 garantiza y no limiten más de lo estrictamente necesario el derecho proclamado en el artículo 13. Es decir, la restricción debe ser proporcionada al interés que la justifica y ajustarse estrechamente al logro de ese legítimo objetivo. (The Sunday Times case, supra, párr. no. 62, pág. 38; ver también Eur. Court H. R., Barthold judgment of 25 March 1985, Series A no. 90, párr. no. 59, pág. 26). (subrayas no originales)”

Conforme a lo anterior, debido a su lugar preferente, las limitaciones a la libertad de prensa se encuentran, en general, sometidas a un examen constitucional muy estricto. Con estos criterios, entra entonces la Corte a examinar las disposiciones acusadas, para lo cual intentará, en lo posible, reagruparlas temáticamente, a fin racionalizar el análisis y la presentación de la sentencia.

Finalmente, la Corte concluyó que algunas restricciones eran válidas y otras no lo eran conforme al bloque de constitucionalidad. Por tanto, declaró algunas partes de las normas exequibles y otras como inexecutable.

5.2.4. Caso C355 de 2006

Esta sentencia constituye la primera en la que la Corte Constitucional colombiana se alejó de la postura vertida en las anteriores resoluciones y adoptó un criterio según el cual los criterios de los órganos internacionales no resultaban obligatorios para las autoridades en la esfera interna.

El en análisis del caso, que giraba en torno al aborto, la Corte Constitucional explicó que en su competencia,

“La Corte debe usar como criterio hermenéutico en el estudio de constitucionalidad del manejo penal del aborto la jurisprudencia y doctrina de las instancias internacionales que monitorean los tratados de derechos humanos. De acuerdo a lo anterior, el intérprete debe escoger y aplicar la regulación que se más favorable a la vigencia de los derechos humanos y para esto debe tener en cuenta la jurisprudencia de instancias internacionales, que constituye parte relevante para interpretar el alcance de esos tratados.”

Finalmente, con base en el argumento antes expuesto, y con motivo de esta sentencia, la Corte Constitucional estableció el siguiente criterio jurisprudencial:

“RECOMENDACIONES Y OBSERVACIONES DE ORGANISMOS INTERNACIONALES-Valor/JURISPRUDENCIA DE INSTANCIAS INTERNACIONALES DE DERECHOS HUMANOS- Pauta relevante para interpretación de tratados y derechos constitucionales- De conformidad con el artículo 93 constitucional, los tratados internacionales de derechos humanos hacen parte del bloque de constitucionalidad bien sea esta figura entendida en sentido estricto o en sentido lato. La jurisprudencia de las instancias internacionales constituye una pauta relevante para la interpretación de los enunciados normativos contenidos en instrumentos internacionales que hacen parte del bloque de constitucionalidad, cosa diferente a atribuirle a dicha jurisprudencia directamente el carácter de bloque de constitucionalidad. Adicionalmente, la Corte ha sido enfática en referirse a la jurisprudencia proveniente de instancias internacionales, alusión que atañe exclusivamente a la Corte Interamericana de Derechos humanos, única instancia judicial del Sistema Interamericano. Por lo tanto, con menor razón podría atribuírsele el carácter de bloque de constitucionalidad a las recomendaciones y observaciones formuladas por otros organismos internacionales que no tienen atribuciones judiciales, lo que no excluye que las

recomendaciones y observaciones formuladas por organismos de esta naturaleza puedan ser tenidas en cuenta para interpretar los derechos fundamentales contenidos en la Carta de 1991, y que su relevancia varíe según sea su naturaleza y función a la luz del tratado internacional correspondiente.”

5.2.5. Caso C370 de 2006

En esta sentencia, la Corte Constitucional colombiana conoció de un asunto donde el objeto de estudio fue el derecho a la verdad de las víctimas. En ella, la instancia constitucional también adoptó una postura en la que dejó atrás la obligatoriedad de los criterios de órganos internacionales y al analizar los beneficios a los paramilitares determinó que:

“6. La Corte destaca con particular énfasis, que las anteriores conclusiones provienen de Sentencias de un Tribunal internacional cuya competencia ha sido aceptada por Colombia. El artículo 93 superior prescribe que los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Ahora bien, si un tratado internacional obligatorio para Colombia y referente a derechos y deberes consagrados en la Constitución prevé la existencia de un órgano autorizado para interpretarlo, como sucede por ejemplo con la Corte Interamericana de Derechos humanos, creada por la Convención Interamericana de Derechos humanos, su jurisprudencia resulta relevante para la interpretación que de tales derechos y deberes se haga en el orden interno. Por ello, esta Corporación ha reconocido relevancia jurídica a la jurisprudencia de los órganos judiciales creados mediante convenios sobre derechos humanos ratificados por Colombia. Así, por ejemplo, respecto de la jurisprudencia sentada por la Corte Interamericana de Derechos humanos, en la Sentencia C-010 de 2000, se vertieron al respecto los siguientes conceptos:

“Directamente ligado a lo anterior, la Corte coincide con el interviniente en que en esta materia es particularmente relevante la doctrina elaborada por la Corte Interamericana de Derechos humanos, que es el órgano judicial autorizado para interpretar autorizadamente la Convención Interamericana. En efecto, como lo ha señalado en varias oportunidades esta Corte Constitucional, en la medida en que la Carta señala en el artículo 93 que los derechos y deberes constitucionales deben interpretarse “de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia”, es indudable que la jurisprudencia de las instancias internacionales, encargadas de interpretar esos tratados, constituye un criterio hermenéutico relevante para establecer el sentido de las normas constitucionales sobre derechos fundamentales.”

5.3. Venezuela. Casos “Pueblos indígenas de Amazonas, “Ley de Vagos y Maleantes” y “Reincorporación de magistrados”

5.3.1. Texto Constitucional²⁷¹

²⁷¹ Constitución de la República de Venezuela de 1999. Disponible en línea: Tribunal Supremo de Justicia. <http://www.tsj.gov.ve/legislacion/constitucion1999.htm> .

“Artículo 23. Los tratados, pactos y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por Venezuela, tienen jerarquía constitucional y prevalecen en el orden interno, en la medida en que contengan normas sobre su goce y ejercicio más favorables a las establecidas por esta Constitución y en las leyes de la República, y son de aplicación inmediata y directa por los tribunales y demás órganos del Poder Público.”

5.3.2. Caso “Pueblos indígenas del Estado de Amazonas”

Esta es una sentencia de Venezuela ejemplificativa en el que la Corte Suprema de Justicia de Venezuela realizó un análisis para favorecer una mayor extensión de los derechos de participación política de las comunidades indígenas, integrando el contenido de diversos instrumentos internacionales aplicables a la materia.

En sentencia dictada el 5 de diciembre de 1995, el Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela resolvió una Acción de Inconstitucionalidad ejercitada por miembros y autoridades de los pueblos indígenas del Estado de Amazonas. En el fallo, la instancia analizó y reconoció el derecho a la participación política como un derecho humano de rango constitucional. Para ello, la Corte fundamentó su afirmación tomando en consideración instrumentos internacionales sobre derechos humanos ratificados por Venezuela: el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (artículo 25), la Declaración Universal de Derechos Humanos (artículo 2), la Declaración Americana sobre Derechos y Deberes del Hombre (artículo 20), y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (artículo 23).

Respecto de estos instrumentos, la Corte especificó que “forman parte integrante del ordenamiento jurídico venezolano”. Por otra parte, en cuanto al derecho de participación ciudadana, la instancia dijo que en el caso de las comunidades indígenas, dicho derecho constituía una forma de expresión para el régimen de excepción previsto por el artículo 77 de la Constitución de 1961.

Finalmente, la instancia declaró la inconstitucionalidad de la Ley de División Político-Territorial del Estado de Amazonas, por considerarla como violatoria del derecho constitucional de participación de los pueblos indígenas, considerado como derecho humano internacional constitucionalizado de las minorías en Venezuela.

5.3.3. Caso “Ley de Vagos y Maleantes”

El Caso Ley de Vagos y Maleantes es otro de los asuntos en los que la Corte Suprema venezolana realizó una interpretación más extensiva del derecho utilizando instrumentos de fuente internacional, que en este caso fue la aplicación directa de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

En sentencia del Pleno de la Corte Suprema de Justicia de Venezuela del 14 de octubre de 1997, esta Corte estudió una acción de inconstitucionalidad en la que se alegaba la inconstitucionalidad de la Ley de Vagos y Maleantes. En su análisis, la Corte determinó la incorporación de los tratados sobre derechos humanos como ‘parámetro de constitucionalidad’ y al efecto expresó:

“La Convención Americana de Derechos Humanos (Pacto de San José) se ha incorporado a nuestro Derecho Interno como una norma ejecutiva y ejecutable reforzada por la jurisprudencia, la cual le ha dado el carácter de parámetro de constitucionalidad. Ello entraña la incorporación a nuestro ordenamiento jurídico interno del régimen previsto en convenciones internacionales.

La Corte estima que el procedimiento aplicable, conforme a lo previsto en la Ley sobre Vagos y Maleantes, referente a los sujetos de la misma. Es característico y propio de una acción penal y omite las garantías establecidas por las normas internacionales para un juicio justo, incluyendo el derecho a la defensa y la presunción de inocencia. Así lo establecen los artículos 9 y 14 del Convenio Internacional sobre Derechos Civiles y Políticos y los artículos 7 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos humanos.

De otra parte, la definición de vago y maleante es tan imprecisa que plantea serias dudas sobre el hecho según el cual, sus disposiciones sean compatibles con el principio de igualdad ante la ley, conforme a lo previsto en el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos humanos[...].”

Con base en lo anterior, la Corte Suprema de Justicia declaró la inconstitucionalidad de la Ley de Vagos y Maleantes.

5.3.4. Caso “Reincorporación de Magistrados”

El Caso Reincorporación de Magistrados es relevante pues es ejemplificativo de cómo un cambio en la óptica desde la que se observa al Derecho puede resultar en un cambio en el modo en que interactúan Derecho nacional y Derecho internacional. Después de un largo recorrido por jurisprudencia en la que las instancias venezolanas incorporaron de manera directa instrumentos internacionales, este caso es un precedente en el que el Tribunal Supremo

de Justicia hace un revés y hace nugatoria la aplicación de la Convención Americana, incluso ordenando a las autoridades procedan a realizar su denuncia.

El Expediente No. 08-1572 radicado en la Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, se inició con motivo de una acción de control de la constitucionalidad planteada por los abogados representantes de la República Bolivariana de Venezuela para delimitar la interpretación del fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos de 5 de agosto de 2008. Fallo en virtud del cual la instancia interamericana había ordenado la reincorporación en sus cargos de los exmagistrados Ana María Ruggeri Cova, Perkins Rocha Contreras y Juan Carlos Aptiz Barrera.

En la sentencia dictada para resolver este caso, la Sala Constitucional expresó que:

“El preámbulo de la ‘Convención Americana sobre Derechos humanos’ aclara que la protección internacional que de ella se deriva es ‘coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos’. Es decir, que la Corte Interamericana de Derechos humanos no puede pretender excluir o desconocer el ordenamiento constitucional interno, pues la Convención coadyuva o complementa el texto fundamental que, en el caso de nuestro país, es ‘la norma suprema y el fundamento del ordenamiento jurídico’ (artículo 7 constitucional).

Por otra parte, el citado artículo 23 de la Constitución no otorga a los tratados internacionales sobre derechos humanos rango “supraconstitucional”, por lo que, en caso de antinomia o contradicción entre una disposición de la Carta Fundamental y una norma de un pacto internacional, correspondería al Poder Judicial determinar cuál sería la aplicable, tomando en consideración tanto lo dispuesto en la citada norma como en la jurisprudencia de esta Sala Constitucional del Tribunal Supremo de Justicia, atendiendo al contenido de los artículos 7, 266.6, 334, 335, 336.11 eiusdem y el fallo número 1077/2000 de esta Sala.”

Y con base la argumentación antes citada, la Sala Constitucional resolvió que el fallo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos resultaba inejecutable y además solicitó al Ejecutivo Nacional que procediera a denunciar la Convención Americana sobre Derechos Humanos, pues desde su óptica, resultaba evidente la usurpación de funciones en que había ocurrido la instancia interamericana al dictar el fallo objeto de la presente resolución.

5.4. Argentina. Casos Ekmekdjian, Girolodi, y Carranza Latrubesse

5.4.1. Texto Constitucional²⁷²

“Artículo 75.- Corresponde al Congreso: ...

22. Aprobar o desechar tratados concluidos con las demás naciones y con las organizaciones internacionales y los concordatos con la Santa Sede. Los tratados y concordatos tienen jerarquía superior a las leyes.

La Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; la Declaración Universal de Derechos humanos; la Convención Americana sobre Derechos humanos; el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales; el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y su Protocolo Facultativo; la Convención sobre la Prevención y la Sanción del Delito de Genocidio; la Convención Internacional sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación Racial; la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación contra la Mujer; la Convención contra la Tortura y otros Tratos o Penas Cruels, Inhumanos o Degradantes; la Convención sobre los Derechos del Niño; en las condiciones de su vigencia, tienen jerarquía constitucional, no derogan artículo alguno de la primera parte de esta Constitución y deben entenderse complementarios de los derechos y garantías por ella reconocidos. Sólo podrán ser denunciados, en su caso, por el Poder Ejecutivo Nacional, previa aprobación de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara.

Los demás tratados y convenciones sobre derechos humanos, luego de ser aprobados por el Congreso, requerirán del voto de las dos terceras partes de la totalidad de los miembros de cada Cámara para gozar de la jerarquía constitucional.”

5.4.2. Caso Ekmekdjian, Miguel Ángel C/ Sofovich, Gerardo y otros.

Esta sentencia de 1992 resulta relevante en el cúmulo de sentencias de Derecho comparado aplicables al tema de derechos humanos pues en ella la Corte Suprema de Justicia de la Nación de Argentina se pronunció en torno al rango de los tratados internacionales en materia de derechos humanos de manera previa a la reforma constitucional de 1994 que les otorgó rango constitucional. Por tanto, es un ejemplo de cómo incorporar el contenido de los tratados en sentencia a pesar de que la Constitución no les de un rango constitucional expreso en su texto.

El caso Ekmekdjian c/ Sofovich surge de una acción de amparo que promovió una persona en contra del responsable de un programa televisivo, pues consideró lesionados sus

²⁷² Constitución de la Nación Argentina. Disponible en línea: Diputados. http://www.diputadosalta.gov.ar/images/stories/constitucion_argentina.pdf.

sentimientos religiosos cuando en el programa se expresaron ciertas opiniones sobre la Virgen María y Jesucristo. El demandante invocó como agravio la posibilidad de ejercer el derecho de réplica previsto en el artículo 14.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

El amparo fue denegado, lo que dio lugar a que el demandante se presentara de manera directa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, instancia que declaró procedente el recurso federal y dejó sin efecto el pronunciamiento de la instancia ordinaria.

En su fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación reconoció que en el caso se encontraban en juego la tutela de la libertad de expresión, así como la dignidad, la honra, los sentimientos y la intimidad de las personas. Frente a ello, la instancia sostuvo que:

“11.- La violación de un tratado internacional puede acaecer tanto por el establecimiento de normas internas que prescriban una conducta manifiestamente contraria, cuanto por la omisión de establecer disposiciones que hagan posible su cumplimiento. Ambas situaciones resultarían contradictorias con la previa ratificación internacional del tratado; dicho de otro modo, significarían el incumplimiento o repulsa del tratado, con las consecuencias prejudiciales que de ello pudieran derivarse.

12.- Cuando la Nación ratifica un tratado que firmó con otro Estado, se obliga internacionalmente a que sus órganos administrativos y jurisdiccionales lo apliquen a los supuestos que ese tratado contemple, siempre que contenga descripciones lo suficientemente concretas de tales supuestos de hecho que hagan posible su aplicación inmediata. Una norma es operativa cuando está dirigida a una situación de la realidad en la que puede operar inmediatamente, sin necesidad de instituciones que deba establecer el Congreso.”

Con base en lo anterior, la instancia concluyó que el Pacto de San José integraba el ordenamiento jurídico argentino, puesto que era éste una Convención vigente que Argentina había hecho parte de su sistema jurídico mediante el depósito del instrumento de ratificación el 5 de septiembre de 1984. Por tanto, con base en el artículo 31 de la Constitución argentina y el 74.2 del Pacto de San José, la Convención era parte del Derecho argentino, sin importar el carácter operativo o programático de las normas que integran el instrumento internacional.

La Corte Suprema además reconoció que al formar parte del Derecho argentino, el derecho de réplica contemplado por el artículo 14 de la Convención Americana constituye un derecho suficientemente definido como para merecer la tutela de la Corte Suprema de Justicia, que tiene a su cargo la protección y guarda del instrumento internacional en la esfera interna. La Corte también expresó que para la correcta interpretación del Pacto de San José en la esfera

interna, debía considerarse la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

5.4.3. Girolodi, Horacio D. y Otro

Este caso es relevante pues fue el primero en el que la máxima instancia argentina se pronunció en torno al tema una vez que el texto constitucional ya era claro en torno al rango de los tratados relativos a derechos humanos. El asunto fue estudiado en 1995 por la Corte Suprema de Justicia de la Nación, una vez que la reforma constitucional de 1994 que otorgó rango constitucional a los tratados en materia de derechos humanos ya había entrado en vigor. Por tanto, esta sentencia constituyó un avance en el desarrollo del tema que ya había sido discutido en el Caso Ekmekdjian c/ Sofovich.

En este caso, una persona fue condenada a un mes de prisión por un tribunal oral de la Capital Federal. Por tanto, se interpuso el recurso de casación alegando la inconstitucionalidad del artículo 459 inciso 2 del Código Procesal Penal a la luz del derecho a la doble instancia previsto por el artículo 8 inciso 2 apartado h de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El recurso de casación fue rechazado, por lo que la defensa interpuso el recurso federal, mismo que también fue denegado. Frente a la negativa, la defensa promovió el recurso de queja ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

En su fallo, la Corte Suprema de Justicia de la Nación declaró la inconstitucionalidad de la disposición del Código Procesal Penal bajo el argumento de que la imposibilidad de interponer casación contra sentencias criminales en razón del monto de la pena, prevista por la disposición interna, no resulta conforme al derecho a la doble instancia contenido en la Convención Americana.

Al efecto, la Corte expresó:

“11. Que la ya recordada ‘jerarquía constitucional’ de la Convención Americana sobre Derechos humanos (consid.5) ha sido establecida por voluntad expresa del constituyente, ‘en las condiciones de su vigencia’ (artículo 75, inc. 22, párr2, esto es, tal como la Convención citada efectivamente rige en el ámbito internacional y considerando particularmente su efectiva aplicación jurisprudencial por los tribunales internacionales competentes para su interpretación y aplicación.

De ahí que la aludida jurisprudencia deba servir de guía para la interpretación de los preceptos convencionales en la medida en que el Estado Argentino reconoció la competencia de la Corte Interamericana para conocer en todos los casos relativos a la interpretación y aplicación de la Convención Americana (confr. artículos 75, Constitución Nacional, 62 y 64 Convención Americana y 2, Ley 23.054).”

Así, la Corte determinó que la garantía de la doble instancia debe observarse dentro del proceso penal como garantía mínima para toda persona condenada por la comisión de un delito. La Corte consideró además que de no hacerlo así, Argentina estaría incurriendo en responsabilidad frente a la comunidad internacional por el incumplimiento en la aplicación de los tratados internacionales a los que el país voluntariamente se ha vinculado.

5.4.4. Caso Carranza Latrubesse, Gustavo c/ Estado Nacional

El Caso Carranza Latrubesse es importante para el Derecho comparado pues es el fallo más reciente de la Corte Suprema de Justicia de la Nación en el que la instancia se ha pronunciado en torno al rango constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos. A diferencia de otros países, en Argentina el desarrollo jurisprudencial ha seguido una misma línea, por lo que esta sentencia constituye un avance para el tema de la incorporación de los tratados en materia de derechos humanos en la esfera nacional.

La sentencia, de 6 de agosto de 2013, surge con motivo de una demanda interpuesta por el Dr. Gustavo Carranza Latrubesse, juez de Primera Instancia de la Provincia de Chubut que fue removido de su cargo mediante un decreto emitido por el Poder Ejecutivo en 1976. A consecuencia de lo anterior, el afectado promovió acción contencioso administrativa en la que alegó la nulidad de la medida y la reparación de los daños y perjuicios que le fueron causados a raíz de la pérdida de su trabajo. El recurso fue declarado como no justiciable por la instancia administrativa, por lo que Carranza Latrubesse interpuso recurso extraordinario, pero éste fue desestimado por la Corte Suprema de Justicia de la Nación.

Al no obtener respuesta en Argentina, el Dr. Carranza Latrubesse presentó una petición ante la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en 1987, argumentando la violación a las garantías judiciales y la protección judicial, contenidas en los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

La Comisión Interamericana de Derechos humanos, emitió su Informe N° 30/97 en el año de 1997, donde recomendó al Estado argentino que indemnizara al Dr. Carranza Latrubesse con motivo de la violación a los derechos previstos por los artículos 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Con base en el Informe de la Comisión Interamericana, el Dr. Carranza presentó una acción declarativa ante la Corte Suprema de Justicia de la Nación, a fin de que se hiciera efectivo el contenido del Informe emitido por el órgano interamericano. La máxima instancia nacional resolvió en marzo de 2002 que el asunto no era de su competencia.

Así, se remitió el expediente al órgano federal de lo contencioso administrativo, en el que el asunto fue fallado finalmente y se condenó al Estado al pago de \$400,000 pesos argentinos a favor del Dr. Carranza Latrubesse. El fallo fue objeto de recursos extraordinarios interpuestos por ambas partes, mismos que fueron denegados en ambos casos. Las denegaciones fueron motivo para la presentación de dos quejas, mismas que fueron resueltas por la Corte Suprema de Justicia de la Nación y que son objeto del presente fallo.

Al efecto, el Estado argumentó la no vinculatoriedad para el Estado del contenido del Informe emitido por la Comisión, el Dr. Carranza argumentó la falta de consideración de algunas variables en el cómputo de la indemnización.

Al realizar el estudio de fondo de las quejas, la Corte aclaró su fundamentación,

"17) Que, con todo, es menester aclarar que la obligatoriedad de las recomendaciones del informe definitivo atañe, como el propio artículo 51.2 lo enuncia, a las recomendaciones "pertinentes", esto es, solo a las dirigidas a "remediar la situación examinada, la cual no podría ser otra que la propia del peticionario y por el agravio que se hubiera tenido por producido respecto de éste. Súmase a ello que, como también es señalado por dicho precepto ("el Estado debe tomar las medidas que le competan), el cumplimiento local de las recomendaciones habrá de realizarse con estricto respeto del orden de distribución de competencias previsto por el ordenamiento jurídico interno, principalmente, por la Constitución Nacional. Mas, ningún planteamiento sobre estas cuestiones, ni sobre las anticipadas supra (considerando 3°) ha sido formulado ante esta instancia y, después de todo, una "indemnización" constituye "la forma más usual" de reparar un daño (Corte IDH, Velásquez Rodríguez vs. Honduras, reparaciones y costas, sentencia del 21~7-1989, Serie C N° 7, párr. 25).

18) Que, en conclusión, corresponde desestimar el agravio del Estado Nacional y reconocer el carácter obligatorio para éste de las recomendaciones del artículo 51.2 de la Convención Americana formuladas

en el Informe N° 30/97 de la Comisión, so riesgo de incurrir en una interpretación opuesta a todas las pautas y criterios de hermenéutica reiteradamente recordados. Es evidente, a juicio de este Tribunal, que dicho resultado es el que impone el "sentido" que debe atribuirse a los términos del citado precepto tanto en el "contexto" específico cuanto en el general en el que están insertos, atendiendo al "objeto y fin" del régimen de peticiones y de la Convención Americana en su integralidad. Es, a la par, el que mejor responde al principio de "buena fe" y al "efecto útil" de dicho régimen, evitando así el "debilitamiento" del sistema, cuando no, por así decirlo, del propio ser humano al cual está destinado a servir. El derecho de petición individual "abriga[...] la última esperanza de los que no encontraron justicia a nivel nacional" (Corte IDH, Condición Jurídica y Derechos humanos del Niño, cit., voto concurrente del juez Cançado Trindade, párr. 22)".

Finalmente, la Corte declaró que había lugar parcialmente a la queja y el recurso extraordinario promovido por el Estado y que, por otra parte, había de desestimarse la queja interpuesta por el Dr. Carranza Latrubesse, por considerar que insuficiente la fundamentación presentada en el recurso extraordinario del cual derivaba la queja.

5.5. Costa Rica. Caso Ricardo Fliman

5.5.1. Texto Constitucional²⁷³

“Artículo 7.- Los tratados públicos, los convenios internacionales y los concordatos, debidamente aprobados por la Asamblea Legislativa, tendrán desde su promulgación o desde el día que ellos designen, autoridad superior a las leyes.

Los tratados públicos y los convenios internacionales referentes a la integridad territorial o la organización política del país, requerirán aprobación de la Asamblea Legislativa, por votación no menor de las tres cuartas partes de la totalidad de sus miembros, y la de los dos tercios de los miembros de una Asamblea Constituyente, convocada al efecto. Reformado.”

5.5.2. Caso Fliman

El Caso Fliman es otro de los precedentes judiciales ejemplificativos de un ejercicio de incorporación de los tratados en materia de derechos humanos en la esfera nacional. En este ejemplo, la instancia costarricense favoreció la interpretación más amplia para beneficiar a la

²⁷³ Constitución Política de Costa Rica. Disponible en línea: Asamblea Legislativa de la República de Costa Rica.
http://www.asamblea.go.cr/centro_de_informacion/biblioteca/Paginas/Constituci%C3%B3n%20Pol%C3%ADtica%20de%20Costa%20Rica.aspx

persona al confirmar la aplicación del contenido de los instrumentos internacionales en la materia.

En la sentencia 3435-92 que resolvió este caso, la Sala Constitucional de la Corte Suprema de Justicia de Costa Rica resolvió un recurso de amparo promovido por el señor Ricardo Fliman Wrgaft contra el Director y el Jefe de la Sección de Opciones y Naturalizaciones del Registro Civil, después de solicitar la naturalización para la obtención de la nacionalidad costarricense y no obtener respuesta.

Las autoridades demandadas informaron que la solicitud se había denegado con base en el artículo 14 de la Constitución costarricense que al efecto establece que *“la mujer extranjera que habiendo estado casada durante dos años con costarricense, y habiendo residido en el país durante ese mismo período, manifieste su deseo de adquirir la nacionalidad costarricense”* podrá optar por la naturalización.

Por tanto, el alegato principal de la parte actora es que a través de la disposición constitucional se vulnera el derecho a la igualdad pues se incurre en una discriminación por razones de sexo.

La instancia constitucional hizo un estudio a la luz de las disposiciones constitucionales y de las normas internacionales que rigen la materia, y determinó que:

“De acuerdo con lo expuesto, la disposición cuestionada, que no establece, criterios fundamentales de convivencia, carece de vigencia y aplicabilidad frente a los principios fundamentales que establece la Constitución Política y los Convenios Internacionales, para quienes la igualdad y no discriminación son derechos genéricos, y por ello piedra angular, clave, de nuestro ordenamiento; son valores superiores que configuran e impregnan la convivencia democrática de la Nación y del estado social de derecho vigente. La discriminación señalada cede frente a principios de rango superior dado que la desigualdad en comentario no tiende a proteger una finalidad superior, concreta, dirigida a crear, proteger o fomentar intereses comunes superiores sino a discriminar contra derechos subjetivos.”

Con base en lo anterior, la Sala Constitucional declaró con lugar el recurso y ordenó que el señor Ricardo Fliman Wrgaft fuese inscrito como costarricense si cumplía además con los otros requisitos previstos por la Constitución y las leyes para el proceso de naturalización con motivo del matrimonio entre una persona costarricense y un extranjero.

Con motivo de la sentencia antes expuesta, las autoridades promovieron un recurso para la aclaración del contenido de la resolución 3435-92 emitida por la Sala Constitucional. En este recurso la autoridad promovente hizo valer la supremacía de la Constitución sobre los tratados, ya que éstos, de conformidad con el artículo 7° constitucional sólo están por encima de las leyes.

En la resolución adoptada para atender la solicitud de las autoridades, esto es en el denominado Voto N° 5759-93, la Sala Constitucional determinó:

“II. Es obvio que el gestionante parte de lo que dispone el artículo siete de la Constitución Política en el sentido de que los tratados y convenios internacionales “estén con autoridad superior a las leyes” (petitoria 1 in fine). Mas debe decirse que los instrumentos internacionales de Derechos humanos vigentes en la República, conforme a la reforma del artículo 48 Constitucional (Ley No. 7128, de 18 de agosto de 1989), al integrarse al ordenamiento jurídico al más alto nivel, valga decir, al nivel constitucional, lo complementan en lo que favorezcan a la persona. En el caso concreto, no obstante que la norma constitucional textualmente esté concebida de una manera, debe entenderse y aplicarse de tal forma que elimine la discriminación, particularmente a partir de aquélla reforma, pues el texto constitucional costarricense de hoy, no solamente está compuesto de normas (formas gramaticales escritas) de origen interno y externo, sino también de principios y valores, que se deben conjugar en un texto armonioso, aunque pueda parecer heterodoxo desde un punto de análisis tradicional. Esa es la trascendencia de la reforma operada en nuestro sistema jurídico, que nos distingue de otros países, y en que cualquier distinción injustificada por razón de sexo, es ilegítima. Contra eso argumenta el gestionante y no puede la Sala complacerlo.”

Con dicho criterio, la Sala confirmó la jerarquía constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos en la esfera jurídica interna.

CAPÍTULO III

PRIMACIA DE LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTIVAS PRO PERSONA VS SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

Establecer qué norma relativa a derechos humanos, debe primar sobre otra en un conflicto normativo, depende en ciertos casos de una definición previa en el ámbito teórico: establecer cuál de las siguientes directivas antagónicas de interpretación debe prevalecer sobre la otra: el principio *pro persona* o el principio de supremacía constitucional.

Como se advierte de lo anterior, estudiar la primacía de las normas relativas a derechos humanos, necesariamente nos lleva al tema de las antinomias, por lo cual este Capítulo lo iniciaremos con el estudio de éstas, así como de las reglas o criterios aplicables para resolverlas.

Aunque al estudiar los criterios aplicables para resolver los conflictos entre normas jurídicas, veremos que en México las antinomias siempre habían resueltas aplicando los criterios tradicionales de temporalidad o cronológico, el de especialidad, y con mayor relevancia el criterio de jerarquía; de acuerdo con los cuales el conflicto normativo debía resolverse prefiriendo a la norma posterior sobre la anterior, a la especial sobre la general, y sobre todo a la superior sobre la norma inferior. Hasta que la reforma constitucional de 2011, agregó un nuevo criterio de resolución de conflictos normativos: el principio *pro persona*, de acuerdo con el cual la primacía de las normas debe determinarse en razón de su contenido material (que prevalezca la de mayor protección a un derecho humano); a diferencia de los criterios tradicionales para los cuales eran los elementos formales de las normas (jerarquía, temporalidad o especialidad) los que determinaban su primacía sobre otras.

Para la defensa del principio de supremacía constitucional, se erigió la Justicia Constitucional como sistema de medios jurisdiccionales a través de los cuales se garantiza la

primacía de las normas de jerarquía superior sobre las normas de jerarquía inferior, y que se ejerce declarando la invalidez o inaplicabilidad de las normas inferiores que se contrapongan o sean antinómicas a la norma constitucional de jerarquía suprema. Pero con el principio *pro persona*, resulta evidente que se introdujo al país una nueva vertiente en el control de constitucionalidad: el control de la progresividad de las normas relativas a derechos humanos. Siendo también evidente que el parámetro de control bajo el cual opera este control de la progresividad (la primacía de las normas se determina por su contenido, no por su jerarquía), es diverso al parámetro de control bajo el cual opera el control de supremacía (la primacía de las normas se determina por jerarquía suprema, con independencia de cuál sea su contenido).

Y precisamente porque la nueva directiva de interpretación *pro persona*, en ciertos casos puede ser antagónica particularmente con la tradicional directiva de interpretación de supremacía constitucional, resulta necesario dilucidar cuáles son esos casos en los que estas directivas de interpretación colisionan, y cuáles son las alternativas para resolver dichos choques teóricos. O visto desde la perspectiva del sistema de Justicia Constitucional, cuál de los dos modelos, el de control constitucional clásico basado en el principio de supremacía constitucional, o el de control constitucional de progresividad basado en el principio *pro persona*, debe prevalecer sobre el otro en aquellos casos en que colisionen; pues la aplicación indiscriminada de cualquiera de ellos, implica la negación del otro.

Atento a lo anterior, además de desarrollar el tema de las antinomias o conflictos normativos, y presentar la noción y el desarrollo de los principios *pro persona* y de supremacía constitucional; también vamos a identificar los casos precisos en los que tales directivas resultan antagónicas. Será interesante advertir que son muchos más los supuestos en los que ambas directivas son compatibles –sobre todo en aquellos casos en que la antinomia resulta sólo aparente y puede superarse dándoles a las normas involucradas una interpretación que las hace conformes entre sí-, y que son menos los supuestos en los que ambas directivas resultan irremediablemente incompatibles o contradictorias –particularmente cuando la antinomia es real, y se presenta entre una norma inferior más favorable al derecho humano y una norma de jerarquía constitucional que establece una restricción al derecho humano-.

1. LAS ANTINOMIAS O CONFLICTOS NORMATIVOS

1.1. Concepto y tipología

Una antinomia o conflicto normativo existe cuando “*dos o más normas tienen el mismo ámbito de aplicación y sus ‘contenidos normativos’ son incompatibles, es decir, que las normas en conflicto no pueden ser satisfechas al mismo tiempo, dado que el cumplimiento de una produce necesariamente la desobediencia de la otra*”²⁷⁴. Es decir, tiene lugar “*cada vez que un caso concreto es susceptible de dos diversas y opuestas soluciones con base en normas presentes en el sistema*”²⁷⁵.

Pero las antinomias no son todas iguales o del mismo tipo. Las antinomias pueden dividirse en dos grandes grupos: las aparentes y las reales.

La antinomia será aparente cuando la oposición o conflicto entre normas, pueda resolverse dándole a una de ellas una interpretación que resulte conforme con la otra. Ordinariamente es a la norma inferior, a la que se le da una interpretación o un sentido que no es opuesto o contradictorio de la norma superior.

Casos frecuentes de antinomia aparente, los siguientes:

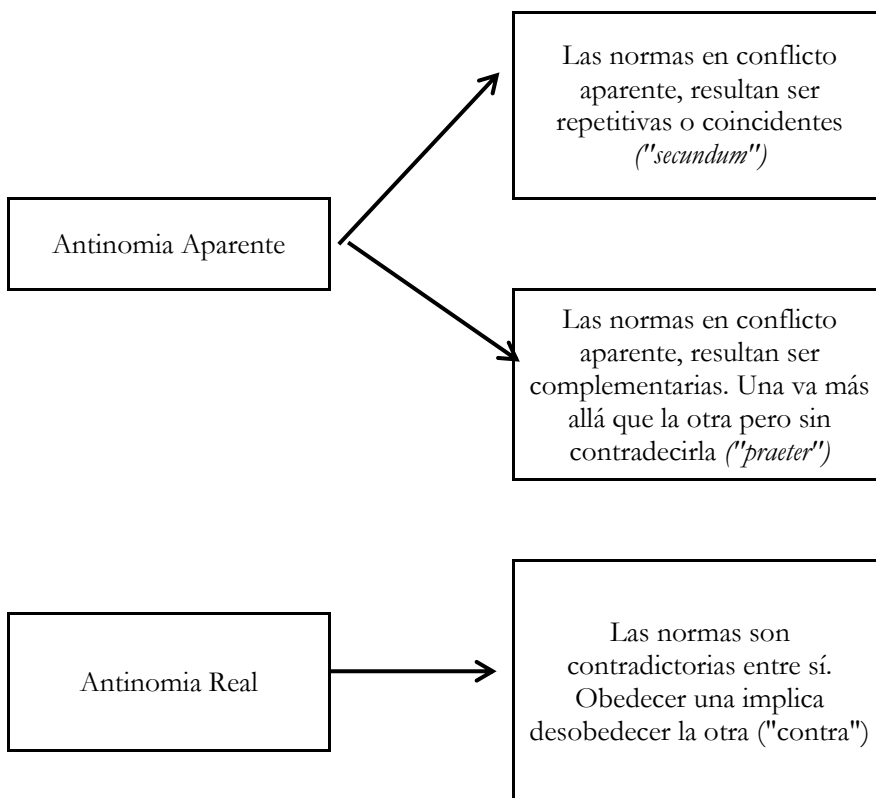
- a) Cuando las normas involucradas se refieran exactamente a la misma conducta, pero además regulen ésta de manera idéntica. Y esto ocurre cuando una de ellas es en realidad la repetición de la otra (cosa muy frecuente en materia de derechos humanos previstos en la Constitución federal, las constituciones locales, y los tratados internacionales), o cuando una tiene un sentido o significado coincidente con la otra, a pesar de no ser su repetición textual. En este trabajo, a estas normas las llamaremos “*secundum*”;
- b) Cuando las normas en realidad regulan conductas distintas, o diversos aspectos o alcances de la misma conducta. Es decir, no son excluyentes, sino ajenas porque se refieren a conductas que no están relacionadas, o complementarias porque

²⁷⁴ HUERTA OCHOA, C. *Conflictos normativos*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003. p. 52.

²⁷⁵ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación jurídica*. GASCÓN, M y CARBONELL, M. (Trads.) México, Porrúa-UNAM, 2001. p. 71.

refiriéndose a la misma conducta, una de las normas va más allá que la otra. Aquí utilizaremos la denominación “*praeter*” para referirnos a este tipo de normas.

La antinomia será real cuando la contradicción entre las normas en conflicto no puede resolverse a través de la interpretación conforme. Esto es, cuando la oposición o conflicto entre normas sea auténtico pues obedecer una de esas normas implique desobedecer la otra; de tal manera que el conflicto normativo sólo pueda ser resuelto declarando para una de éstas, su desaplicación, o su nulidad o expulsión del orden jurídico. A esta antinomia, sólo para efectos didácticos, la llamaremos “*contra*”.



Las denominaciones antes referidas de *secundum*, *praeter* y *contra*, solemos encontrarlas referidas a la costumbre. En este sentido, se habla de la costumbre *secundum legem* que es aquella que secunda a la ley, al ser coincidente con el sentido de ésta, y que incluso sirve como dato que apoya la interpretación legal. La costumbre *praeter legem*, es la que se produce al margen de la ley, pero sin contradecirla, lo cual ocurre porque ésta ni siquiera regula la conducta que configura la costumbre. Finalmente, con la expresión costumbre *contra legem*, se hace referencia

a las prácticas que realiza la gente pero en franca contradicción con lo dispuesto en la ley.²⁷⁶ Sin embargo, para los efectos de este trabajo, vamos a construir aquí las categorías conceptuales de normas *secundum*, normas *praeter* y normas *contra*, para referir respectivamente a las que son repetitivas o coincidentes, a las que no son contradictoria porque una de ellas va más allá de lo previsto por la otra, y a las que son francamente opuestas entre sí.

1.2. Casos de antinomias aparentes y reales

Para ilustrar la tipología de antinomias presentada en el punto anterior, a continuación se darán unos ejemplos de normas jurídicas que serían entre sí, *secundum*, *praeter o contra*, en los términos antes explicados.

1.2.1. Ejemplo de normas *secundum*

De la simple lectura del artículo 6° de la Constitución Federal y a su vez del artículo 6° de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, se advierte que ambos preceptos son idénticos, hasta el punto de que uno es la repetición del otro. Por lo tanto, serían normas *secundum* por repetición textual.

“Artículo 6° (CPEUM). La manifestación de las ideas no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público...”

“Artículo 6° (CPENL). La manifestación de las ideas no puede ser objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que ataque la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público...”

Aunque debe precisarse que las normas con texto idéntico no necesariamente son *secundum* entre sí. Ha ocurrido, por ejemplo en los Estados Unidos de América, que varios estados de la Unión consignan en idénticos términos el derecho a la igualdad de todos frente a la ley, tales textos inscritos en diversas constituciones locales, han sido interpretados con distintos alcances por sus respectivas Supremas Cortes estatales. Sólo en algunos estados, y no en todos los que lo consignan, ese derecho ha sido el fundamento para declarar la

²⁷⁶ Véase OROZCO HENRIQUEZ, J. de J. “costumbre” En: *Diccionario Jurídico Mexicano*. 5ª ed., México, Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992. p. 764 y 765.

inconstitucionalidad local de los actos o normas que impiden el matrimonio entre personas del mismo sexo.

Del mismo modo debe también precisarse que normas con textos diferentes, terminen siendo *secundum* entre sí, cuando a través de la interpretación se les da un significado idéntico.

1.2.2. Ejemplo de normas *praeter*

Tratándose de este tipo, se puede mencionar el caso del “derecho a la consulta previa” de las comunidades indígenas y tribales. Este derecho implica el deber de los Estados de consultar previamente a aquéllas cualquier medida legislativa o administrativa que pretendan implementar y que sea susceptible de afectarles directamente.

En el caso de México, este derecho encuentra un reconocimiento expreso limitado en el artículo 2º de la Constitución federal, en donde se establece el derecho a la consulta únicamente en lo relativo a la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo²⁷⁷.

“Artículo 2º...

B. La Federación, los Estados y los Municipios, para promover la igualdad de oportunidades de los indígenas y eliminar cualquier práctica discriminatoria...

Para abatir las carencias y rezagos que afectan a los pueblos y comunidades indígenas, dichas autoridades, tienen la obligación de: ...

IX. Consultar a los pueblos indígenas en la elaboración del Plan Nacional de Desarrollo y de los estatales y municipales y, en su caso, incorporar las recomendaciones y propuestas que realicen.”

Otros países, como Colombia, contemplan este derecho en forma un poco más amplia, aunque queda limitado expresamente a comunidades indígenas y actos administrativos²⁷⁸.

Sin embargo, la protección más amplia de este derecho se encuentra en un tratado internacional. El Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos

²⁷⁷ Véase artículo 2º, apartado B, frac. IX.

²⁷⁸ El párrafo final del artículo 330 de la Constitución de Colombia establece: “*La explotación de los recursos naturales en los territorios indígenas se hará sin desmedro de la integridad cultural, social y económica de las comunidades indígenas. En las decisiones que se adopten respecto de dicha explotación, el Gobierno propiciará la participación de los representantes de las respectivas comunidades*”.

Indígenas y Tribales en Países Independientes, consagra este derecho de manera más amplia, principalmente en su artículo 6º, que dispone:

“Artículo 6.

1. Al aplicar las disposiciones del presente Convenio, los gobiernos deberán:

a) consultar a los pueblos interesados, mediante procedimientos apropiados y en particular a través de sus instituciones representativas, cada vez que se prevean medidas legislativas o administrativas susceptibles de afectarles directamente;

b) establecer los medios a través de los cuales los pueblos interesados puedan participar libremente, por lo menos en la misma medida que otros sectores de la población, y a todos los niveles en la adopción de decisiones en instituciones electivas y organismos administrativos y de otra índole responsables de políticas y programas que les conciernan;

c) establecer los medios para el pleno desarrollo de las instituciones e iniciativas de esos pueblos, y en los casos apropiados proporcionar los recursos necesarios para este fin.

2. Las consultas llevadas a cabo en aplicación de este Convenio deberán efectuarse de buena fe y de una manera apropiada a las circunstancias, con la finalidad de llegar a un acuerdo o lograr el consentimiento acerca de las medidas propuestas.”

Como se advierte, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo sobre Pueblos Indígenas y Tribales en Países Independientes, establece este derecho no sólo a favor de pueblos indígenas, sino también tribales, y no sólo respecto de medidas de carácter administrativo, sino también legislativo.

Casos como estos, representan para los tribunales nacionales una oportunidad para ampliar en su ámbito, el disfrute de determinados derechos humanos.

No obstante lo anterior, cabe destacar como dato significativo que en México, la Segunda Sala de la SCJN, al resolver el Amparo en Revisión 781/2011, reconoció una extensión más amplia del derecho a la consulta de las comunidades que la expresamente se deriva del artículo 2º de la Ley Suprema, al establecer que debió haber sido respetado en la Constitución de un fideicomiso en Chihuahua que afectaba a diversas comunidades. Sin embargo, para determinar esta ampliación, la Suprema Corte no se apoyó en el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo, como lo alegaron los promotores del amparo. Por el contrario, una vez que en dicho caso estimó acreditada la violación aquél precepto, por falta de consulta previa a las comunidades indígenas afectadas, desestimó la aplicación de

normas internacionales bajo el argumento de que la ley constitucional era suficiente para proteger este derecho, por lo que devenía innecesario acudir a normas internacionales.²⁷⁹

A este criterio le damos aquí el carácter de dato significativo, pues tal vez revele una orientación de la Suprema Corte a no reconocer expresamente aquellos casos en que los tratados internacionales prevean una protección más favorable que la Constitución, y en lugar de esto, declarar que es la propia Carta Magna interpretada de forma generosa, la que resulta más favorable que el tratado internacional. O sea, proteger el prestigio de la Ley Suprema evitando que ésta sea rebasada por los tratados internacionales.

Contrario a lo hecho por la Suprema Corte mexicana, la Corte Constitucional de Colombia²⁸⁰ ha sustentado la ampliación del derecho de consulta de los pueblos indígenas, tomando en cuenta lo previsto en tratados internacionales –particularmente, el Convenio 169 de la Organización Internacional del Trabajo –, así como la jurisprudencia de la Corte IDH.²⁸¹

1.2.3. Ejemplos de normas *contra*

Como ejemplo de una norma de rango legal, que resulta contradictoria con una norma de jerarquía constitucional, cabe citar el siguiente:

El artículo 224, fracción V, del Código Penal del Estado de Nuevo León, que tipifica uno de los “delitos cometidos en la administración y procuración de justicia”, debe considerarse contrario a lo que ordena el artículo 14, párrafo tercero, de la Constitución federal, que consagra el derecho humano a la legalidad penal, en los siguientes términos:

²⁷⁹ En la sentencia que resolvió el Amparo en Revisión 781/2011, la Segunda Sala de la Corte sostuvo que: “Lo anterior, independientemente de la violación a los artículos que refiere la quejosa de los instrumentos internacionales citados, a saber los artículos del Convenio 169 de la OIT, del Pacto Internacional sobre Derechos Políticos y Civiles y, de la Declaración de las Naciones Unidas sobre Derechos de los Pueblos Indígenas que indica, pues se considera que los derechos establecidos en éstos, son tomados en consideración por lo establecido en el artículo 2º, Apartados A y B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; por lo que de conformidad con lo dispuesto en el artículo 1º de la misma Carta Magna, resulta suficiente la previsión que sobre los derechos de los pueblos indígenas establece nuestra Constitución Federal y, por tanto, no resulta necesario atendiendo al principio *pro homine*, considerar el contenido de los preceptos contenidos en los ordenamientos internacionales citados.”

²⁸⁰ Sentencia T-769 de 2009.

²⁸¹ Principalmente, CORTE IDH. *Caso del Pueblo Saramaka. Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.

“Artículo 14...En los juicios del orden criminal queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable al delito de que se trata.”

Precepto del cual derivan por lo menos tres principios o mandatos de jerarquía constitucional, que legisladores y jueces deben cumplir en materia penal, que son:

- Principio o mandato de determinación, que es la exigencia emanada del derecho a la legalidad penal para que el legislador describa de manera clara y precisa las conductas prohibidas y sus consecuencias jurídicas²⁸².
- Principio o mandato de taxatividad, que es la exigencia dirigida al juez para que se abstenga de aplicar las normas penales a los casos que no vengan expresamente previstos en las mismas, más allá del sentido literal posible²⁸³.
- Principio o mandato de reserva legal. *“La reserva de ley para el establecimiento de los delitos y las penas es una exigencia del Estado de Derecho... que expresa la exigencia de mantener en las manos del legislador la potestad de establecer los delitos y las penas”*²⁸⁴. Ya lo dijo BECCARIA, en su obra clásica *“De los delitos y de las penas”*, que *“sólo las leyes pueden decretar las penas de los delitos y esta autoridad debe residir únicamente en el legislador, que representa toda la sociedad unida por el contrato social”*²⁸⁵.

Pero en desobediencia a los anteriores principios, el referido artículo 224, fracción V, del Código Penal local, lo que hace es delegar en una autoridad distinta del legislador, la delimitación de las conductas prohibidas delictuosas. En efecto, este precepto delega al servidor público jerárquicamente superior, en las áreas de Procuración y Administración de Justicia, la facultad de dictar disposiciones cuyo incumplimiento por parte del inferior jerárquico, constituiría un delito.

“Artículo 224. Se impondrán las sanciones previstas en este Capítulo a los servidores públicos, empleados o auxiliares de la Administración y Procuración de Justicia y de los Tribunales Administrativos, que cometan alguno de los siguientes delitos: ...

²⁸² INZUNZA CÁZARES, E. *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009, p. 60-61.

²⁸³ Ídem.

²⁸⁴ Ibídem. p. 66.

²⁸⁵ BECCARIA, C. *De los delitos y de las penas*. Madrid, Editorial Alianza, 1993. p. 30 y 31.

V.- No cumplir una disposición que legalmente se les comunique por su superior competente, sin causa fundada para ello”

Con razonamientos análogos a los anteriores, la Suprema Corte de Justicia ha declarado la inconstitucionalidad de diversos preceptos legales, por violar el principio constitucional de reserva de ley en materia penal²⁸⁶.

Si se validara como constitucional al referido artículo 224, fr. V, tal cosa implicaría darle a un servidor público el poder antidemocrático de dictar órdenes, cuyo incumplimiento sería delito sancionado con pena de prisión. Así, el superior competente podría ordenar “mañana la hora de entrada es a las 7:00 a.m.” o “este documento debe terminarse hoy”, y el empleado inferior jerárquico tendría que enfrentar la cárcel si no cumpliera a cabalidad tales disposiciones. Inclusive, dándole a la palabra “disposición” contenida en el tipo penal, únicamente el significado de “ley o precepto legal”, de cualquier manera el referido delito seguiría siendo contrario al artículo 14 constitucional, pues implicaría darle a una persona distinta al legislador, el poder de convertir en delito, la desobediencia a un precepto legal, por el sólo hecho de comunicarla legalmente a su inferior jerárquico.

También pueden referirse varios ejemplos de normas constitucionales o de tratados internacionales, que parecen ser contradictorias entre sí. Aunque en estos casos, debe tenerse

²⁸⁶Entre otras, pueden consultarse las tesis con los siguientes rubros: “ATAQUES A LAS VÍAS DE COMUNICACIÓN. LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 171 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL QUE PREVÉ ESE DELITO, VIOLA LOS PRINCIPIOS DE EXACTA APLICACIÓN Y RESERVA DE LEY EN MATERIA PENAL” Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 5/2008. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Febrero de 2008, Tomo XXVII, p. 129. Registro 170393; “NORMAS PENALES EN BLANCO. SON INCONSTITUCIONALES CUANDO REMITEN A OTRAS QUE NO TIENEN EL CARÁCTER DE LEYES EN SENTIDO FORMAL Y MATERIAL” Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 10/2008. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Febrero de 2008, Tomo XXVII, p. 411. Registro 170250; y “SALUD, DELITO CONTRA LA. PSICOTROPICOS (BENZODIAZEPINA)” Tesis Aislada. Primera Sala. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Volumen 199-204, Segunda Parte, p. 54. Registro 234105. Siendo también relevante para el tema, la jurisprudencia que establece que los delitos sólo pueden establecerse en una ley formal y material, y que tratándose de normas penales sustantivas no procede la interpretación conforme. “NORMAS PENALES. AL ANALIZAR SU CONSTITUCIONALIDAD NO PROCEDE REALIZAR UNA INTERPRETACIÓN CONFORME O INTEGRADORA”. Tesis de Jurisprudencia P./J. 33/2009. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Abril de 2009, Tomo XXIX, p. 1124. Registro 167445.

presente que aunque la contradicción resulte evidente, la declaración judicial de dicha contradicción no debe darse por garantizada.

Es el caso del artículo 6° de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que establece que el trabajo forzado sólo puede ser ordenado por una autoridad judicial.

“Artículo 6. Prohibición de la Esclavitud y Servidumbre

1....

2. Nadie debe ser constreñido a ejecutar un trabajo forzoso u obligatorio. En los países donde ciertos delitos tengan señalada la pena privativa de la libertad acompañada de trabajos forzados, esta disposición no podrá ser interpretada en el sentido de que prohíbe el cumplimiento de dicha pena impuesta por juez o tribunal competente. El trabajo forzoso no debe afectar a la dignidad ni a la capacidad física e intelectual del recluso.

3. No constituyen trabajo forzoso u obligatorio, para los efectos de este artículo:

a) los trabajos o servicios que se exijan normalmente de una persona reclusa en cumplimiento de una sentencia o resolución formal dictada por la autoridad judicial competente...;

b) el servicio militar y, en los países en donde se admite exención por razones de conciencia, el servicio nacional que la ley establezca en lugar de aquél;

c) el servicio impuesto en casos de peligro o calamidad que amenace la existencia o el bienestar de la comunidad, y

d) el trabajo o servicio que forme parte de las obligaciones cívicas normales.”

Pero el artículo 21, párrafo cuarto, de la Constitución mexicana, faculta a la autoridad administrativa para aplicar sanciones consistentes en “trabajo a favor de la comunidad”.

“Artículo 21...

“Compete a la autoridad administrativa la aplicación de sanciones por las infracciones de los reglamentos gubernativos y de policía, las que únicamente consistirán en multa, arresto hasta por treinta y seis horas o en trabajo a favor de la comunidad...”

Otro ejemplo que también ilustra la dificultad de declarar la contradicción entre normas constitucionales o éstas y las de tratados internacionales, es un caso recientemente resuelto por la Suprema Corte, relativo a la suspensión de derechos políticos que prescribe el artículo 38, fracción II, de la Constitución, en el sentido de que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden, entre otros casos, por “*estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión*”.

Sobre este tema, el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación estableció en el año 2007, un precedente de gran relevancia, pues limitaba los efectos de dicha suspensión únicamente a los casos en los que la persona sujeta a proceso penal, efectivamente estuviera privada de su libertad. Para arribar a dicha conclusión, el Tribunal sostuvo esencialmente que aplicar la suspensión a todos los supuestos de ciudadanos sujetos a un proceso penal, violaba el principio de presunción de inocencia, reconocido (en ese entonces) de manera implícita en la Constitución, y explícita, en diversos tratados internacionales. Por tal motivo, se sostuvo que la suspensión sólo debe operar cuando la persona esté efectivamente privada de su libertad. Dicho criterio quedó contenido en la siguiente tesis:

“SUSPENSIÓN DE LOS DERECHOS POLÍTICO-ELECTORALES DEL CIUDADANO PREVISTA EN LA FRACCIÓN II DEL ARTÍCULO 38 CONSTITUCIONAL. SÓLO PROCEDE CUANDO SE PRIVE DE LA LIBERTAD. La interpretación armónica, sistemática y funcional del artículo 38, fracción II, en relación con los artículos 14, 16, 19, 21 y 102, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; 14, párrafo 2 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; 11, párrafo 1 de la Declaración Universal de los Derechos humanos; 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; 7, párrafo 5, y 8 de la Convención-ADH, permite concluir que la suspensión de los derechos o prerrogativas del ciudadano por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a contar desde la fecha del auto de formal prisión no es absoluta ni categórica. En efecto, las referidas disposiciones establecen las bases para admitir que, aun cuando el ciudadano haya sido sujeto a proceso penal, al haberse otorgado la libertad caucional y materialmente no se le hubiere recluso a prisión, no hay razones válidas para justificar la suspensión de sus derechos político-electorales; pues resulta innegable que, salvo la limitación referida, al no haberse privado la libertad personal del sujeto y al operar en su favor la presunción de inocencia, debe continuar con el uso y goce de sus derechos. Por lo anterior, congruentes con la presunción de inocencia reconocida en la Constitución Federal como derecho fundamental y recogida en los citados instrumentos internacionales, aprobados y ratificados en términos del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la suspensión de derechos consistente en la restricción particular y transitoria del ejercicio de los derechos del ciudadano relativos a la participación política, debe basarse en criterios objetivos y razonables. Por tanto, tal situación resulta suficiente para considerar que, mientras no se le prive de la libertad y, por ende, se le impida el ejercicio de sus derechos y prerrogativas constitucionales, tampoco hay razones que justifiquen la suspensión o merma en el derecho político-electoral de votar del ciudadano.”²⁸⁷

En ese mismo año, la Primera Sala de la Suprema Corte estableció que la referida suspensión de derechos políticos debía operar, sin excepciones, a partir del auto de formal

²⁸⁷ Jurisprudencia 39/2013, que nace de la sentencia dictada el 20 de junio de 2007 con motivo del juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano. SUP-JDC-85/2007. Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación.

prisión, pues eso era lo que ordenada expresamente el artículo 38, fracción II, de la Constitución:

“DERECHOS POLÍTICOS. DEBEN DECLARARSE SUSPENDIDOS DESDE EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN, EN TÉRMINOS DEL ARTÍCULO 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Si bien el citado precepto constitucional dispone expresa y categóricamente que los derechos o prerrogativas de los ciudadanos se suspenden a causa de un proceso criminal por delito que merezca pena corporal y que el plazo relativo se contará desde la fecha de la emisión del auto de formal prisión; y, por su parte, el artículo 46 del Código Penal Federal señala que la referida suspensión se impondrá como pena en la sentencia que culmine el proceso respectivo, que comenzará a computarse desde que cause ejecutoria y durará todo el tiempo de la condena -lo cual es acorde con la fracción III del propio artículo 38 constitucional-, ello no significa que la suspensión de los derechos políticos establecida en la Carta Magna haya sido objeto de una ampliación de garantías por parte del legislador ordinario en el código sustantivo de la materia, ni que exista contradicción o conflicto de normas, ya que se trata de dos etapas procesales diferentes. Consecuentemente, deben declararse suspendidos los derechos políticos del ciudadano desde el dictado del auto de formal prisión por un delito que merezca pena corporal, en términos del artículo 38, fracción II, de la Constitución Federal; máxime que al no contener éste prerrogativas sino una restricción de ellas, no es válido afirmar que el mencionado artículo 46 amplíe derechos del inculpado. Lo anterior es así, porque no debe confundirse la suspensión que se concretiza con la emisión de dicho auto con las diversas suspensiones que como pena prevé el numeral 46 aludido como consecuencia de la sentencia condenatoria que al efecto se dicte, entre las que se encuentra la de derechos políticos, pues mientras la primera tiene efectos temporales, es decir, sólo durante el proceso penal, los de la segunda son definitivos y se verifican durante el tiempo de extinción de la pena corporal impuesta.”²⁸⁸

Como se advierte, en este tema la Sala Superior del Tribunal Electoral identificó la existencia de una contradicción entre el artículo 38, fracción II, de la Constitución y el derecho a la presunción de inocencia, reconocido expresamente en los artículos 14.2 y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; artículo 11.1 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos; artículo 26 de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; artículos 7.5 y 8 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En cambio, la Primera Sala no vio tal contradicción.

Las opiniones divergentes de las referidas Sala Superior Electoral y Primera Sala, fueron sometidas para su resolución al Pleno de la Suprema Corte, la cual al pronunciarse sobre el tema, tampoco confirmó la existencia de una contradicción normativa entre las normas de la Constitución y las de los tratados internacionales.

²⁸⁸ Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 171/2007. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Febrero de 2008, p. 215. Registro 170338.

En efecto, en este caso la SCJN tomó como base de su argumento interpretativo, la premisa de que “entre normas de derechos humanos no existen contradicciones, por lo que es necesario lograr una interpretación armónica de los diversos preceptos de derechos humanos.” Y en su sentencia final, sin bien es cierto que acogió en esencia el argumento esgrimido en la tesis del Tribunal Electoral, sin embargo, no incorpora en ella referencia alguna a instrumentos internacionales:

“DERECHO AL VOTO. SE SUSPENDE POR EL DICTADO DEL AUTO DE FORMAL PRISIÓN O DE VINCULACIÓN A PROCESO, SÓLO CUANDO EL PROCESADO ESTÉ EFECTIVAMENTE PRIVADO DE SU LIBERTAD.-El artículo 38, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que los derechos o prerrogativas del ciudadano se suspenden, entre otros casos, por estar sujeto a un proceso criminal por delito que merezca pena corporal, a partir de la emisión del auto de formal prisión. Por su parte, el principio de presunción de inocencia y el derecho a votar constituyen derechos fundamentales, cuya evolución y desarrollo constitucional llevan a atemperar la citada restricción constitucional. Ahora bien, la interpretación armónica de tal restricción con el indicado principio conduce a concluir que el derecho al voto del ciudadano se suspende por el dictado del auto de formal prisión o de vinculación a proceso, sólo cuando el procesado esté efectivamente privado de su libertad, supuesto que implica su imposibilidad física para ejercer ese derecho, lo que no se presenta cuando está materialmente en libertad, supuesto en el cual, en tanto no se dicte una sentencia condenatoria, no existe impedimento para el ejercicio del derecho al sufragio activo.”²⁸⁹

Así pues, se insiste, tratándose de las normas “*contra*”, aunque la contradicción entre éstas sea evidente, la declaración judicial de ésta no debe darse por garantizada.

1.3. Criterios para la resolución de antinomias

En México hasta antes de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, las antinomias eran resueltas con base en los que se consideran los criterios tradicionales de solución de conflictos normativos:

- El criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*);
- El criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) y;
- El criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*).

²⁸⁹ Tesis de Jurisprudencia P./J. 33/2011. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Septiembre de 2011, p. 6. Registro 161099.

Pero a partir de la citada reforma de 2011, este catálogo se agregó con un criterio más: el principio *pro persona*.

Las expresiones latinas antes citadas que se utilizan para identificar a los criterios tradicionales de resolución de antinomias, utilizan el término “derogar” (*derogat*), pero -como bien señala GUASTINI- no en todos los casos de aplicación de estos principios aplica una derogación en estricto sentido, sino que caben otro tipo de efectos jurídicos: “*La norma especial deroga a la norma general; la norma posterior no deroga a la norma anterior, sino que la abroga; la norma jerárquicamente superior ni deroga a la norma inferior ni la abroga, sino que la convierte en inválida*”.²⁹⁰

El criterio jerárquico implica dar prevalencia a la norma de rango superior sobre la que le está subordinada²⁹¹. Con base en este criterio, “*en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente ordenadas (o sea, dispuestas en grados diversos en la jerarquía de fuentes), la norma jerárquicamente inferior debe considerarse inválida (y, por lo tanto, no debe aplicarse)*”²⁹². Esto es, se trata de “*una norma que no deroga directamente a la norma de rango inferior incompatible con otra anterior de grado superior, sino que se limita a habilitar a un órgano de control para que prive de su validez a la norma posterior de grado inferior*”²⁹³.

El criterio cronológico da prevalencia a las normas más recientes frente a las precedentes.²⁹⁴ Asimismo, partiendo de este razonamiento, “*en caso de conflicto entre normas provenientes de fuentes jerárquicamente equiparadas (o sea, dispuestas sobre el mismo plano en la jerarquía de las fuentes) y provistas de la misma esfera de competencia, la norma prevaleciente de la fuente anterior en el tiempo debe considerarse abrogada (y, por lo tanto, debe ser desaplicada)*”²⁹⁵. En esta situación, “*se trata de*

²⁹⁰ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación...* ob. cit. p. 72.

²⁹¹ HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos...* ob. cit. p. 162.

²⁹² GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación...* ob. cit. p. 74.

²⁹³ RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990. p. 75-76.

²⁹⁴ HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos...* ob. cit. p. 162.

²⁹⁵ GUASTINI, Riccardo. *Estudios sobre la interpretación...* ob. cit. p. 76.

una norma derogatoria directa, que priva por sí misma de su validez a la norma anterior incompatible con otra posterior”.²⁹⁶

Finalmente, con base en el criterio de especialidad se da prevalencia a aquellas normas que regulan una materia específica, sobre las que lo hacen en aspectos generales²⁹⁷; “*la norma especial deroga la norma general*”²⁹⁸. Para GUASTINI, no se trata éste de un criterio de solución de antinomias, toda vez que a partir de la contradicción entre una norma general y una especial, no puede determinarse cuál de ellas es la norma ineficaz, lo cual, sólo puede lograrse por alguno de los otros dos criterios: “*Una norma puede ser ineficaz: o porque está en contraste con una norma sucesiva, y debe por ello considerarse abrogada; o porque está en contraste con una norma superior, y debe por tanto considerarse inválida. En un caso, la norma en cuestión es ineficaz en virtud del principio cronológico; en el otro, en virtud del principio jerárquico*”²⁹⁹.

Ahora bien, ¿existe alguna prevalencia entre estos criterios de solución de conflictos normativos? De acuerdo con GUASTINI, en caso de conflicto entre los principios jerárquico y cronológico, es decir, cuando ambos son aplicables para resolver un conflicto normativo, se acepta sin discusión que el primero prevalece sobre el segundo³⁰⁰.

La predilección del criterio jerárquico podría estar determinada por la idea muy arraigada en la teoría kelseniana, de que solamente puede existir una antinomia entre normas que sean válidas³⁰¹, validez que se determina en la propia teoría, en función de la conformidad con la norma superior. Esto es, ante la existencia de un conflicto normativo, resulta imperante determinar antes que otra cosa, si los ordenamientos en conflicto son normas válidas, lo cual se determina a partir de analizar la conformidad de la norma inferior con la superior, prevaleciendo en caso de contradicción esta última, precisamente porque la inferior al no ser conforme con la superior resulta inválida. Lo cual, lleva necesariamente a considerar que las

²⁹⁶ RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho...* ob. cit. p. 75.

²⁹⁷ HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos...* ob. cit. p. 162.

²⁹⁸ GUASTINI, Riccardo. ob. cit. p. 77.

²⁹⁹ *Ibidem*. p. 78-79.

³⁰⁰ *Ibidem*. p. 82.

³⁰¹ Véase RUIZ MANERO, Juan. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho...* ob. cit. p. 74; HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos...* ob. cit. p. 52; entre otros.

antinomias sólo pueden existir entre normas del mismo rango, pues cualquier contradicción entre una superior y una inferior, haría de esta última una norma inválida y, por lo tanto, no se estaría en presencia de una antinomia, pues éstas sólo se pueden llegar a producir entre ordenamientos válidos. Este parece ser el criterio adoptado por algunos tribunales federales en México, como se pone de manifiesto en la siguiente tesis:

“ANTINOMIA O CONCURSO APARENTE DE NORMAS. ES INEXISTENTE ENTRE LOS ARTÍCULOS 38, FRACCIÓN II, DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y 46 DEL CÓDIGO PENAL FEDERAL, POR TRATARSE DE NORMAS DE DISTINTA JERARQUÍA Y QUE REGULAN DIVERSAS CONDUCTAS O HECHOS. Para que exista antinomia o concurso aparente de normas incompatibles entre sí, es necesario que participen leyes de similar nivel jerárquico, por lo cual no es factible que concurran los artículos 38, fracción II, de la Carta Magna y 46 del Código Penal Federal, pues también se requiere que las normas que intervengan en la contienda regulen la misma conducta o hecho, supuesto que tampoco se actualiza, ya que mientras el artículo primeramente citado se refiere a los efectos que produce el auto de formal prisión, el segundo precisa las consecuencias de la pena de prisión determinadas en una sentencia definitiva, tratándose entonces de diferentes etapas procesales con una misma consecuencia; además de que este último no amplía los derechos públicos subjetivos contemplados en el citado precepto constitucional, pues no contiene prerrogativas a favor del ciudadano, sino una restricción a éstas.”³⁰²

Por lo tanto, en principio podría existir una cierta predilección por acudir al principio de jerarquía normativa para la solución de conflictos entre normas de distinto rango, aunque también algunos autores señalan que no se trata de un criterio que tenga aplicación absoluta.³⁰³

Ahora bien, como ya se dijo, a partir de la reforma constitucional de 2011 se introdujo un nuevo criterio aplicable a la resolución de antinomias: el principio *pro persona*. Destacando de éste, que se trata de un criterio que atiende al contenido sustantivo de las normas en conflicto. A diferencia de los criterios tradicionales que atienden a factores formales, esto es, la jerarquía, la fecha de vigencia, y el objeto de la norma.

Aunque el principio *pro persona*, si bien es cierto que desempeña una función como criterio de resolución de antinomias, también es cierto que su relevancia excede esto, hasta el punto de constituir una directiva teórica que condiciona la interpretación de las normas relativas a derechos humanos. Y lo mismo puede decirse del principio de supremacía

³⁰² Tesis Aislada I.7o.P.90 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXV, Febrero de 2007, p. 1614. Registro 173387.

³⁰³ HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos...* ob. cit. p. 161.

constitucional. Razón por la cual estos principios o directivas teóricas, serán analizados con profundidad a continuación.

2. EL PRINCIPIO PRO PERSONA

2.1. Concepto

El principio “*pro homine*” o *pro persona* es una herramienta interpretativa utilizada tanto por tribunales internacionales de derechos humanos, como por tribunales nacionales, “*en virtud del cual se debe acudir a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva, cuando se trata de reconocer derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o su suspensión extraordinaria.*”³⁰⁴

Pese a que el origen de éste no es muy claro, todo apunta a que se trata de un principio desarrollado por la jurisprudencia internacional de derechos humanos, a partir de diversos sustentos normativos contenidos en algunos tratados internacionales, aunque más recientemente, como en el caso de México, ha sido incorporado expresamente en algunas constituciones nacionales.³⁰⁵

En cuanto a su fundamento en tratados internacionales, en primer término y de acuerdo con NIKKEN, la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados (1969) contiene algunos preceptos que prescriben un método de interpretación humanitaria de los tratados internacionales sobre derechos humanos, “*destinado a determinar el alcance de los tratados en la forma más adecuada a su propósito, que es la protección de los derechos fundamentales*”³⁰⁶.

En este sentido, el artículo 31.1 de la Convención de Viena establece que los tratados internacionales deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya de

³⁰⁴ PINTO, M. *El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.* En: <http://www.luismezquita.com/Minugua%20%28E%29/Docs%20AGeneral/Derechos%20Humanos/CDROM/cd-rom/data/300/332J.HTM>

³⁰⁵ Véase CABALLERO OCHOA, José L. “*La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución)*”. En: CARBONELL, M y SALAZAR, P. (Coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma...* ob.cit. p. 130.

³⁰⁶ NIKKEN, P. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo.* Madrid, Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987. p. 100.

atribuirse a los términos del tratado en el contexto de estos y teniendo en cuenta su objeto y fin. Desde el punto de vista de NIKKEN, este precepto legal conduce a adoptar la interpretación que mejor se adecúe a los requerimientos de la protección de los derechos de la persona, lo que supone una tendencia a aplicar los tratados internacionales de derechos humanos en el sentido que mejor garantice la protección integral de las eventuales víctimas³⁰⁷.

Asimismo, se señala como fundamento normativo del principio *pro persona* el artículo 5 común de los Pactos Internacionales de Derechos Civiles Políticos y de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (1966), que estipula:

“Artículo 5

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

*2. No podrá admitirse restricción o menoscabo de ninguno de los derechos humanos fundamentales reconocidos o vigentes en un Estado Parte en virtud de leyes, convenciones, reglamentos o costumbres, so pretexto de que el presente Pacto no los reconoce o los reconoce en menor grado.”*³⁰⁸

Una disposición similar se encuentra contenida en el artículo 29 de la Convención Americana (1969):

“Artículo 29. Normas de Interpretación

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

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

³⁰⁷ *Ibidem.* p. 100-101.

³⁰⁸ En buena medida este artículo recoge el contenido del artículo 30 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos (1948): “Nada en esta Declaración podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o realizar actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta Declaración”.

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

En México, si bien es cierto que a partir de la reforma constitucional de junio de 2011, este principio tiene un reconocimiento expreso en el segundo párrafo del multicitado artículo 1º de la Constitución, el cual dispone que *“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia”*.

Sin embargo, también es cierto que el fundamento normativo del principio *pro persona* – si bien no con la claridad que hoy dispone el segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución – se encontraba presente con anterioridad a la reforma en el ordenamiento jurídico mexicano, a través de las disposiciones de los Pactos y de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Por tal motivo, algunos tribunales mexicanos habían recurrido a este principio con anterioridad a su estipulación expresa en la Carta Magna:

“PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN ES OBLIGATORIA. El principio pro homine que implica que la interpretación jurídica siempre debe buscar el mayor beneficio para el hombre, es decir, que debe acudir 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, se contempla en los artículos 29 de la Convención-ADH y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno, respectivamente. Ahora bien, como dichos tratados forman parte de la Ley Suprema de la Unión, conforme al artículo 133 constitucional, es claro que el citado principio debe aplicarse en forma obligatoria.”³⁰⁹

“PRINCIPIO PRO HOMINE. SU APLICACIÓN. El principio pro homine, incorporado en múltiples tratados internacionales, es un criterio hermenéutico que coincide con el rasgo fundamental de los derechos humanos, por virtud del cual debe estarse siempre a favor del hombre e implica que debe acudir 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.”³¹⁰

³⁰⁹ Tesis Aislada I.4o.A.464 A. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Febrero de 2005, p. 1744. Registro 179233.

³¹⁰ Tesis Aislada I.4o.A.441 A. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX, Octubre de 2004, p. 2385. Registro 180294.

Toda vez que se trata de un principio de interpretación consignado en tratados internacionales que México ha suscrito y ratificado, también deviene relevante para efectos de su fundamentación, el artículo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, que contiene el denominado principio *pacta sunt servanda*, el cual implica que los Estados están obligados a cumplir de buena fe con las obligaciones convencionales que han asumido con otros países.³¹¹ Siendo así, se ha sostenido que el no aplicar el principio *pro persona* por parte de los jueces nacionales, implica también una contravención a aquél.³¹²

2.2. Tipología

El principio *pro persona* puede ser utilizado en distintos contextos, o cumpliendo diversas funciones:

- a) Como principio de interpretación, para preferir la interpretación más favorable de una norma.
- b) Como principio de aplicación, para preferir entre dos normas válidas, la aplicación de la más protectora.
- c) Como principio de validación, para validar la norma más favorable e invalidar la menos favorable.

Como principio de interpretación, el principio *pro persona* se aplica para preferir la interpretación más favorable de una norma. En este caso, no se plantea la disyuntiva entre aplicar una norma u otra, sino de elegir una de entre las diversas interpretaciones que puede tener una misma norma. Esto es, se trata de casos en los que un juez “*se encuentre frente a una norma de Derechos humanos donde pudieran existir varias interpretaciones posibles, esto es, cuando exista res dubia de una pluralidad de posibles interpretaciones de la norma.*”³¹³ En estos casos, el principio *pro persona* opera como un método de preferencia interpretativa que implica “*dar a una norma que*

³¹¹ “Artículo 26. *Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.”

³¹² Véase OROZCO HENRÍQUEZ, José de Jesús. “*Alcance y sentido del proyecto de reforma constitucional sobre derechos humanos*”. En ABREU SACRAMENTO, José Pablo (coord.), *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio constitucional en México*, México, Porrúa, 2011. p. 209-210.

³¹³ HENDERSON, H. “*Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*”. En: *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos*. No. 39, enero-junio 2004, p. 96.

*contiene Derechos humanos su más amplia interpretación para que éstos se ejerzan, o bien, el mínimo alcance interpretativo posible si se trata de limitar o suspender su ejercicio, sin dejar fuera los matices que entre ambos extremos se pueden presentar.*³¹⁴

Como principio de aplicación, el principio *pro persona* es para preferir entre dos normas válidas, la aplicación de la más protectora. Éste es distinto al anterior, pues aquí debe optarse entre dos o más normas jurídicas, y no entre dos o más interpretaciones sobre un mismo ordenamiento. De acuerdo con HENDERSON, la aplicación del principio *pro persona* en este sentido, supone una determinada situación concreta en la que es posible aplicar dos o más normas vigentes, nacionales e internacionales, cualquiera que sea su jerarquía, debiendo el juez y el intérprete seleccionar aquella que contenga protección, mejores o más favorables para el individuo o la víctima en relación con sus derechos humanos³¹⁵. Por su parte, CASTILLA señala que en este supuesto el principio *pro persona* permite acudir o utilizar la norma más protectora o la menos restrictiva, según sea el caso, sin importar la ubicación jerárquica que ocupe en el sistema jurídico, ya sea sobre otra igual, inferior o incluso de superior rango en la jerarquía jurídica de cada Estado. A decir del mismo autor, este principio permite superar discusiones clásicas sobre si debe prevalecer la norma nacional o la internacional o la de mayor o menor jerarquía.³¹⁶ Para los efectos de esta obra, se va a considerar que la aplicación de una de las normas involucradas, no implica un razonamiento de desaplicación de la otra por motivos de inconstitucionalidad o inconvencionalidad. Se trata simplemente de elegir entre dos ordenamientos válidos, uno que consigna el derecho humano con menor extensión y otro con mayor extensión pero sin contradecir aquél o restringir algún otro diverso derecho humano.

Y en su tercera faceta o función, como principio de validación, es para validar la norma más favorable e invalidar la menos favorable. Aquí el principio *pro persona* se aplica como criterio de validez normativa para desaplicar, invalidar, expulsar del ordenamiento jurídico, o

³¹⁴ CASTILLA, K. “El principio *pro persona* en la administración de justicia. Cuestiones Constitucionales”. En: *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 20, enero-junio 2009. p. 76.

³¹⁵ HENDERSON, H. *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*...ob. cit. p. 93.

³¹⁶ CASTILLA, K. “El principio *pro persona* en la administración de justicia. Cuestiones Constitucionales”...ob. cit. p. 72.

sustituir por otra, a normas jurídicas en razón de considerarlas inconstitucionales o inconvenientes. Así por ejemplo, aplicando el principio *pro persona* a una situación de sustitución de norma, “una norma posterior no derogaría o desaplicaría otra anterior, independientemente de su jerarquía, en tanto la anterior consagre protecciones mejores o mayores que deben conservarse para las personas.”³¹⁷ Lo que se busca con este criterio es la vigencia de los derechos humanos, “por encima de reglas de jerarquía y temporalidad, a fin de lograr la conservación de las normas más favorables para el ejercicio de los Derechos humanos.”³¹⁸

2.3. Su desarrollo jurisprudencial por la Corte IDH

Este principio es fundamentalmente una obra pretoriana, esto es, ha sido desarrollado principalmente por la vía jurisdiccional, a partir de algunas disposiciones normativas contenidas en tratados internacionales.

En este sentido, en el ámbito de la Corte IDH se encuentra un primer reconocimiento de éste, desde la primera sentencia recaída a un caso contencioso. En efecto, en el asunto de “Viviana Gallardo y otras”, la Corte estipuló lo siguiente:

“La Convención tiene un fin que es la protección internacional de los derechos esenciales del hombre, y organiza, además, para la obtención de ese fin, un sistema, que representa los límites y condiciones dentro de los cuales los Estados Partes han consentido en responsabilizarse internacionalmente de las violaciones de que se les acuse. Corresponde, por lo tanto, a esta Corte garantizar la protección internacional que establece la Convención, dentro de la integridad del sistema pactado por los Estados. En consecuencia, el equilibrio de interpretación se obtiene orientándola en el sentido más favorable al destinatario de la protección internacional, siempre que ello no implique una alternación del sistema.”³¹⁹

Este precedente no sólo resulta relevante por ser el primero en el que la Corte IDH hace mención expresa al principio *pro persona*, sino también porque intenta delinear un límite a su utilización, que si bien no resulta del todo preciso, sí al menos es digno de tomarse en consideración: su utilización no puede implicar una alteración al sistema.

³¹⁷ HENDERSON, H. *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*...ob.cit. p. 94.

³¹⁸ CASTILLA, K. “El principio *pro persona* en la administración de justicia. Cuestiones Constitucionales”...ob. cit. p. 75.

³¹⁹ CORTE IDH. *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A No. 101. párr. 16.

En otra resolución, la Corte ratificaría la aplicabilidad de éste, con fundamento en el artículo 29 de la Convención Americana, en el sentido de que “*si a una misma situación son aplicables la Convención Americana y otro tratado internacional, debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana*”. Por lo que, así como la propia Convención establece que su interpretación no puede implicar la restricción de derechos consagrados de manera más amplia en otros instrumentos, tampoco es aceptable que de ésta, se establezcan restricciones para los derechos previstos en la Convención, que no se encuentren reconocidas en ella³²⁰.

Como puede apreciarse, la Corte Interamericana ha aplicado el principio *pro persona* en el sentido de que debe seleccionarse la interpretación o, en su caso, la norma más favorable, con independencia de su jerarquía y ubicación. Con lo cual, ha aceptado la posibilidad de que los derechos se encuentren mejor garantizados en otros instrumentos internacionales distintos a la Convención Americana sobre Derechos Humanos e incluso, por el Derecho interno de los Estados:

*“Este Tribunal señala que como son numerosos los instrumentos jurídicos en los que se regulan los derechos laborales a nivel interno e internacional, la interpretación de dichas regulaciones debe realizarse conforme al principio de la aplicación de la norma que mejor proteja a la persona humana, en este caso, al trabajador. Esto es de suma importancia ya que no siempre hay armonía entre las distintas normas ni entre las normas y su aplicación, lo que podría causar un perjuicio para el trabajador. Así, si una práctica interna o una norma interna favorece más al trabajador que una norma internacional, se debe aplicar el derecho interno. De lo contrario, si un instrumento internacional beneficia al trabajador otorgándole derechos que no están garantizados o reconocidos estatalmente, éstos se le deberán respetar y garantizar igualmente.”*³²¹

Por otra parte, la Corte ha sido enfática en el sentido de no admitir normas de derecho interno que contravengan el contenido de la Convención, llegando incluso a declarar su inaplicación. En donde si bien no hace una referencia expresa al principio *pro persona* o al artículo 29 de la Convención Americana, materializa un ejercicio de selección de aplicación de la regulación más favorable a la protección de los derechos:

“42. La Corte, conforme a lo alegado por la Comisión y no controvertido por el Estado, considera que las leyes de amnistía adoptadas por el Perú impidieron que los familiares de las víctimas y las víctimas

³²⁰CORTE IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985. Serie A No. 5. párr. 52.

³²¹ CORTE IDH. *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*...ob. cit. párr.156.

sobrevivientes en el presente caso fueran oídas por un juez, conforme a lo señalado en el artículo 8.1 de la Convención; violaron el derecho a la protección judicial consagrado en el artículo 25 de la Convención; impidieron la investigación, persecución, captura, enjuiciamiento y sanción de los responsables de los hechos ocurridos en Barrios Altos, incumpliendo el artículo 1.1 de la Convención, y obstruyeron el esclarecimiento de los hechos del caso. Finalmente, la adopción de las leyes de autoamnistía incompatibles con la Convención incumplió la obligación de adecuar el derecho interno consagrada en el artículo 2 de la misma.

43. La Corte estima necesario enfatizar que, a la luz de las obligaciones generales consagradas en los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana, los Estados Partes tienen el deber de tomar las providencias de toda índole para que nadie sea sustraído de la protección judicial y del ejercicio del derecho a un recurso sencillo y eficaz, en los términos de los artículos 8 y 25 de la Convención. Es por ello que los Estados Partes en la Convención que adopten leyes que tengan este efecto, como lo son las leyes de autoamnistía, incurren en una violación de los artículos 8 y 25 en concordancia con los artículos 1.1 y 2 de la Convención. Las leyes de autoamnistía conducen a la indefensión de las víctimas y a la perpetuación de la impunidad, por lo que son manifiestamente incompatibles con la letra y el espíritu de la Convención Americana. Este tipo de leyes impide la identificación de los individuos responsables de violaciones a derechos humanos, ya que se obstaculiza la investigación y el acceso a la justicia e impide a las víctimas y a sus familiares conocer la verdad y recibir la reparación correspondiente.

44. Como consecuencia de la manifiesta incompatibilidad entre las leyes de autoamnistía y la Convención-ADH, las mencionadas leyes carecen de efectos jurídicos y no pueden seguir representando un obstáculo para la investigación de los hechos que constituyen este caso ni para la identificación y el castigo de los responsables, ni puedan tener igual o similar impacto respecto de otros casos de violación de los derechos consagrados en la Convención Americana acontecidos en el Perú.”³²²

De igual forma, es importante señalar que el desarrollo jurisprudencial del principio *pro persona* no ha sido, desde luego, exclusivo de la Corte Interamericana, sino que pueden encontrarse diversos precedentes de otros tribunales internacionales de derechos humanos, como la Corte Europea, así como de tribunales constitucionales nacionales recurriendo a este principio de interpretación.³²³

México no es la excepción. Como se ya se ha comentado, incluso antes de la reforma constitucional de 2011 que explicitó el principio *pro persona* en el artículo 1º de la Constitución, algunos tribunales federales ya lo aplicaban con base en algunos de los tratados internacionales a los que se ha hecho referencia.

³²²CORTE IDH. *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Versión en francés. Serie C No. 75. párrs. 42-44.

³²³ Por ejemplo, los siguientes: Tribunal Constitucional español STC 17/1985, del 9 de febrero; Corte Constitucional de Colombia C-551 de 2003, C-148 de 2005, C-187/06 y T-284/06.

2.4. Su desarrollo jurisprudencial por la SCJN

En relación con el principio *pro persona*, la SCJN, ha emitido básicamente dos tipos de tesis: a) las que conceptualizan este principio, y b) las que fijan sus límites.

De la conceptualización que hace la SCJN del principio *pro persona*, destacan los siguientes aspectos: lo identifica como un criterio hermenéutico, esto es, un principio de interpretación; y lo circunscribe sólo a las normas relativas a derechos humanos, previstas en la Constitución federal y en los tratados internacionales. No se habla de la posibilidad de que estas normas supremas, sean confrontadas con aquéllas de menor jerarquía, por ejemplo contenidas en leyes federales o locales, ni de la posibilidad de que éstas prevalezcan sobre esas en caso de resultar más favorables.

“PRINCIPIO PRO PERSONAE. EL CONTENIDO Y ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS DEBEN ANALIZARSE A PARTIR DE AQUÉL. El segundo párrafo del artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, exige que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con la propia Constitución y con los tratados internacionales de los que México es parte, de forma que favorezca ampliamente a las personas, lo que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de tales derechos a partir del principio pro persona que es un criterio hermenéutico que informa todo el Derecho Internacional de los Derechos humanos, en virtud del cual debe acudirse a la norma más amplia, o a la interpretación más extensiva cuando se trata de reconocer derechos protegidos, e inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida cuando se trata de establecer restricciones permanentes al ejercicio de los derechos o de su suspensión extraordinaria, es decir, dicho principio permite, por un lado, definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues ante la existencia de varias posibilidades de solución a un mismo problema, obliga a optar por la que protege en términos más amplios. Esto implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho más extenso y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. Por tanto, la aplicación del principio pro persona en el análisis de los derechos humanos es un componente esencial que debe utilizarse imperiosamente en el establecimiento e interpretación de normas relacionadas con la protección de la persona, a efecto de lograr su adecuada protección y el desarrollo de la jurisprudencia emitida en la materia, de manera que represente el estándar mínimo a partir del cual deben entenderse las obligaciones estatales en este rubro.”³²⁴

“PRINCIPIO PRO PERSONA. CRITERIO DE SELECCIÓN DE LA NORMA DE DERECHO FUNDAMENTAL APLICABLE. De conformidad con el texto vigente del artículo 1o. constitucional, modificado por el decreto de reforma constitucional publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, en materia de derechos fundamentales, el

³²⁴ Tesis Aislada 1a. XXVI/2012 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro V, Febrero de 2012, Tomo 1, p. 659. Registro 2000263.

*ordenamiento jurídico mexicano tiene dos fuentes primigenias: a) los derechos fundamentales reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; y, b) todos aquellos derechos humanos establecidos en tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. Consecuentemente, las normas provenientes de ambas fuentes, son normas supremas del ordenamiento jurídico mexicano. Esto implica que los valores, principios y derechos que ellas materializan deben permear en todo el orden jurídico, obligando a todas las autoridades a su aplicación y, en aquellos casos en que sea procedente, a su interpretación. Ahora bien, en el supuesto de que un mismo derecho fundamental esté reconocido en las dos fuentes supremas del ordenamiento jurídico, a saber, la Constitución y los tratados internacionales, la elección de la norma que será aplicable -en materia de derechos humanos-, atenderá a criterios que favorezcan al individuo o lo que se ha denominado principio pro persona, de conformidad con lo dispuesto en el segundo párrafo del artículo 1o. constitucional. Según dicho criterio interpretativo, en caso de que exista una diferencia entre el alcance o la protección reconocida en las normas de estas distintas fuentes, deberá prevalecer aquella que represente una mayor protección para la persona o que implique una menor restricción. En esta lógica, el catálogo de derechos fundamentales no se encuentra limitado a lo prescrito en el texto constitucional, sino que también incluye a todos aquellos derechos que figuran en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano.*³²⁵

Y por cuanto hace a los límites del principio *pro persona*, los que hasta ahora ha establecido la Suprema Corte derivan de demandas en las que los litigantes invocan el principio *pro persona* como fundamento para solicitar que se deje de aplicar una regla de carácter procesal que limita su acceso a la jurisdicción o al proceso.

¿Si la ley prevé un plazo de 15 días para presentar una demanda, no sería más favorable a los derechos humanos, un plazo mayor?, ¿si la ley pide que la demanda se presente por escrito y firmada, no sería más favorable a los derechos humanos, que se autorizara también la presentación vía electrónica?, ¿si la ley pide expresión de agravios, no sería más favorable a los derechos humanos, se creara en todos los procesos judiciales, la institución de la suplencia de la queja?, etc.; son el tipo de argumentos que los justiciables han hecho valer a partir de la reforma de 2011, y ante los cuales la Suprema Corte ha emitido diversas tesis que definen los límites del principio *pro persona*.

Lo que la Corte básicamente ha dicho sobre esto, es que la mera invocación de dicho principio, no puede ser fundamento suficiente para ignorar o dejar de aplicar las reglas procesales.

“PRINCIPIO PRO PERSONA O PRO HOMINE. FORMA EN QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES DEBEN DESEMPEÑAR SUS

³²⁵ Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 107/2012 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIII, Octubre de 2012, Tomo 2, p. 799. Registro 2002000.

ATRIBUCIONES Y FACULTADES A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011. Si bien la reforma indicada implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados de derechos humanos, así como con la interpretación más favorable a la persona al orden constitucional -principio pro persona o pro homine-, ello no implica que los órganos jurisdiccionales nacionales dejen de llevar a cabo sus atribuciones y facultades de impartir justicia en la forma en que venían desempeñándolas antes de la citada reforma, sino que dicho cambio sólo conlleva a que si en los instrumentos internacionales existe una protección más benéfica para la persona respecto de la institución jurídica que se analice, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales que rigen su función jurisdiccional -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, ya que de hacerlo se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función.”³²⁶

“PRINCIPIO PRO PERSONA. NO ES FUNDAMENTO PARA OMITIR EL ESTUDIO DE LOS ASPECTOS TÉCNICOS LEGALES EN EL JUICIO DE AMPARO. Si bien es cierto que el artículo 1o., párrafo segundo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos exige que los derechos humanos se interpreten conforme a la propia Constitución y a los tratados internacionales, de forma que se favorezca de la manera más amplia a las personas, también lo es que la aplicación de este principio no puede servir como fundamento para omitir el estudio de los aspectos técnicos legales que puedan actualizarse en el juicio de amparo. Lo anterior es así, toda vez que la interpretación pro persona se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos ante la existencia de dos normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, a efecto de elegir cuál será la aplicable al caso concreto, lo que, por un lado, permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, pues la existencia de varias posibles soluciones a un mismo problema, obliga a optar por aquella que protege en términos más amplios, lo que implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho de la manera más extensiva y, por el contrario, al precepto legal más restrictivo, si se trata de conocer las limitaciones legítimas que pueden establecerse a su ejercicio. En consecuencia, la utilización de este principio, en sí mismo, no puede ser invocado como fundamento para ignorar el cumplimiento de los requisitos de procedencia en el juicio de amparo.”³²⁷

“PROCEDIMIENTO CONTENCIOSO ADMINISTRATIVO. EL ARTÍCULO 58-2, PÁRRAFO ÚLTIMO, DE LA LEY FEDERAL RELATIVA, AL PREVER EL PLAZO DE QUINCE DÍAS PARA PRESENTAR LA DEMANDA EN LA VÍA SUMARIA, NO VIOLA EL PRINCIPIO PRO PERSONA. El citado precepto, al prever que cuando se impugnen resoluciones definitivas cuyo importe no exceda de cinco veces el salario mínimo general vigente en el Distrito Federal elevado al año al momento de su emisión, la demanda debe presentarse en la vía sumaria dentro de los quince días siguientes a aquel en que surta efectos la notificación de la resolución impugnada, no viola el principio pro persona previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que establece que las autoridades están

³²⁶ Tesis Aislada 2a. LXXXII/2012 (10a.). Segunda Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XIV, Noviembre de 2012, Tomo 2, p. 1587. Registro 2002179.

³²⁷ Tesis Aislada 1a. CCLXXVI/2012 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XV, Diciembre de 2012, Tomo 1, p. 530. Registro 2002359.

obligadas a interpretar las normas relativas a los derechos humanos conforme a la Constitución y los tratados internacionales de la materia, otorgando en todo tiempo a las personas la protección más amplia. Lo anterior es así, toda vez que no puede considerarse que el establecimiento de un plazo mayor al referido implique necesariamente una protección más amplia al derecho de acceso a la justicia efectiva previsto en el artículo 17 de la Constitución General de la República, además porque no se demuestra que aquél sea insuficiente para promover el juicio o que con un plazo más amplio pudiera tener mayores facilidades para promoverse y en qué forma repercutiría para alcanzar una justicia más eficaz que mediante lo ya previsto.”³²⁸

3. EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

3.1. Concepto

La idea de que entre las normas jurídicas existe una jerarquía normativa, y de que la validez, e incluso, la existencia de las leyes inferiores depende de su conformidad con las superiores, es una idea doctrinal presente en las principales corrientes de pensamiento jurídico, de la misma manera que el mandato de supremacía de la Carta Magna, es una norma jurídica presente en todos los Estados constitucionales modernos.

Cabe ahora reiterar que la estructuración jerárquica de los sistemas jurídicos es uno de los principios básicos de la teoría moderna del Derecho. Con base en éste, aquellos no son sistemas de normas caóticos, sino que éstas se encuentran ordenadas con base en relaciones de dependencia, la cual está determinada, en buena medida, por el distinto nivel jerárquico en el que dichos ordenamientos se ubican.

Ahora bien, ¿con base en qué se establece que a una determinada norma le corresponde un nivel jerárquico en vez de otro? Esto es, ¿qué criterio permite determinar la ubicación de una norma dentro de la estructura jerarquizada de un ordenamiento jurídico? Miguel RUIZ, señala que tradicionalmente son tres los criterios que suelen ser utilizados.

En primer término, se ubica el criterio del órgano que crea la norma: “*Según este criterio, una norma es jerárquicamente superior (o igual) a otra porque es superior (o igual) el tipo de órgano que la crea*”. Sin embargo, como señala el propio autor, esto no sirve demasiado, pues inmediatamente remite al problema de determinar por qué cierto órgano es superior a otro. Además de que

³²⁸ Tesis Aislada 1a. XXXII/2013 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo , p. 831. Registro 2002867.

fácilmente pueden invertirse el argumento: “un órgano es superior a otro porque tiene una función o competencia normativa superior”, lo que nos lleva al dilema del huevo o la gallina³²⁹.

Un segundo criterio, es el de la derogabilidad normativa: “una norma es superior a otra cuando puede derogarla sin poder ser derogada por ella”. Esto último, ya sea porque la norma derogatoria requiere para su modificación o eliminación un procedimiento más complejo que el de la derogada; o bien, porque existe una prohibición expresa de que esta última derogue a la primera. Un razonamiento que, de acuerdo con el mismo autor, no resulta del todo satisfactorio sobre todo en contextos en los que los procedimientos de modificación de las normas sean tan diversos que no sean comparables. Como ocurre por ejemplo, con la diferencia entre el proceso de modificación de una ley y de un tratado internacional: dado lo diverso de los procedimientos no es factible decir objetivamente que uno sea más complejo que otro³³⁰.

Otro de los criterios comúnmente utilizados es de la fundamentación de la validez normativa, expresado en la Teoría Pura del Derecho de KELSEN: “una norma es superior a otra cuando fundamenta su validez”, ya sea desde una perspectiva formal (al establecer los procedimientos de creación de otras normas), material (al imponer contenidos que otras normas deban incorporar), o ambas³³¹.

Aunque este último es quizá el más seguido, Miguel RUIZ señala un cuarto, en el que pocas veces se repara, pero que tiene un sustento indiscutible. El autor lo denomina de deber de acatamiento y regla de reconocimiento. De acuerdo con éste, los criterios finales de jerarquía normativa son siempre consuetudinarios, descansa en una especie de regla de reconocimiento:

“El hecho de que una constitución diga que ella misma es la norma suprema no puede ser la razón de tal rango jerárquico, a no ser que se asuma la validez y la superioridad de la propia constitución (...) De manera que, a fin de cuentas, la razón por la que la Constitución resulta válida y superior es la existencia de una práctica normativa de carácter consuetudinario; dicho en la conceptualización de

³²⁹RUIZ MIGUEL, A. “El principio de jerarquía normativa”. En: LAPORTA, Francisco J. (ed.). *Constitución: problemas filosóficos*. Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003. p. 94.

³³⁰Ibidem. p. 96.

³³¹Ibidem. p. 100.

*Hart, es la regla de reconocimiento del sistema, esto es, el conjunto de criterios usados por los ciudadanos y, en especial, los funcionarios para determinar qué normas pertenecen al sistema.*³³²

La supremacía constitucional como principio surge a la par de la transición de Estado Legal de Derecho a Estado Constitucional de Derecho. Según apunta RODRÍGUEZ, al consolidar a la Constitución como norma rectora se determinó un orden rector según el cual la comunidad debía supeditarse al contenido del texto constitucional³³³. Al efecto, VIGO afirma que *“Ese nuevo Estado configurado por el imperio de la Constitución, implica afirmar la soberanía de la Constitución más que la propia soberanía estatal...”*³³⁴

Sin embargo, a partir de la posguerra, se comenzó a generar una conciencia para dejar atrás la visión de la Ley Fundamental que se reducía a su validez y eficacia como norma con base en la estructura positivista. La consecuencia de lo anterior fue que el constitucionalismo empezó a considerar la universalidad e inalienabilidad de los derechos humanos en la mayoría de los ordenamientos jurídicos, tendiendo así a la adopción de una visión axiológica de validez de la Constitución³³⁵.

La supremacía constitucional, en este contexto neoconstitucionalista ya no es simplemente el principio según el cual la Constitución da validez al sistema en un aspecto meramente formal³³⁶. Según RODRÍGUEZ, *“La Constitución conceptualizada como una entidad receptora, promotora y difusora de los valores, principios y derechos fundamentales”*³³⁷ ha tenido una influencia en la reconceptualización del principio de supremacía constitucional, lo cual lleva al autor a afirmar que la primacía de los principios y derechos fundamentales y su valor intrínseco, constituyen una supremacía se extiende por encima de las jerarquías normativas o los ámbitos de competencia.

³³² *Ibíd.* p. 106-107.

³³³ RODRÍGUEZ, Marcos. *Análisis sobre los diversos modos de conceptualización de la supremacía constitucional desde la antigüedad hasta nuestros días*. En: RODRÍGUEZ, Marcos (Coord.). *Supremacía Constitucional*. México, Porrúa, 2009. p. 67.

³³⁴ VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del estado de derecho legal al estado de derecho constitucional*. México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2013. p. 27.

³³⁵ *Ibíd.* p. 85.

³³⁶ *Ibíd.* p. 87.

³³⁷ *Ídem.*

Al efecto, PALOMINO MANCHEGO señala que “*la supremacía constitucional en un Estado Constitucional significa que ‘una vez expresada la voluntad del Poder Constituyente con la creación de la Constitución del Estado, en el orden formal y sustantivo presidido por ella, no existen soberanos, poderes absolutos o antarquías. Todo poder deviene entonces en un poder constituido por la Constitución y, por consiguiente, limitado e informado, siempre y en todos los casos, por su contenido jurídico-normativo.’ De tal manera, ‘La Constitución es, norma jurídica y, como tal, vincula. De ahí que, con cierto, pueda hacerse referencia a ella aludiendo al ‘Derecho de la Constitución’, esto es, al conjunto de valores, derechos y principios que, por pertenecer a ella, limitan y delimitan jurídicamente los actos de los poderes públicos.’*”³³⁸

Según el jurista argentino BIDART CAMPOS, la supremacía de la Constitución es una doctrina construida en el plano de los principios, que establece un deber ser y se incorpora como tal a la formación constitucional.³³⁹

Con base en lo anterior, REY CANTOR afirma que la supremacía constitucional es el principio rector del ordenamiento jurídico.³⁴⁰ Según el autor, en el concepto de ordenamiento jurídico no debe considerarse sólo a la Constitución sino a todas las normas jurídicas expedidas por los órganos del Estado facultados para ello.

Así, desde la óptica del jurista colombiano, el ordenamiento jurídico se jerarquiza y se subordina a la normativa constitucional. Por tanto, la jerarquía implica que existan dos tipos de normas: las normas constitucionales – de mayor jerarquía- y las normas ordinarias – de menor jerarquía-. En este contexto, la jerarquización causa que la norma inferior deba guardar armonía con la norma superior³⁴¹. El control de constitucionalidad implica por tanto, el estudio que analiza la efectiva armonización entre la norma inferior en relación con la superior.

3.2. Desarrollo jurisprudencial por la Suprema Corte

³³⁸ PALOMINO MANCHEGO, José F. *Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho*. En: RODRÍGUEZ, Marcos (Coord.). *Supremacía...ob. cit.*, 2009. p. 167.

³³⁹ BIDART CAMPOS, Germán J. *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, Ediar, 1987. p. 31 y 118.

³⁴⁰ REY CANTOR, Ernesto. “Supremacía Constitucional”, En: RODRÍGUEZ, Marcos (Coord.). *Supremacía...ob.cit.* p. 180.

³⁴¹ *Ibidem.* 181.

En México el precepto constitucional en el que se integra la supremacía constitucional es el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, mismo que a la letra establece que:

“Artículo 133. Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.”

Son diversos los criterios de jurisprudencia que ha emitido la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en relación con el principio de supremacía constitucional, de entre los cuales, cabe citar los siguientes:

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de "supremacía constitucional" implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la "Ley Suprema de la Unión", esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales.³⁴²

“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE. INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE. En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los Jueces de cada Estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben

³⁴² Tesis Aislada P. VIII/2007. Pleno de la SCJN. Novena Época. Instancia: Pleno. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. XXV, Abril de 2007, p. 6. Registro 172667.

*predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.*³⁴³

4. ANTAGONISMOS ENTRE LAS DIRECTIVAS PRO PERSONA VS SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

4.1. Dimensión teórica del antagonismo entre estas directivas

Para SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, quien considera que el mayor reto del constitucionalismo moderno es hacer compatible el principio de supremacía constitucional con la protección de los derechos humanos³⁴⁴, en realidad no existe una verdadera contradicción³⁴⁵ entre el reconocimiento de los derechos humanos y el principio de supremacía constitucional. El autor explica que erróneamente se ha considerado que el reconocimiento de los derechos humanos como una excepción al principio de supremacía constitucional, pues al incorporarse al bloque constitucional modifican la jerarquización establecida por la Norma Fundamental. A pesar de esta consideración, SEPÚLVEDA IGUÍNIZ explica que el reconocimiento de los derechos humanos no conlleva un cambio en el sistema de jerarquización contenido en la Constitución. Más bien, el reconocimiento se da precisamente gracias a la supremacía constitucional y a que la Norma Fundamental se mantiene como el instrumento de mayor jerarquía. Además, los tratados no modifican el contenido constitucional sino que lo complementan. Así, la supremacía constitucional se mantiene vigente y frente a la coexistencia de principios, la interpretación constitucional debe tender a la armonización.

³⁴³ Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 80/2004. Primera Sala. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX, Octubre de 2004, p. 264. Registro 180240.

³⁴⁴ SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J. *El reconocimiento de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución*. En: *Supremacía Constitucional*. Supremacía Constitucional. México, Porrúa, 2009. p. 206.

³⁴⁵ *Ibidem*. p. 211.

En el mismo sentido, otros autores como SANCHEZ TAGLE³⁴⁶, también opinan que a partir de la reforma constitucional, las normas que contienen derechos humanos pasan a compartir con la Constitución el más alto rango del ordenamiento jurídico mexicano, integrando así un bloque Constitucional de Derecho Humanos, de tal manera que las referidas normas no vulneran el principio de supremacía constitucional, sino que se incorporan a éste.

Esto es, la idea de un bloque de derechos humanos ubicado en el más alto nivel jerárquico del ordenamiento jurídico, podría dar lugar a pensar que el principio de jerarquía normativa no se ve disminuido como criterio válido de solución de antinomias, cuando una o varias de las normas del bloque constitucional de derechos humanos colisione con una o varias normas que no pertenezcan a este bloque. Y es que en este supuesto podría plantearse que el conflicto normativo se resuelve a favor de la norma perteneciente al referido bloque de derechos humanos con base en su mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico.

De esta manera, la estructuración jerárquica del ordenamiento jurídico no desaparece por completo, cambiando, eso sí, la integración del bloque normativo que se ubica en la cúspide de aquél, la cual estará ocupada ahora por el bloque de derechos humanos. Bloque éste que se integraría con las normas relativas a derechos humanos consignadas en la Constitución y los tratados internacionales.

Así, pareciera que el principio de supremacía constitucional seguiría siendo válido para la solución de antinomias entre normas del bloque de derechos humanos y cualquier otro tipo de normas: vencen las pertenecientes al bloque por su mayor jerarquía dentro del ordenamiento jurídico.

Sin embargo, desde otro punto de vista o en otros supuestos, es indudable que el principio *pro persona* relativo a los derechos humanos, sí puede llegar a ser antagónico o contradictorio con el principio de supremacía constitucional. Por ejemplo, cuando es la Constitución la que consigna una norma que restringe un derecho humano, y es la ley

³⁴⁶ SÁNCHEZ TAGLE, Gonzalo “*El Derecho Internacional de los Derechos humanos en la Constitución mexicana ¿se vulnera la supremacía constitucional?*”, En ABREU SACRAMENTO, José Pablo (coord.), *Reforma Humanista. Derechos Humanos y cambio constitucional en México*, México, Edit. Miguel Ángel Porrúa, 2011, p. 218

secundaria o de menor jerarquía la que consigna una norma que protege en forma más favorable o amplía ese mismo derecho humanos que la Constitución restringe.

Es en estos casos en donde la aplicación de uno de los principios implica la negación del otro, cuando el intérprete –en última instancia el juzgador- se enfrenta con la disyuntiva de privilegiar como directiva de interpretación al principio *pro persona* sobre el de supremacía constitucional, o viceversa.

Desde una perspectiva *pro persona*, el principio de jerarquía y los criterios de temporalidad y especialidad, aunque no desaparecen del todo como criterios de solución de antinomias, en todo caso sí quedan subordinados al principio *pro persona*, que a partir de la reforma constitucional de 2011 debe considerarse como el criterio determinante para establecer la prevalencia de normas en casos de colisión.

Pero desde la perspectiva “supremacista”, resulta inadmisibles privilegiar a una norma de jerarquía inferior sobre otra de jerarquía superior, en aquellos casos en que el ordenamiento inferior más bien debiera considerarse como inválido por contradecir al superior.

Así, las razones del antagonismo entre los principios *pro persona* y de supremacía constitucional, no tienen tanto que ver con el debate sobre si debe prevalecer el Derecho interno soberano sobre el Derecho internacional de los derechos humanos, o viceversa. Debate éste que –como ya vimos- está detrás de los antagonismos entre las directivas y “dualista”, y “monista internacional” y “monista nacional”, que determinan la interpretación del régimen de incorporación y jerarquía de las normas relativas a derechos humanos contenidas en tratados internacionales.

El antagonismo entre los principios *pro persona* y de supremacía constitucional, más bien surge cuando una perspectiva sí reconoce que el principio *pro persona* puede desempeñar integralmente las tres funciones como a) principio de interpretación normativa; b) principio de aplicación normativa; y c) principio de validación normativa. Mientras que la perspectiva contraria considera que el principio *pro persona* sólo puede cumplir las dos primeras funciones de manera completa, pero no la tercera, pues no puede actuar como principio de validación en aquellos casos en que colisione con el principio de supremacía constitucional.

Desde este punto de vista, no existe inconveniente en aceptar que el principio *pro persona* se aplique como criterio preferente en aquellos casos de aparente antinomia, en el que la norma inferior establece algo diferente a la superior, pero no contradictorio, sino complementario. En este último supuesto, la norma inferior no deroga ni invalida a la superior, sino que en base a ese principio, se logra una interpretación integradora y armónica de ambas.

Esta postura incluso podría aceptar la aplicación del principio *pro persona* para resolver un conflicto normativo entre normas contradictorias (normas *contra*) que pertenezcan al mismo ámbito jerárquico. En este supuesto, el principio pudiera fungir como de validación, para preservar aquella norma que resulta más favorable a la protección de los derechos humanos, pero sólo porque se tratan de normas que se encuentran en el mismo nivel jerárquico.

Lo anterior significa que bajo esta ideología, el principio *pro persona* incorporado en el artículo 1° de la CPEUM, a partir de la reforma de 2011, sólo puede entenderse: como principio de interpretación, para preferir la interpretación más favorable de una norma, o establecer una que sea integradora entre una norma superior y una inferior *praeter*; y como principio de aplicación, para preferir entre dos normas válidas, de la misma jerarquía, la aplicación de la más protectora. Esto en los términos explicados anteriormente en este mismo capítulo, cuando se abordó lo relativo a la tipología del principio *pro persona*.

Pero no puede aceptarse como principio de validación, para invalidar una norma superior que es menos protectora, aplicando una inferior que lo es más favorable. Ello debido a dos factores: por un lado, porque entre normas *contra* de distinta jerarquía, el criterio de solución de conflictos normativos debe seguir siendo preferentemente el de jerarquía; por otro lado, porque aceptar que cualquier legislador competente pueda dictar una norma que, por ejemplo, deje sin efectos restricciones a los derechos humanos establecidos en la Constitución, puede significar una crisis en el sistema nacional de representación política. Lo anterior, dado que el órgano de mayor representación política, que es el Constituyente Permanente – integrado por las dos cámaras del Congreso de la Unión más las legislaturas de los estados –, podría ser simplemente revocado por un bando expedido por un Ayuntamiento – si dicho instrumento otorga mayor protección a la persona bajo el principio *pro persona* –.

4.2. Casuística del antagonismo entre estas directivas

Para abundar en la explicación anterior, conviene acudir a ejemplos de casos concretos. Por lo cual a continuación presentaremos algunos que pueden inscribirse en las siguientes categorías:

- a) Caso en el cual las directivas pro persona y de supremacía constitucional, son convergentes cuando se aplican como principios de aplicación normativa.

Por ejemplo cuando una norma legal difiere pero sin contradecir a la Constitucional, siendo la norma legal más favorable al derecho humano; o también una norma de un tratado internacional difiere pero sin contradecir a la constitucional, siendo la norma del tratado internacional la más favorable al derecho humano;

- b) Caso en el cual las directivas pro persona y de supremacía constitucional, son convergentes cuando se aplican como principios de validación normativa.

Por ejemplo, cuando la norma legal difiere contradiciendo a la constitucional o de un tratado internacional, siendo la norma superior la más favorable al derecho humano.

- c) Caso en el cual las directivas pro persona y de supremacía constitucional, son antagónicos o divergentes cuando se aplican como principios de validación normativa.

Por ejemplo, cuando la norma legal difiere contradiciendo a la constitucional o de un tratado internacional, siendo la norma inferior la más favorable al derecho humano.

4.2.1. Caso de convergencia entre directivas, en su función de aplicación normativa

Para ilustrar ese caso se presenta un ejemplo que reúne los siguientes rasgos:

- La norma legal difiere pero sin contradecir a la constitucional o de tratado internacional. Se considera que no hay contradicción entre normas, porque la superior consigna al derecho humano como derecho “mínimo” o “piso”, que sí está autorizado superar.
- La norma inferior válidamente supera o desarrolla a la superior, y por esto resulta ser la norma más favorable al derecho humano.
- La norma inferior se considera válida, por ser conforme con la superior, y así se respeta el principio de supremacía constitucional;

- La norma inferior termina siendo la aplicable al caso por ser la más favorable al derecho humano, y así el principio pro persona se respeta y cumple su función como principio de aplicación normativa.

Tal es el caso que se presenta por una parte, entre la Constitución que en su artículo 123, Apartado A, fracción IV y Apartado B, fracción II, establece el derecho al descanso de por lo menos de un día a la semana; los artículos 24° de la Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, París 1948), artículo 7° d) del Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU 1966), y artículo 13 de la Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Bogotá 1948), que establecen el derecho humano al descanso semanal; y el artículo 10° Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (OIT, Ginebra 2011) que establece para estos trabajadores el derecho a un descanso semanal de por lo menos 24 horas consecutivas. Y por otra parte la Ley Federal del Trabajo, a partir de las reformas publicadas en el Diario Oficial de la Federación de 30 de noviembre de 2012, que ahora establece en su artículo 336, que los trabajadores domésticos tendrán derecho a un descanso semanal de día y medio.

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

“Artículo 123...

A. Entre los obreros, jornaleros, empleados domésticos, artesanos y de una manera general, todo contratos de trabajo:

IV. Por cada seis días de trabajo deberá disfrutar el operario de un día de descanso, cuando menos.

B. Entre los Poderes de la Unión, el Gobierno del Distrito Federal y sus trabajadores:

II. Por cada seis días de trabajo, disfrutará el trabajador de un día de descanso, cuando menos, con goce de salario íntegro.”

Declaración Universal de Derechos Humanos (ONU, París 1948)

“Artículo 24. Toda persona tiene derecho al descanso, al disfrute del tiempo libre, a una limitación razonable de la duración del trabajo y a vacaciones periódicas pagadas.”

Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales (ONU 1966)

“Artículo 7. Los Estados Partes en el presente Pacto reconocen el derecho de toda persona al goce de condiciones de trabajo equitativas y satisfactorias que le aseguren en especial:

...

d) El descanso, el disfrute del tiempo libre, la limitación razonable de las horas de trabajo y las variaciones periódicas pagadas, así como la remuneración de los días festivos.”

Carta Internacional Americana de Garantías Sociales (Bogotá 1948)

“Artículo 13. Todo trabajador tiene derecho aun descanso semanal remunerado en la forma que fije la Ley de cada país...”

Convenio 189 sobre las trabajadoras y los trabajadores domésticos (OIT, Ginebra 2011)

“Artículo 10.

1. Todo Miembro deberá adoptar medidas con miras a asegurar la igualdad de trato entre los trabajadores domésticos y los trabajadores en general en relación a las horas normales de trabajo, la compensación de las horas extraordinarias, los períodos de descanso diarios y semanales y las vacaciones anuales pagadas, en conformidad con la legislación nacional o con convenios colectivos, teniendo en cuenta las características especiales del trabajo doméstico.

2. El período de descanso semanal deberá ser al menos de 24 horas consecutivas...”

Ley Federal del Trabajo

“Artículo 336. Los trabajadores domésticos tienen derecho a un descanso semanal de día y medio ininterrumpido, preferiblemente en sábado y domingo.

Mediante acuerdo entre las partes podrá acordarse la acumulación de los medios días en periodos de dos semanas, pero habrá de disfrutarse de un día completo de descanso en cada semana.”

Como se advierte de lo anterior, la Ley Federal del Trabajo establece que el descanso semanal de los trabajadores domésticos, sea de día y medio, mientras que la Constitución y los tratados internacionales establecen que sea de un día. Pero este diferendo no implica contradicción, ya que la Constitución y los tratados lo que establecen es un derecho “mínimo” que puede ser superado por el legislador ordinario.

Los Derechos Humanos por definición son los derechos mínimos que el hombre requiere para vivir con dignidad y desarrollar todo su potencial humano. Luego las leyes secundarias les dan configuración. Configurar un derecho humano es delimitar su extensión efectivamente practicable y, por lo mismo, jurídicamente exigible. Configurar un derecho humano constitucional –señala Rubio Llorente–, es “la precisión de su contenido eficaz, una precisión que consiste, en unos casos, en el establecimiento de las instituciones u organizaciones y de los procedimientos indispensables para su ejercicio, en otros simplemente

en la limitación necesaria para hacer compatible entre sí el ejercicio de los distintos derechos, o preservar otros bienes constitucionales que su ejercicio irrestricto podría amenazar.”³⁴⁷

Pero como la configuración de los derechos humanos puede variar no sólo en cada país, sino incluso en cada entidad federativa de México, pues no todas ellas tienen idénticas condiciones económicas, sociales o culturales; entonces se impone que en un Estado federal como México, la Constitución asegure para todos y en todos los territorios del país, la observancia de un estándar mínimo de derechos.

Así entendidos los derechos humanos serían el límite mínimo que todos deben respetar, más allá del cual cada estado puede ser diverso.

En consecuencia, la norma legal que amplía un derecho humano, y la norma constitucional que establece la extensión esencial o mínima de éste; no se contradicen. De tal manera que ambas normas son perfectamente válidas, y para decidir cuál de ellas debe aplicarse al caso concreto, debe preferirse a la más favorable al derecho humanos.

4.2.2. Convergencia entre directivas, en su función de validación normativa

Este caso lo podríamos ilustrar con un ejemplo que reúna los siguientes rasgos:

- La norma legal difiere y contradice a la constitucional o de tratado internacional. En este caso la contradicción se da porque la norma viola o restringe el derecho o estándar “mínimo” previsto por la Constitución.
- La norma constitucional, por lo tanto, además de ser la superior resulta ser la norma más favorable al derecho humano.
- La norma inferior se considera inválida, no sólo por ser contraria a la superior, sino además por ser más restrictiva del derecho humano.

Por ejemplo tratándose de diversas leyes que establecen para hombres y mujeres un trato diferenciado con causa justificada. Estas han sido declaradas inválidas, no sólo por ser

³⁴⁷ RUBIO LLORENTE, Francisco Rubio. “La configuración de los derechos fundamentales en España”, en *Liber Amicorum Héctor Fix-Zamudio*, San José, Costa Rica, Secretaría de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, 1998, p. 1329.

contrarias al artículo 4º de la Constitución, que es formalmente de jerarquía suprema, sino también por que disminuyen el derecho sustantivo previsto en el referido precepto constitucional. Esto es, aplicando el principio *pro persona* también resulta más favorable la norma superior que la inferior.

“ARTICULO 288 DEL CODIGO CIVIL PARA EL ESTADO DE CAMPECHE. VIOLA LA GARANTIA DE IGUALDAD QUE TUTELA EL ARTICULO 4o. CONSTITUCIONAL. Desde un punto de vista jurídico la igualdad radica en la posibilidad y capacidad de que un número indeterminado de personas adquieran derechos y contraigan obligaciones, que se deriven de la situación en que se encuentran, y en ese sentido entraña el acatamiento del principio aristotélico que dice: "trato igual a los iguales y desigual a los desiguales." Por otra parte, debe decirse, que el adulterio entraña una ofensa al cónyuge inocente, y en consecuencia, su consumación significa una falta al pacto de recíproca fidelidad entre los esposos, lo cual constituye la base fundamental del matrimonio, de ahí que al cometerse adulterio, sea quien sea quien lo realice, indiscutiblemente conculcará los derechos de la familia, trastornando el orden y la moralidad que debe imperar en ese núcleo. Ahora bien, el artículo 288 del Código Civil del Estado de Campeche, contiene la siguiente disposición: "El adulterio del marido es causa de divorcio solamente cuando con él concurra alguna de las circunstancias siguientes: I. Que el adulterio haya sido cometido en la casa conyugal; II. Que haya habido escándalo o insulto público hecho por el marido a la mujer legítima; III. Que la adúltera haya maltratado de palabra o de obra, o que por su causa se haya maltratado de alguno de esos modos a la mujer legítima." Este precepto, como puede verse, resulta discriminatorio, con base en que respecto a una misma situación jurídica trata de manera diferente a la mujer, en relación a una causal de divorcio como lo es el adulterio, pues el cometido por la esposa, en cualquier forma que lo perpetre, siempre será motivo de ruptura del matrimonio; en cambio, el cometido por el varón acusa matices diversos, ya que si comete adulterio, éste por sí solo no generará el divorcio, en la inteligencia de que dicha sanción civil sólo opera para el hombre cuando el adulterio vaya acompañado de alguna de las circunstancias agravantes que contempla la norma hipotética en cuestión. Por consiguiente, si tanto el hombre como la mujer, conforme a esa ley secundaria, tienen acción de divorcio en la hipótesis de adulterio, no hay razón válida y justificativa para menguar el derecho de la mujer, sujetando o condicionando la procedencia de su acción a que se satisfagan determinadas circunstancias en el adulterio del varón, dado que tales disposiciones infringen la garantía de igualdad jurídica que tutela el artículo 4o. de la Constitución General de la República, de ahí que sea lógico y jurídico concluir, que el artículo 288 del Código Civil para el Estado de Campeche es inconstitucional.”³⁴⁸

4.2.3. Casos de antagonismo entre directivas, en su función de validación normativa

Este último caso, se caracterizaría porque en el:

³⁴⁸ Tesis aislada: XIV.2o.3 C. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo II, Noviembre de 1995, p. 502. Registro: 203727

- La norma legal difiere y contradice a la constitucional o de tratado internacional. Contradicción que se da porque la norma superior establece para el derecho humano una “restricción” o “techo”, que la norma inferior busca superar o derrotar.
- La norma inferior resulta ser la norma más favorable al derecho humano.

Este es el caso del arraigo en materia penal, respecto del cual los tribunales de Amparo ya se habían pronunciado en el sentido de que era contrario a diversos derechos humanos, principalmente al derecho humano de libertad de tránsito.

“ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos permite, excepcionalmente, la afectación de la libertad personal del gobernado mediante la actualización de las condiciones y los plazos siguientes: a) en caso de delito flagrante obliga a quien realice la detención, a poner sin demora al indiciado o incoado a disposición de la autoridad inmediata y ésta al Ministerio Público, quien realizará la consignación; b) en casos urgentes, tratándose de delitos graves y ante el riesgo fundado de que el indiciado se sustraiga a la justicia y no se pueda acudir ante un Juez, el Ministerio Público puede realizar la detención bajo su responsabilidad, supuesto en que tendrá, ordinariamente, un plazo de 48 horas para poner al detenido a disposición de la autoridad judicial, la que de inmediato ratificará la detención o decretará la libertad; c) mediante orden de aprehensión dictada por autoridad judicial, quedando obligada la autoridad ejecutora a poner al inculcado a disposición del Juez, sin dilación alguna y bajo su más estricta responsabilidad; d) por virtud de auto de formal prisión dictado por el Juez de la causa, dentro del improrrogable plazo de 72 horas a partir de que el indiciado sea puesto a su disposición; y, e) tratándose de sanciones por infracciones a los reglamentos gubernativos y de policía, se permite el arresto hasta por 36 horas. Como se advierte, en toda actuación de la autoridad que tenga como consecuencia la privación de la libertad personal, se prevén plazos breves, señalados inclusive en horas, para que el gobernado sea puesto a disposición inmediata del Juez de la causa y éste determine su situación jurídica. Ahora bien, el artículo 122 bis del Código de Procedimientos Penales del Estado de Chihuahua, al establecer la figura jurídica del arraigo penal, la cual aunque tiene la doble finalidad de facilitar la integración de la averiguación previa y de evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse, viola la garantía de libertad personal que consagran los artículos 16, 18, 19, 20 y 21 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, pues no obstante que la averiguación todavía no arroja datos que conduzcan a establecer que en el ilícito tenga probable responsabilidad penal una persona, se ordena la privación de su libertad personal hasta por un plazo de 30 días, sin que al efecto se justifique tal detención con un auto de formal prisión en el que se le den a conocer los pormenores del delito que se le imputa, ni la oportunidad de ofrecer pruebas para deslindar su responsabilidad.”³⁴⁹

³⁴⁹ Tesis aislada: P. XXII/2006. Pleno. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Tomo XXIII, Febrero de 2006, p.1170. Registro: 176030

“ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El dispositivo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contempla la figura del arraigo domiciliario con una doble finalidad, por una parte, facilitar la integración de la averiguación previa y, por otra, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse contra el indiciado; sin embargo, su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión, hasta por el término de noventa días; por tanto, esa medida es violatoria de las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y, primordialmente, de la de libertad personal consagradas en los artículos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.”³⁵⁰

Pero mediante reforma constitucional del año 2008, la figura del arraigo en materia penal se introdujo en el artículo 16 de la Constitución, precisamente para eliminar la posibilidad de que el mismo fuera considerado como inconstitucional.

“Art. 16...

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.”

Sin embargo, el arraigo sigue contradiciendo otras normas, como tal es el caso de los tratados internacionales, entre ellos la Convención ADH, que consignan el derecho humano de libertad de tránsito.

Frente a lo anterior, las opciones son:

- a) Considerar que la norma constitucional que establece el arraigo es inválida por ser inconvencional. Esto es, dar preminencia al principio *pro persona* como principio de validación;

³⁵⁰ Tesis aislada: I.9o.P.69 P. Tribunales Colegiados de Circuito. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXVII, Enero de 2008, p. 2756. Registro: 170555

- b) Considerar que la norma constitucional del arraigo es válida, pues la norma de jerarquía inferior no puede condicionar la validez de la norma superior. Esto es, considerar que el principio de supremacía constitucional prevalece sobre el principio *pro persona* como principio de validación.

Ante esta disyuntiva, unos opinan que el principio *pro persona* deja sin efectos a las antiguas reglas, que ordenaban que los conflictos entre normas jurídicas debían resolverse prefiriendo a la superior sobre la inferior, a la posterior sobre la anterior, y a la especial sobre la general. Pues ahora una norma legal puede llegar a prevalecer sobre una constitucional, si aquella es más favorable a los derechos humanos, e incluso, una que ha sido derogada puede llegar a prevalecer sobre una vigente, cuando ésta indebidamente restrinja el avance progresivo que ya se había logrado en el pasado.

“...el entendimiento del arraigo penal como una medida precautoria que permite “primero detener a la persona para después investigarla”, es una actuación desnuda, vulnerable y expuesta a una inminente declaratoria de invalidez por incumplir con los derechos humanos reconocidos tanto en la Constitución como en la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Si bien el arraigo es una medida cautelar constitucionalizada, ello de ninguna manera significa que su aplicación o regulación legal siempre deba ser declarada válida por los jueces. El arraigo se ha constitucionalizado; sin embargo, coexiste y aparece rodeado, cercado, sitiado por toda una serie de derechos, garantías y principios constitucionales que circundan y delimitan los alcances de dicha medida cautelar, entre ellos, los derechos constitucionales y convencionales dirigidos a tutelar la libertad personal, el debido proceso y el principio de presunción de inocencia; de forma que cuando las autoridades o el legislador pretendan aplicar o regular el arraigo “al desnudo” sin observar las diversas garantías y condiciones de validez que lo rodean, estaremos ante la presencia de una medida cautelar inconstitucional e inconvencional; lo cual se ha visto reforzado a partir del artículo 1º de la Constitución mexicana (reforma de junio del 2011) que establece que las normas relativas a los derechos humanos (libertad personal y restricciones) se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, lo que es relevante desde la perspectiva de los artículos 5, 7, 8 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, que exigen que las restricciones a la libertad personal (aunque estén previstas en ley) deben ser razonables y proporcionales³⁰; que una persona es inocente y debe permanecer en libertad mientras no exista prueba de su responsabilidad penal; que los jueces deben prevenir la coacción, intimidación y la tortura de los detenidos; y que nadie debe ser privado de la libertad cuando no ha sido escuchado en defensa ni llevado sin demora ante un juez.”³⁵¹

³⁵¹ SILVA GARCÍA, Fernando. “El arraigo penal entre dos alternativas posibles: interpretación conforme o inconvencionalidad”. En: *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, Núm. 18, México, Porrúa, julio-diciembre de 2012.

La otra perspectiva es muy diferente, pues parte de la idea de que no deben confundirse reglas de validez normativa, con las de interpretación; y que el principio *pro persona* es sólo de carácter interpretativo o hermenéutico, y por lo tanto no debe determinar la validez de aquéllas. Esto es, si dos normas jurídicas relativas a derechos humanos tienen contenidos contradictorios, pero una de ellas es de jerarquía constitucional y otra infra-constitucional, entonces esta última será inválida y expulsada del ordenamiento jurídico, sin que pueda aplicarse el principio *pro persona*, ya que éste, por su carácter interpretativo, sólo es aplicable para establecer el significado de dos o más normas jurídicas válidas, cuya antinomia sea sólo aparente.

Dicho en otras palabras, desde el punto de vista que privilegia el principio de supremacía constitucional, el artículo 1º no deroga al artículo 133, ambos constitucionales, ya que el primero consigna el principio *pro persona* como criterio de interpretación normativa, y el segundo establece el principio de supremacía como criterio de validez normativa.

En consecuencia, antes de pretender solucionar una aparente antinomia, es necesario determinar si existe, y ello conduce al análisis de la validez de la normas en conflicto. Si las normas en conflicto son válidas, entonces puede hablarse de una antinomia que hay que solucionar; pero si no es así, entonces la antinomia no se configura, pues se parte de la premisa de que sólo puede haber antinomias entre normas válidas.

Por lo que, en el caso de que una de las normas en conflicto no sea válida, no existe la necesidad de implementar los otros principios de solución de conflictos normativos, porque a partir del principio de jerarquía se ha determinado que el ordenamiento inferior no es válido, por lo que desaparece la dicotomía sobre cuál debe aplicarse.

Como antes se ha dicho, esta preferencia por el principio jerárquico de la perspectiva soberanista está íntimamente ligado a la concepción de la estructuración jerárquica del ordenamiento jurídico de KELSEN, y a la fundamentación de la validez de una norma en la norma que le es superior. Esta concepción queda clara en el siguiente pasaje de la obra de KELSEN, en el cuál hace alusión a que el Derecho,

“(...) regula su propia creación en cuanto una norma jurídica determinar la forma en que otra es creada, así como, en cierta medida, el contenido de la misma. Cuando una norma jurídica es válida por

haber sido creada en la forma establecida por otra, la última constituye la razón de validez de la primera. La relación entre la que regula la creación de otra y esta misma norma, puede presentarse como un vínculo de supra y subordinación, siendo estas figuras de lenguaje de índole espacial. La norma que determina la creación de otra, es superior a ésta; la creada de acuerdo con tal regulación, inferior a la primera. El orden jurídico, especialmente aquel cuya personificación constituye el Estado, no es, por tanto, un sistema de normas coordinadas entre sí, que se hallasen, por así decirlo, una al lado de la otra, en un mismo nivel, sino que se trata de una verdadera jerarquía de diferentes niveles. La unidad de esas normas hállase constituida por el hecho de que la creación de la grado más bajo se encuentra determinada por otra de grado superior, cuya creación es determinada, a su vez, por otra todavía más alta. Lo que constituye la unidad del sistema es precisamente la circunstancia de que tal regressus terminar en la norma de grado más alto, o básica, que representa la suprema razón de validez de todo el ordenamiento jurídico.”³⁵²

5. PRECEDENTES JUDICIALES DE OTROS PAÍSES

Particularmente en Europa, a partir de sentencias dictadas por los tribunales constitucionales de Italia y Alemania, se ha venido desarrollando la doctrina conocida como de los “contra límites”. De acuerdo con ésta, el Derecho de la Unión Europea, esto es, el Derecho internacional Europeo no puede entrar en conflicto con la soberanía de los Estados, pues las constituciones nacionales no autorizan restricciones a la soberanía, excepto cuando sea para lograr la paz y la equidad entre las naciones.

Así, cuando una norma internacional vulnera los principios fundamentales del orden constitucional o los derechos fundamentales de los individuos, entonces dicha norma internacional no puede ser aplicada, pues implicaría aplicar una restricción no autorizada por la propia soberanía, ya que ésta sólo autoriza normas internacionales en favor de los ciudadanos, y no en su perjuicio.

Así por ejemplo, en los casos Solange I, Solange II, y Bananas, la justicia constitucional de Alemania resolvió que si bien es cierto que ese país reconoce al Derecho comunitario de la Unión Europea, incluso con carácter supranacional. Sin embargo, la aplicación del mismo nunca podrá hacerse en detrimento de los derechos humanos que la Ley Fundamental de Alemania establece para los alemanes. Así, el Tribunal Constitucional Federal de Alemania,

³⁵² KELSEN, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. (Trad.) UNAM, 1995, p. 146.

aunque no se arrogó competencia para declarar la invalidez del Derecho comunitario, o de los actos derivados de éste, cuando fuera contrario a la Constitución Alemana, sí podía proceder a su inaplicabilidad

Lo anterior sobre todo considerando los artículos 23, 24, 25 y 100 de la Ley Fundamental de Alemania, los cuales a continuación se transcriben.³⁵³

“Artículo 23 - [Unión Europea – protección de los derechos fundamentales – principio de subsidiariedad]

(1) Para la realización de una Europa unida, la República Federal de Alemania contribuirá al desarrollo de la Unión Europea que está obligada a la salvaguardia de los principios democrático, del Estado de Derecho, social y federativo y del principio de subsidiaridad y garantiza una protección de los derechos fundamentales comparable en lo esencial a la asegurada por la presente Ley Fundamental. A tal efecto, la Federación podrá transferir derechos de soberanía por una ley que requiere la aprobación del Bundesrat....

Artículo 24 - [Instituciones interestatales]

(1) La Federación puede transferir, por vía legislativa, derechos de soberanía a instituciones interestatales.

(1 a) En tanto los Länder son competentes para el ejercicio de poderes y el cumplimiento de tareas estatales, pueden, con la aprobación del Gobierno Federal, transferir derechos de soberanía a instituciones regionales transfronterizas.

(2) Para salvaguardar la paz, la Federación puede adherirse a un sistema de seguridad colectiva mutua; a tal efecto admitirá aquellas restricciones de sus derechos de soberanía que establezcan y garanticen un orden pacífico y duradero en Europa y entre los pueblos del mundo.

(3) Para la regulación de conflictos internacionales, la Federación se adherirá a convenios sobre arbitraje internacional general, amplio y obligatorio.

Artículo 25 - [Derecho internacional y Derecho federal]

Las reglas generales del Derecho internacional público son parte integrante del Derecho federal. Tienen primacía sobre las leyes y crean directamente derechos y obligaciones para los habitantes del territorio federal.

Artículo 100 - [Control concreto de normas]

(1) Si un tribunal considera que es inconstitucional una ley de cuya validez depende el fallo, se suspenderá el proceso y se recabará, cuando se trate de la violación de la Constitución de un Land, la decisión del tribunal del Land competente en asuntos constitucionales, y la de la Corte Constitucional Federal cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental.

Ello rige también cuando se trate de la violación de la presente Ley Fundamental por la legislación de un Land o de la incompatibilidad de una ley de un Land con una ley federal.

(2) Si en el curso de un litigio hubiera dudas acerca de si una regla de Derecho internacional es parte integrante del Derecho federal y fuente directa de derechos y deberes para el individuo (artículo 25), el tribunal recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.

³⁵³ Ley Fundamental de la República Federal de Alemania. Texto actualizado a octubre de 2010. Traducción de Ricardo GARCÍA MADERO. Disponible en línea: <https://www.btg-bestellservice.de/pdf/80206000.pdf>.

(3) Si en la interpretación de la Ley Fundamental, la Corte Constitucional de un Land quiere apartarse de una decisión de la Corte Constitucional Federal o de la Corte Constitucional de otro Land, recabará la decisión de la Corte Constitucional Federal.”

5.1. Caso Solange I.

El caso Solange I lo resolvió en 1974 la Corte Constitucional alemana,³⁵⁴ surge de una demanda que interpone una empresa de importación y exportación alemana ante la Corte Administrativa con el fin de anular una decisión en la que un depósito de exportación de 17,026.47 DM fue declarado efectivo después de que la empresa utilizara parcialmente la licencia de exportación que le había sido otorgada para la exportación de 20,000 toneladas de maíz. La demanda estaba fundamentada en el artículo 12 de la Regulación 120/67 del Consejo de la Comunidad Económica Europea y el artículo 9 de la Regulación 473/67 de la Comisión de la Comunidad Económica Europea- disposiciones que regulan las licencias de importación y exportación, así como los depósitos para su expedición y los casos en que los depósitos se harán efectivos o serán devueltos-.

La Corte Administrativa obtuvo por parte de la Corte de Justicia Europea un criterio derivado de la sentencia del Caso 11/7 de 17 de diciembre de 1970, en el que dicha instancia había confirmado la legalidad de las disposiciones invocadas por los demandantes. En dicho criterio, la Corte Europea consideró que las normas de Derecho interno no podían tener precedencia sobre las normas del Derecho comunitario pues carecían de autonomía. Asimismo, la Corte Europea justificó la existencia del sistema de licencias y depósitos, como vías para hacer funcionar el mercado de cereales. Por otra parte explicó que el concepto de fuerza mayor era lo suficientemente flexible para abarcar todos los posibles supuestos inusuales, así como para garantizar el funcionamiento normal del mercado de cereales.

Después de la recepción de este criterio, la Corte Administrativa solicitó a la Corte Constitucional alemana que se pronunciara en torno a la compatibilidad de obligación de exportar existente en el Derecho comunitario y su correlativa obligación de hacer un depósito de exportación frente al artículo 100 de la Norma Básica alemana; y en todo caso, pronunciarse

³⁵⁴ Sentencia BVerfGE, 37, 271; pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en 1974.

sobre si la posibilidad de liberar el depósito en casos de fuerza mayor es compatible con la Norma Básica.

Así, se puso como eje de análisis, la relación entre la garantía de los derechos fundamentales contenidos en la Norma Básica y las reglas contenidas en el Derecho comunitario.

La Corte Constitucional alemana hizo una primera consideración al expresar que el Derecho comunitario no es una norma constitutiva del sistema legal nacional, ni Derecho internacional, sino que forma un sistema de derecho independiente que surge de una fuente autónoma: la Comunidad Europea. La instancia agregó que con base en el artículo 24 de la Norma Básica, la Comunidad no constituye en sí un Estado, sino que es una Comunidad sui generis en un proceso de integración progresiva.

La Corte Constitucional determinó que ambos sistemas legales son independientes, rigen en distintas esferas y se encuentran lado a lado el uno del otro en su ámbito de validez. La instancia dijo además que el artículo 24 de la Norma Básica regula la transferencia de los derechos de soberanía a instituciones interestatales, y que dicha disposición no podía ser interpretada de manera aislada, sino en conjunto con el resto de las normas que componen la Norma Básica. Así, desde la perspectiva de la Corte Constitucional, la parte de la Norma Básica que atañe a los derechos fundamentales es inalienable y aspecto fundamental de la validez de la Norma Básica, que forma a su vez la estructura constitucional de la misma.

Frente a ello, el hecho de que el Derecho comunitario carezca de un catálogo de derechos fundamentales – ello en virtud de que la Comunidad europea no cuenta con un parlamento legítimo electo por sufragio general- se traduce en la imposibilidad de que el Derecho comunitario se erija como estándar para la interpretación de los estándares fundamentales contenidos en la Norma Básica. Así, en tanto la Comunidad europea no haga frente a su proceso de integración que aún permanece en transición, las excepciones previstas por el artículo 24 de la Norma Básica son aplicables en Alemania, y por tanto, la garantía de los derechos fundamentales prevista en la Norma Básica prevalece sobre las normas de Derecho comunitario hasta el momento en que los organismos competentes de la Comunidad europea solucionen su proceso transicional de integración.

La Corte Constitucional llegó a dos conclusiones:

- a) La Corte de Justicia Europea ejerce su jurisdicción sobre la validez de normas del Derecho comunitario y su construcción, sus criterios no inciden en las cuestiones del Derecho Nacional alemán ni son vinculantes para Alemania. En los casos en que ambos sistemas sean sustancialmente compatibles, los criterios de la Corte de Justicia Europea constituyen *obiter dicta* no vinculante.
- b) La Corte Constitucional alemana no tiene jurisdicción sobre la validez del Derecho comunitario. Ésta sólo puede pronunciarse sobre la aplicación de las normas de Derecho comunitario por parte de las autoridades nacionales, cuando las mismas entren en conflicto con una disposición de la Norma Básica relacionada con los derechos fundamentales.

La instancia constitucional alemana también determinó que la protección de los derechos fundamentales es sólo de su competencia según lo establecido por la Norma Básica y que la protección judicial se mide de manera exclusiva con base en el Derecho constitucional alemán. Así, la idea fundante del artículo 100 de la Norma Básica alemana consiste en que se requiere, para la validez de una norma de Derecho comunitario, que ésta sea consistente con lo establecido por la Norma Básica.

Finalmente, la Corte Constitucional determinó que las normas invocadas por los demandantes en el presente caso no entraban en conflicto con la garantía de los derechos fundamentales previstos por la Norma Básica. Subsecuentemente, reconoció la validez del sistema de licencias de importación y exportación, así como de los depósitos que deban otorgarse y negó la posibilidad de que dichas normas vulneraran la libertad de comercio u ocupación prevista por el artículo 12 de la Norma Básica. Por tal motivo, la Corte Constitucional consideró que el artículo 12 de la Norma Básica no representaba obstáculo alguna para la aplicación de las normas de Derecho comunitario.

5.2. Solange II

El caso Solange II fue sentenciado en 1986 por la Corte Constitucional Alemana.³⁵⁵ Surge de la demanda que interpone ante la Corte Administrativa de Frankfurt, una empresa importadora de champiñones provenientes de países que no forman parte de la Comunidad Europea a Alemania, argumentando que la aplicación de la Regulación 2107/74 después de julio de 1976 no se encontraba justificada, ello después de que la Oficina Federal para Alimentos y Licencias le negará una solicitud para importar 1,000 toneladas de champiñones desde Taiwan con base en dicho instrumento del Derecho comunitario.

La Corte Administrativa de Frankfurt declaró como inadmisibles las demandas, pues consideró que la negativa de otorgamiento de licencia no había sido contraria a derecho en virtud de que la Regulación 2107/74 correspondía a los objetivos especificados por el artículo 39 del Tratado de la Comunidad Europea. Frente a esta decisión, los demandantes interpusieron el recurso de apelación y el caso llegó a la Corte Federal Administrativa, a la cual le pidieron aplicar criterios sostenidos por la Corte Europea. Pero ante esto la Corte Federal Administrativa determinó que una Corte nacional puede considerar sentencias de la Corte Europea cuando su resolución no ha clarificado suficientemente la cuestión planteada y ello puede ayudar a hacerlo, así como también en los casos en que existiendo una postura en torno al contenido de un derecho, nuevos hechos puedan producir una postura distinta a la preexistente.

Sin embargo, la instancia consideró que el presente caso no constituía alguno de los dos supuestos. Criterio éste que luego fue validado por la Corte Suprema, la cual consideró que la Corte Federal Administrativa no actuó de manera arbitraria al negar la referencia a la Corte Europea, pues ésta ya había, en ocasión anterior, dictado una resolución relativa a hechos y cuestiones legales similares, en que sustentó su argumentación en criterios de la Corte Federal Administrativa. Asimismo, la instancia consideró que la Corte Federal Administrativa no contravino el artículo 100 (1) y 101 (1) de la Norma Fundamental, puesto que la referencia a la Corte Constitucional hubiera sido inadmisibles, ya que el fondo del asunto era relativo a la resolución de una Corte y no a la constitucionalidad de una legislación. Así, indicó además que el artículo 24 de la Ley Fundamental permite que las condiciones del debido proceso legal sean

³⁵⁵ Sentencia BVerfGE 73, 339; pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, en 1986.

analizadas de acuerdo al contexto, y por tanto, sea posible que en una esfera soberana, como la República Federal de Alemania, pueda tener efecto el criterio de una instancia internacional siempre que exista la garantía de aplicación de los derechos fundamentales tal y como se encuentran previstos en sustancia y eficacia en la Ley Fundamental.

La instancia también estudió lo determinado en el caso Solange I y al efecto especificó que al momento, el estándar de derechos fundamentales se había desarrollado en su contenido a través de las decisiones de la Corte Europea, consolidando un estándar garantista. Sin embargo, para la instancia constitucional, el estándar aún contiene aspectos indeterminados en lo concerniente al reconocimiento del contenido y alcance de algunos principios fundamentales contenidos en la Ley Fundamental. Por tanto, cuando exista diferencia entre el estándar contenido en la Ley Fundamental y el perteneciente al derecho comunitario, el estándar establecido por la Corte Europea resulta ser un estándar mínimo de protección sustancial del derecho fundamental, el cual, debe ser acorde a la Ley Fundamental, de modo que el estándar coexista con el poder soberano de la Comunidad y los Estados que la constituyen.

Así, cuando el estándar del Derecho comunitario sea efectivamente garantista para proteger de manera sustancial el derecho fundamental contemplado por la Ley Fundamental y siempre y cuando proteja el contenido esencial del derecho fundamental, la Corte constitucional no ejercerá su jurisdicción para decidir en torno a la aplicación del derecho comunitario en los actos de las autoridades alemanas, y no revisará el estándar sustancial del derecho fundamental contenido en la Ley Fundamental.

Bajo este argumento, la Corte constitucional resolvió que la apelación de los demandantes resultaba entonces inadmisibile.

5.3. Caso Bananas

El caso “Bananas” fue sentenciado en el año 2000 por la Corte Constitucional de Alemania.³⁵⁶ Surge de diversas demandas interpuestas por 19 compañías que conforman el

³⁵⁶ Sentencia BVerfGE 2 BvL 1/97; pronunciada por el Tribunal Constitucional Federal de Alemania, el 7 de junio de 2000.

Grupo Atlanta en Alemania. Las compañías son empresas importadoras de bananas que se involucran en la transportación, maduración y comercialización de las mismas.

Al entrar en vigor la Organización del Mercado de Bananas en julio de 1993, el Protocolo Banana con base en el cual Alemania estaba autorizada para importar 1.371 millones de toneladas libre de impuestos, quedó sin efectos y fue sustituido por una regularización que categoriza a las compañías importadoras según el origen de la banana y su giro económico. Los peticionarios fueron clasificados como categoría A y les fue asignada una limitación a la importación con base en una porción de la cantidad total aprobada para la importación en el periodo correspondiente- equivalente al 66.5%-.

En las primeras demandas, los peticionarios argumentaron que la Regulación Número 404/93 de 13 de febrero de 1993 del Consejo de las Comunidades Europeas infringía el derecho comunitario. Posteriormente, las segundas demandas pusieron en estudio lo concerniente a las licencias otorgadas para la importación en 1995.

La Corte de Justicia de las Comunidades Europeas decidió el 9 de noviembre de 1995 que no existían reservas en torno a la validez de la Regulación 404/93. Los peticionarios solicitaron que se sostuviera que tanto la Regulación 404/93 como la 478/95 eran inconstitucionales, pues las sentencias y las resoluciones en torno a sus objeciones eran contrarias a la ley al restringir su facultad de importar bananas de países ajenos a la Comunidad Europea.

Fue así como la Corte Administrativa de Frankfurt/Main a través de su decisión de 24 de Octubre de 1996, suspendió los procedimientos y remitió a la Corte Constitucional el conflicto a resolver: si la aplicación de los artículos 17 – 19 y 21 de la Regulación Número 404/93 y la aplicación de la Regulación Número 478/95 en Alemania era compatible con los artículos 23.1, 1, 14.1, 12.1 y 3.1 del Grundgesetz – instrumento constitucional alemán-.

La Corte Constitucional entonces decidió que la remisión del asunto a su jurisdicción era inadmisibile. Lo anterior dado que con base en criterios esgrimidos en casos anteriores, consideró que las normas secundarias del derecho comunitario objetadas por la Corte Administrativa no pueden ser revisadas bajo el artículo 100.1 del Grundgesetz.

En 1974, la Corte Constitucional sostuvo en *Solange I* que el proceso de integración de la Comunidad no había progresado a un punto tal en el que el Derecho comunitario incluyera un catálogo codificado de los derechos fundamentales consentido por un Parlamento que le otorgara validez. Por dicho motivo, la Corte determinó en *Solange I* que no se podía hacer una comparación entre el Derecho comunitario y el catálogo de derechos fundamentales contenido en la legislación nacional.

Para 1986 la Corte cambió su criterio en *Solange II*, donde sostuvo que una medida de protección de los derechos fundamentales había sido establecida en el Derecho comunitario y que la misma no podía ser considerada como de naturaleza transitoria. En este sentido, la Corte argumentó que el estándar permitía comparar los conceptos con el Derecho nacional pues se encontraba formulado en su contenido, consolidado y garantizado.

Con base en lo anterior, la Corte determinó en *Solange II* que mientras las Comunidades Europeas y su jurisprudencia aseguren una protección efectiva de los derechos fundamentales frente al poder soberano de cada una de las Comunidades, que sea posible de percibirse como similar a la protección requerida por el Derecho nacional y asegure el contenido esencial de los derechos fundamentales, la Corte Constitucional no puede ejercer su jurisdicción. Es decir, la Corte no decidiría más en torno a la aplicación de legislación secundaria del Derecho comunitario cuando sea referenciada como base legal para la acción de las Cortes alemanas o las autoridades dentro de su jurisdicción y tampoco cuando se pretenda hacer un estudio de dicha legislación a partir del estándar de derechos fundamentales contenido en la legislación nacional.

Partiendo de *Solange II*, la Corte determinó entonces que el caso en cuestión resulta inadmisibile, pues la petición pretende hacer un estudio de la naturaleza antes descrita. Por tanto, para que las solicitudes ante la Corte Constitucional resulten admisibles, se requiere un pronunciamiento que determine que la evolución del derecho específico ha resultado en un estándar en materia de derechos humanos que es menor al requerido por la Corte desde *Solange II*. El pronunciamiento debe incluir además una comparación entre la protección otorgada por el derecho nacional y aquella prevista por el Derecho comunitario. En el presente caso la solicitud carece del pronunciamiento ya mencionado y por tanto el estudio del asunto por parte de la Corte no puede proceder.

CAPÍTULO IV

CONTROL JUDICIAL DIFUSO DE NORMAS RELATIVAS A DERECHOS HUMANOS. DIRECTIVAS DE FEDERALISMO DISTRIBUTIVO Y DE FEDERALISMO COOPERATIVO

El Derecho civil tiene unidad y autonomía como asignatura o disciplina académica; pero como derecho positivo, el Derecho civil en México no es uno solo, sino 33: uno federal y uno más por cada una de las 32 entidades federativas que integran el país. Y por cuanto hace a la jurisdicción encargada de tutelar la vigencia del referido Derecho civil, igualmente no es una sola, sino 33, que corresponden una a cada uno de los 33 ámbitos normativos antes referidos (un federal, 31 estados y un Distrito Federal).

Ahora bien, ¿lo mismo podría decirse respecto del Derecho de los derechos humanos en México?

¿En México en tanto país federal, el Derecho de los derechos humanos es uno solo transversal a todos los ámbitos normativos, o son varios: uno por cada distinto ámbito normativo, incluyendo al ámbito normativo constitucional, de tal manera que existen: el Derecho constitucional de los derechos humanos, el Derecho federal de los derechos humanos, un Derecho de los derechos humanos propio cada estado de la República, además del Derecho internacional de los derechos humanos? Y correlativamente ¿la competencia jurisdiccional encargada de garantizar la vigencia del Derecho de los derechos humanos en México, es una sola que todos los juzgadores nacionales deben ejercer, o es una diversa por cada ámbito normativo que debe ser ejercida de manera exclusiva respectivamente por los juzgadores constitucionales, federales, locales, e interamericanos?

Si respondemos a las preguntas anteriores desde la perspectiva teórica del federalismo distributivo, la respuesta sería en el sentido de que el ámbito constitucional, el ámbito federal, y

cada uno de los ámbitos locales, tendrían cada uno su propio Derecho de los derechos humanos, producido y garantizado por sus respectivos órganos legislativos y judiciales. Esto toda vez que lo característico del Estado Federal Mexicano desde esta perspectiva, es que se encuentra integrado por ámbitos competenciales diferenciados y por regla general excluyentes entre sí. De tal manera que el Derecho constitucional que por definición es el que produce el legislador constituyente y resguarda la jurisdicción constitucional, no lo puede producir ni resguardar los legisladores y jueces de las entidades federativas.

Pero si la interrogante anterior la abordamos desde la perspectiva del federalismo cooperativo, bien podría admitirse que la producción y defensa del Derecho de los derechos humanos, sea una competencia compartida por las autoridades de todos los ámbitos normativos.

Como se advierte, el antagonismo teórico anterior tiene consecuencias jurídicas que se manifiestan al interpretar las normas de la reforma constitucional de junio de 2011, que autorizan el control judicial difuso de constitucionalidad en México.

Si asumimos que en México, aún después de la reforma de 2011, los derechos humanos deben entenderse inscritos en un federalismo distributivo de competencias diferenciadas, entonces deberá concluirse que el control judicial difuso ha sido autorizado como una excepción, y por lo tanto no podrá tener más extensión que la expresamente autorizada por la norma constitucional. Y en este sentido no habría obstáculo para considerar que la excepción está autorizada para que todos los jueces nacionales ejerzan el control difuso, pero sólo en la modalidad de control incidental, esto es, sólo desaplicando al caso concreto, las normas generales que sean consideradas inconstitucionales. Permaneciendo vedado a los jueces locales, ejercer el control difuso de constitucionalidad por vía de acción, esto es, en la modalidad de resolver la nulidad o expulsión de la norma local por ser contraria a los derechos humanos previstos en la Constitución federal, ya sea con efectos relativos para las partes litigantes (por ejemplo en un amparo local), o ya sea con efectos generales o *erga omnes* (por ejemplo, al resolver una acción de inconstitucionalidad local).

Pero si aceptamos que el Derecho de los derechos humanos, es una rama del derecho positivo que trasciende a los diversos órdenes normativos o de gobierno (constitucional,

federal, local, municipal y del Distrito Federal) porque es común a todos ellos, y que las autoridades jurisdiccionales de todos los ordenes de gobierno tienen la atribución coincidente o convergente de hacer valer los derechos humanos –no sólo los previstos en su respectivo ámbito normativo, sino también los previstos en la Constitución federal y en los tratados internacionales-, entonces dicha competencia jurisdiccional coincidente sólo puede entenderse inscrita en un federalismo cooperativo de o competencias compartidas.

En este Capítulo, se desarrollarán los siguientes puntos: se expondrán las nociones básicas relativas al control de constitucionalidad en general, y al control difuso de constitucionalidad en particular; se presentarán las nociones teóricas del federalismo distributivo y del federalismo cooperativo, destacando como la primera favorece al control judicial concentrado y la segunda favorece al control judicial difuso.

1. NOCIÓN DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

El control difuso de constitucionalidad es una especie del género control de constitucionalidad, por esta razón primero se presenta el concepto y tipología de aquél, y posteriormente el concepto de éste.

1.1. Noción y tipología del control de constitucionalidad

Se puede definir al control de constitucionalidad como el sistema de garantías de carácter procesal, a través del cual se preserva la supremacía de la Carta Magna, anulando cualquier norma, acto o sentencia, que la contravenga.

La supremacía constitucional no es sólo una idea postulada por la doctrina, es sobre todo norma fundamental adoptada en prácticamente todos los Estados constitucionales modernos, a partir de que los Estados Unidos de Norteamérica, estableció expresamente en su Constitución federal de 1787:

“Artículo VI...

La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebraren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado.”

México, inspirado en la Constitución de su vecino del norte, igual dispuso en el artículo 133 de su Carta Magna que, la "Ley Suprema de la Unión" es la Constitución General de la República, así como las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella.

Otro ejemplo de cláusula constitucional de supremacía, es la prevista por la Constitución de Colombia, que en su Artículo 4º dispone: *"La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales."*

Y atento al principio de supremacía constitucional, cualquier ordenamiento legislativo, acto administrativo o resolución judicial, para tener validez jurídica, debe ser conforme con las normas superiores que regulan su proceso de creación y determinan los límites de sus contenidos. Luego entonces, como la Constitución es la Ley Suprema del Estado, resulta que toda norma, acto o resolución, debe encontrar en ella el fundamento último de su validez jurídica, so pena de resultar inválida.

Pero la invalidez por inconstitucionalidad, lo mismo que cualquiera otra nulidad, sólo puede ser declarada por la autoridad competente para ello. Por esto, resultan necesarios los medios jurisdiccionales de control de constitucionalidad, constituyéndose estos en la vía para solicitar y obtener la referida declaración que destruye o expulsa del ordenamiento jurídico a la norma, acto o resolución contraria a la Ley Suprema.

1.2. Tipología de los sistemas y medios de control de constitucionalidad

El control de constitucionalidad, por razón de que es un sistema de garantías procesales, está integrado por diversos elementos: los órganos competentes, los sujetos legitimados que pueden intervenir como partes, así como las reglas procesales que determinan la materia de la impugnación, los plazos hacer efectiva ésta, los trámites a seguir y los efectos de la sentencia.

Tomando como referencia estos, se pueden distinguir, entre otros, diversas especies o tipos de control de constitucionalidad:

1.2.1. Nacional o local

En los países federales existe una Constitución nacional, y diversas estatales o locales, una por cada entidad integrante de la respectiva federación. Así por ejemplo, los Estados Unidos de América tienen una Carta Magna y 50 Constituciones estatales, mientras que México tiene una Constitución federal y 31 Constituciones locales.

Con base en lo anterior, el control de constitucionalidad en un país federal será nacional cuando salvaguarda en todo su territorio, la supremacía de la Constitución federal respecto de todo el Derecho nacional; y será local cuando garantiza en cada estado de la federación, la supremacía de la respectiva Constitución local sobre el orden jurídico interior del estado.

1.2.2. Político o jurisdiccional

Atendiendo a la naturaleza del órgano competente para resolver las impugnaciones, aquél puede clasificarse en político o jurisdiccional.

Será político, cuando esté a cargo de un órgano de naturaleza política, como por ejemplo una Asamblea o Cámara legislativa, un Consejo de Estado, o un órgano político *ad-hoc*. Y será jurisdiccional, cuando esté a cargo de uno o varios órganos formal y materialmente judiciales, como por ejemplo un Tribunal Constitucional, una Corte Suprema, o un conjunto o todos los tribunales del Estado.

En México, durante la vigencia de las Siete Leyes Constitucionales, o Constitución centralista (aprobadas en 1835-1836), el control de constitucionalidad se encargó a un órgano político, el “Supremo Poder Conservador”, que tenía como una de sus principales funciones, *“declarar la nulidad de una ley cuando fuera contraria a un artículo expreso de la Constitución, y exigiera tal*

*declaración el Poder Ejecutivo, la Suprema Corte de Justicia, o el menos 18 de los miembros del Poder Legislativo*³⁵⁷.

Actualmente, el control de constitucionalidad se ejerce en México sólo por órganos jurisdiccionales.

1.2.3. Concentrado, difuso, y semi-concentrado

Atendiendo a los órganos jurisdiccionales competentes para declarar la no conformidad de las leyes con la norma suprema, la doctrina reconoce dos grandes modelos: el concentrado y el difuso. Aunque también podría hablarse de una categoría intermedia a éstas, que sería el control semi-concentrado.

Será concentrado cuando sólo un órgano judicial (el Tribunal Constitucional) es el único competente para ordenar la desaplicación de normas inconstitucionales³⁵⁸. Mientras que el sistema difuso autoriza y obliga a todos los juzgadores a que antes de aplicar cualquier ley de la materia de su competencia, evalúen, ya sea a petición de parte o incluso de oficio, la conformidad de ésta con la Norma Suprema, y en los casos en que ambas resulten contradictorias entre sí, hagan prevalecer la vigencia de la normativa suprema, y se abstengan de aplicar – esto es, desapliquen – la que es inferior al caso concreto. Y será semi-concentrado, cuando esta competencia se le encomiende, no a uno, ni a todos los tribunales, sino a un conjunto de éstos.

³⁵⁷ Este Cuarto Poder se integraba por 5 miembros, para cuya designación primero se hacían votaciones en los diversos departamentos en que se dividía el país, luego la Cámara de Diputados integraba ternas de candidatos, y finalmente la Cámara de Senadores designaba. Para ser elegible al cargo de integrante del “Supremo Poder Conservador”, se requería haber sido previamente Presidente de la República, Secretario de Despacho, Senador, Diputado o Ministro de la Suprema Corte.

³⁵⁸ En un sistema de control constitucional concentrado, bien puede decirse que todos los jueces tienen en cierto grado, atribuciones de este control, toda vez que cualquiera de ellos cuando dude de la constitucionalidad de una norma, deberá promover la que regularmente se denomina “*cuestión de constitucionalidad*”, a través de la cual pedirá al Tribunal Constitucional se pronuncie sobre la validez de dicha norma. Así, todos los jueces hacen interpretación en primer grado, al menos para determinar si cierta norma les parece o no, conforme con la Ley Suprema. Pero ciertamente que en un sistema “concentrado”, el Tribunal Constitucional será el único órgano autorizado para ordenar la desaplicación, a diferencia de lo que ocurre en un sistema “difuso” en donde todos los jueces tienen atribuciones para ello, sin consultar a ninguna otra instancia judicial, la norma que consideren viola la Carta Magna.

Como ejemplo latinoamericano de control concentrado de constitucionalidad, se puede citar el caso de Colombia, pues en este país la Constitución de 1991, en su artículo 241, establece que exclusivamente “*A la Corte Constitucional se le confía la guarda de la integridad y supremacía de la Constitución, en los estrictos y precisos términos de este artículo (...)*”.

Por cuanto hace al control difuso de constitucionalidad, el ejemplo paradigmático es el de Estados Unidos, país en el que a partir del caso “*Marbury Vs. Madison*” de 1803, los jueces tienen la facultad de ejercerlo en virtud de la figura conocida como revisión judicial (*judicial review*).

Ejemplo de país con modelo semi-concentrado, sería México hasta antes de la reforma constitucional de 2011, ya que entonces esta competencia la tenía no sólo la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sino todos los tribunales que integran el Poder Judicial de la Federación.

1.2.4. Por acción o directo, o por excepción, indirecto o por vía incidental

Esta clasificación tiene que ver con la vía a través de la cual se impugna ante el órgano competente, la constitucionalidad de una norma general.

El control de constitucionalidad será por vía de acción o directo, cuando el actor en su demanda, hace valer como acción central la inconstitucionalidad de la norma, y el proceso judicial se instaura teniendo por objeto principal pronunciarse sobre la procedencia o no de aquélla.

En cambio, será por excepción, indirecto o incidental, cuando lo que se impugna de modo directo e inmediato, sea un acto o resolución de autoridad, pero se combate de modo indirecto o mediato la constitucionalidad de la norma general en la que se funda. Así, el proceso lo inicia el actor con la finalidad de obtener de la autoridad un pronunciamiento sobre la validez del acto o resolución reclamado, aunque para esto deba el juzgador considerar previamente si la ley que le sirvió de fundamento es o no constitucional. En suma, el pronunciamiento sobre la constitucionalidad de la ley se produce como medio o incidente necesario, para llegar al verdadero fin del proceso.

Un ejemplo cuando es por vía de acción o directo, es el que en México se lleva a cabo a través del amparo indirecto contra leyes, o la acción de inconstitucionalidad de leyes regulada en el artículo 105 constitucional.

Y cuando es por vía incidental o indirecta, sirve de ejemplo el caso previsto en la ley de amparo vigente hasta el 1 de abril de 2013, que en su artículo 166, fracción IV, en referencia al amparo directo contra sentencias, establecía:

“Artículo 166 ...IV...

“Cuando se impugne la sentencia definitiva, laudo o resolución que hubiere puesto fin al juicio por estimarse inconstitucional la Ley, el Tratado o Reglamento aplicado, ello será materia únicamente del capítulo de conceptos de violación de la demanda, sin señalar como acto reclamado la Ley, el Tratado o el Reglamento, y la calificación de éste por el Tribunal de amparo se hará en la parte considerativa de la sentencia.”

1.2.5. Abstracto o concreto

Será concreto el medio de control de constitucionalidad que sólo procede contra leyes que hayan tenido actos de aplicación, y en el que sólo está legitimado para promoverlo el gobernado que, precisamente con motivo del acto de aplicación de la ley cuya inconstitucionalidad se combate, haya resentido agravio en sus derechos, o la autoridad que haya visto invadida su esfera competencial.

En cambio, será abstracto cuando para la procedencia de éste no se exige acreditar la existencia de algún acto de aplicación concreto del ordenamiento que se tilda de inconstitucional. En algunos casos, a este tipo se le concede legitimación procesal para impugnar, no sólo a los gobernados o autoridades que podrían verse agraviados con el acto futuro de la aplicación de la ley, sino incluso a instancias diversas al agraviado real o potencial, a las que se les reconoce el carácter de defensores genéricos de la constitucionalidad.

Ejemplo de medio de control concreto de la constitucionalidad es el juicio de amparo, cuando sólo reconoce legitimación para impugnar, al quejoso que acredita haber sufrido un agravio personal y directo.

Y tratándose del abstracto, se puede apreciar en la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 105, fracción II de la Carta Magna, ya que ésta procede contra leyes por el sólo hecho de su aprobación y publicación, y puede ser promovida, entre otros, por la Comisión de Derechos Humanos, las minorías parlamentarias y el Procurador General de la República, en su carácter de defensores genéricos de la constitucionalidad.

1.2.6. De efectos *erga omnes*, de efectos relativos, o de mera desaplicación

Esta clasificación tiene que ver con los efectos que puede llegar a tener la sentencia que se dicte en el respectivo medio de control de la constitucionalidad.

Si la sentencia puede expulsar del ordenamiento jurídico, a la norma inconstitucional, de tal manera que a partir de la sentencia ésta resulte inaplicable para cualquier gobernado, esto es, quede prácticamente derogada con efectos generales, entonces estamos frente al modelo *erga omnes*.

Pero si la sentencia que llegue a dictarse en el respectivo medio de control de constitucionalidad, sólo beneficia a los quejosos, será de efectos relativos. Esto es, si la norma declarada en la sentencia como inconstitucional, resulta inaplicable en ese caso y sucesivos, y sólo para quienes promovieron el respectivo juicio.

Por último, será de mera desaplicación, si éste desemboca en una sentencia que inaplica la norma, única y exclusivamente en el caso concreto, y no impide que la misma le vuelva a ser aplicada posteriormente al mismo actor, aunque en diverso caso.

Como ejemplo de medio de impugnación de efectos *erga omnes*, en México tenemos a la acción de inconstitucionalidad, pues las sentencias estimatorias que se dictan para resolver estos juicios, producen la invalidez con efectos generales de la norma impugnada, siempre y cuando dicha sentencia haya sido aprobada en el Pleno de la Suprema Corte, por una mayoría de por lo menos ocho de los once ministros que lo integran.

A diferencia del anterior, en el juicio de amparo contra leyes, la sentencia favorable sólo beneficia a quien promovió la demanda, y a estos efectos, en México se les denomina como “Fórmula Otero” o “principio de relatividad de las sentencias”.

Y un medio de mera desaplicación, es precisamente el control difuso, que se ejerce a través del amparo directo regulado, entre otros preceptos, por el artículo 166, fracción IV, de la Ley de Amparo vigente hasta el 1 de abril de 2013. Y es tal porque una sentencia en cuya parte considerativa se haya razonado la desaplicación del ordenamiento calificado como inconstitucional, en nada protege ni siquiera al quejoso, para que aquélla le vuelva a ser aplicada en un caso posterior.

Cabe comentar aquí, que en otros sistemas en donde también rige la “mera desaplicación” vía el control difuso, para evitar la injusticia de que una norma que ha sido desaplicada por no ser conforme con legislación o principios superiores, pueda volver a ser aplicada incluso en agravio del mismo justiciable; lo que se ha hecho es desarrollar instituciones jurídicas complementarias. Por ejemplo, en los Estados Unidos, que es modelo paradigmático de control difuso, rige la institución de *stare decisis* que obliga a los jueces a resolver en apego a los precedentes judiciales.

Hay otros tipos o modalidades posibles del control de constitucionalidad, por ejemplo: atendiendo al tipo de autoridad responsable (autoridad administrativa, legislativa, judicial, o particulares en posición de predominio); al tipo de acto impugnado (actos, sentencias, leyes u omisiones legislativas); al momento en que puede plantearse la impugnación (antes de la promulgación de la ley – control previo –, o después de promulgada – control posterior –); al apartado o sector de la Constitución que tutela (de jurisdicción de libertad – tutela la parte dogmática – o de jurisdicción orgánica – tutela la parte orgánica de la Constitución –), etc. Sin embargo, con las tipologías abordadas hasta aquí, resulta suficiente para cumplir el objetivo panorámico de este apartado.

1.3. Concepto de control difuso de constitucionalidad

Una vez repasadas las diversas especies del control de constitucionalidad, se puede identificar al control difuso de la siguiente manera:

- Por la vía a través de la cual se ejerce, es incidental.- Lo cual significa que es una cuestión incidental o de excepción, dentro de cualquier proceso judicial que se hubiere iniciado ante una jurisdicción, por determinada causa. Esto es, el proceso pudo haber

iniciado para pedir la nulidad de un acto de autoridad, o el cumplimiento de una prestación por parte de algún particular, o cualquiera otra, y si al dictar sentencia lo que corresponde es aplicar una norma general inconstitucional, el juzgador procederá a no aplicar, es decir, la desaplicará.

- Por el número de órganos judiciales competente para aplicarlo, es difuso.- La competencia para ejercerlo se encuentra entre todos los juzgadores del país.
- Por los efectos de sus sentencias, es de mera desaplicación.- La sentencia que desaplicó la norma inconstitucional en favor del justiciable, para nada protege a éste contra futuros actos de aplicación de la misma.
- Puede ser de oficio o a petición de parte.- Corresponde al legislador o a la jurisprudencia definir en qué casos la desaplicación deberá necesariamente pedirla el justiciable, y cuándo deberá hacerla el juzgador de oficio. Por ejemplo, en México se ha establecido que es de oficio, ya sea en el amparo directo contra sentencias o en el indirecto, siempre y cuando la ley aplicable al caso haya sido previamente declarada como inconstitucional por la jurisprudencia de la SCJN. Así lo establece el artículo 76 Bis, fracción I, de la Ley de Amparo vigente hasta el 1 de abril de 2013³⁵⁹.

Como se advierte de lo anterior, el control difuso de constitucionalidad que ejercen los jueces, no es propiamente de leyes, sino más bien, un auto-control de sentencias judiciales. A través de éste, los jueces se aseguran de aplicar en sus sentencias únicamente leyes constitucionales, esto es, aquéllas que hayan superado el examen que todo juez debe hacer antes de aplicarla.

³⁵⁹ Lo cual confirman, entre otras, las jurisprudencias por contradicción del Pleno de la Suprema Corte, con los siguientes rubros: “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. SE SURTE AUN ANTE LA AUSENCIA DE CONCEPTOS DE VIOLACIÓN O AGRAVIOS”. Tesis de Jurisprudencia P./J. 5/2006. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Febrero de 2006, Tomo XXIII, p. 9. Registro 175750; “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. OPERA, AUNQUE NO SE HAYA PLANTEADO EN LA DEMANDA LA INCONSTITUCIONALIDAD DE LA LEY”. Tesis de Jurisprudencia P./J. 4/2006. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Febrero de 2006, Tomo XXIII, p. 8. Registro 175752; y “SUPLENCIA DE LA QUEJA DEFICIENTE PREVISTA EN EL ARTÍCULO 76 BIS, FRACCIÓN I, DE LA LEY DE AMPARO. ES APLICABLE EN AMPAROS DIRECTO E INDIRECTO, EN PRIMERA INSTANCIA O EN REVISIÓN”. Tesis de Jurisprudencia P./J. 6/2006. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Febrero de 2006, Tomo XXIII, p. 7. Registro 175754.

1.4. Antecedentes y Derecho comparado

En el mundo, el antecedente más antiguo de control difuso ocurrió hace 400 años, en 1610, cuando el juez Sir Edward Coke de Inglaterra, al decidir el caso del Doctor Thomas Bonham, resolvió desaplicar la norma Real que impedía ejercer la profesión médica en Londres, a los médicos que no fueran miembros del Colegio de Doctores de dicha entidad; por ser disposición contraria al principio que el mismo juez proclamó de “Supremacía de la razón y del *Common Law*”³⁶⁰.

En América, casi 200 años después, el juez Marshall en 1803 como integrante de la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos, fue ponente de la sentencia que resolvió el famoso caso “Marbury Vs. Madison” que consolidó en aquel país, las atribuciones de los jueces para garantizar la supremacía de la Constitución sobre cualquier ley o acto contraria a ella. Cabe señalar que este asunto no se inició por una ley inconstitucional, sino porque James Madison, en su carácter de Secretario de Estado del gobierno entrante que presidía Thomas Jefferson, se negó a certificar y firmar el nombramiento de Marbury como juez, no obstante que esta designación ya había sido realizada por el Presidente saliente John Adams y ratificada por el Senado³⁶¹.

En México, es cierto que históricamente la jurisprudencia ha prohibido el control difuso de constitucionalidad; pero antes de que así se consolidara, hubo varios casos en los cuales se ejerció, con fundamento en la literalidad del artículo 133 constitucional.

“LEYES, FACULTAD DE LAS AUTORIDADES PARA DECLARARLAS ANTICONSTITUCIONALES. *Si el quejoso en un juicio de amparo, no demuestra que el artículo 479 de la Ley Federal del Trabajo, no es anticonstitucional, sólo sería exigible la prueba si la cuestión planteada hubiese versado sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del citado precepto, pero no cuando la queja se concretó únicamente a impugnar que la Junta de Conciliación y Arbitraje respectiva, hubiera tenido facultad para interpretar la ley y para dejar de aplicar ese artículo, aduciendo como fundamento para hacerlo, que era anticonstitucional, y si el Juez de amparo admite que la Junta como encargada de aplicar la ley y autorizada, por lo mismo, para interpretarla, sí tuvo*

³⁶⁰ Véase GONZALEZ OROPEZA, M. “Un médico ante la justicia: el caso Thomas Bonham”. En: *Constitución y Derechos humanos. Orígenes del Control Jurisdiccional*. México, Porrúa, 2009.

³⁶¹ Véase CIENFUEGOS SALGADO, D. *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*. México, Universidad Autónoma de Coahuila - Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila - Editora Laguna, 2007.

facultad para declarar anticonstitucional el citado artículo 479, y para dejar aplicarlo por este motivo, debe tenerse en cuenta que, de acuerdo con lo prevenido en el artículo 133 de la Constitución Federal, las autoridades comunes deberán ajustar sus procedimientos a las disposiciones de dicha Constitución Federal, a pesar de las disposiciones en contrario que puedan existir en otras leyes o Constituciones Locales, lo que quiere decir que tratándose de disposiciones manifiestamente contrarias a la Constitución Federal, las autoridades comunes deberán abstenerse de aplicarlas, sin que esto signifique que tratándose de un precepto de ley, que no está en contradicción manifiesta con texto expreso alguno de la Constitución, y cuya inconstitucionalidad sólo podría sostenerse con razonamientos que no pueden derivarse de una manera clara y precisa de la misma ley, pueda una autoridad común declarar anticonstitucional un precepto de esta naturaleza, no estando facultada para hacer semejante declaración, toda vez que esa facultad sólo la tienen la Suprema Corte o los Jueces de Distrito, en su caso.”³⁶²

En América, en las leyes supremas de diversos países, está previsto el control difuso de constitucionalidad. Por ejemplo:

- En los Estados Unidos de América, el artículo VI, párrafo segundo, de su Carta Magna, establece que *“La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebraren bajo la autoridad de los Estados Unidos serán la suprema ley del país. Los jueces de cada estado estarán obligados a observarla aun cuando hubiere alguna disposición en contrario en la Constitución o en las leyes de cualquier estado”*.
- En Argentina, el artículo 31 constitucional dispone que *“Esta Constitución, las leyes de la Nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las ponencias extranjeras son la ley suprema de la Nación; y las autoridades de cada provincia están obligadas a conformarse a ellas, no obstante cualquier disposición en contrario que contengan las leyes o constituciones provinciales, salvo para la provincia de Buenos Aires, los tratados después del Pacto de 11 de noviembre de 1859”*.
- En Colombia, el artículo 4° de su Ley Suprema prevé que *“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”*.

2. DIRECTIVAS TEÓRICAS DEL FEDERALISMO DISTRIBUTIVO Y DEL FEDERALISMO COOPERATIVO

³⁶² Tesis Aislada. Cuarta Sala. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XLVI, p. 2966. Registro 382197.

La directiva teórica del federalismo distributivo o de ámbitos normativos diferenciados, era la que prevaleció en nuestro país hasta el 2011, y conforme a ella se distribuían las facultades para legislar normas de derechos humanos, así como las facultades jurisdiccionales sobre estas normas. A continuación desarrollaremos cada uno de estos puntos.

2.1. Federalismo distributivo prevaleció hasta antes de la reforma de 2011

Antes de las reformas de 2011, las facultades de legislar y juzgar normas jurídicas relativas a derechos humanos, se entendían:

- a) Inmersas en un federalismo integrado por diversos ámbitos normativos y de gobierno, u órdenes jurídicos (constitucional, federal, estatal o local, del Distrito Federal, y municipal), cada uno de los cuales tenía facultades legislativas y jurisdiccionales por regla general excluyentes a las de los demás ámbitos. Por ejemplo, las normas relativas a derechos humanos que podían ser legisladas y juzgadas por las autoridades del ámbito constitucional, por regla general no podían serlo por las autoridades de los demás ámbitos normativos. Luego entonces, predominaban las facultades exclusivas por ámbito normativo, y eran excepcionales las facultades coincidentes y concurrentes.
- b) Por regla general concomitantes por ámbito normativo, en el sentido de que las facultades legislativas y jurisdiccionales sobre una determinada materia, se correspondían la una a la otra, por ámbito. Y esto por dos razones:

En primer lugar, porque había una correspondencia originaria. Es decir, si la facultad para legislar determinadas normas jurídicas relativas a derechos humanos – por ejemplo, las garantías individuales –, le correspondía al órgano legislativo del ámbito constitucional – Constituyente Permanente u Originario –, entonces debía entenderse que la facultad jurisdiccional sobre éstas, le correspondía de manera originaria sólo a la jurisdicción constitucional. De manera semejante, a la estatal o local, podría intervenir únicamente en los litigios relativos a normas de derechos humanos que válidamente hubieren sido producidas en ejercicio de la facultad legislativa local.

Y en segundo lugar, porque la asignación de las competencias, que debía hacerse atendiendo al principio de que las atribuciones de las autoridades deben ser expresas, se

hacia de conformidad a la correspondencia originaria antes referida, salvo excepciones para las cuales también se establecía como fundamento una regla expresa.

Atento a lo anterior, por disposición expresa de la Constitución o la ley, las facultades legislativas y jurisdiccionales locales, se encargaban a autoridades locales, las facultades federales a órganos federales y así sucesivamente. Salvo excepciones, como las siguientes: la jurisdicción constitucional no se le encarga a un órgano exclusivamente constitucional (como lo sería un Tribunal Constitucional), sino al Poder Judicial de la Federación que tiene a su cargo tanto la jurisdicción federal –que le corresponde de manera originaria –, como la jurisdicción constitucional –que es por asignación expresa –. A los tribunales locales les toca ejercer la jurisdicción local –de manera originaria y también por atribución expresa –, pero en ciertos casos pueden ejercer de manera concurrente la jurisdicción federal – esto sólo en virtud de la asignación expresa consignada en el artículo 104, fracción II, constitucional –; etc.

2.2. Noción de federalismo distributivo o de ámbitos normativos diferenciados

Estados Unidos de América se formó en 1787, cuando trece estados independientes pactaron una Constitución a través de la cual delegaron algunas de sus atribuciones a un Gobierno federal, creado precisamente para ejercerlas. Así, con la creación de un ámbito competencial diverso (el federal), nació este primer federalismo de la historia, regido por el principio de que todas las atribuciones que no se le delegaron expresamente a este nuevo ámbito, deben entenderse reservadas para el Gobierno de los estados.

El federalismo en Canadá nació por distinta vía: un Estado nacional con territorio muy extenso, para mejor administrarse decidió crear varias provincias con su respectivo ámbito normativo y de gobierno local, delegando en éste algunas de las atribuciones que originariamente correspondían al nacional. Así, el federalismo en Canadá también nació con la creación de un nuevo ámbito competencial, que en este caso fue el ámbito local, y bajo el principio de que todas las atribuciones que el federal no le haya delegado expresamente a los ámbitos provinciales, se deben entender reservadas a la federación.

Con lo anterior, se demuestra que sin importar cuál sea su génesis, todo Estado federal implica la creación y existencia de diversos ámbitos normativos y de gobierno diferenciados, y por regla general excluyentes entre sí, siendo tales, por lo menos dos: el federal y el local.

En México, tanto la doctrina como la jurisprudencia coinciden en considerar que existen cinco ámbitos normativos y de gobierno diferenciados, y por regla general, excluyentes entre sí: constitucional, federal, local o estatal, municipal, y del Distrito Federal.

Por cuanto hace a la normativa internacional, a ésta debía ubicársele como externa y no perteneciente al país, aunque con incidencia en éste. La jurisdicción interamericana es subsidiaria de las nacionales y sólo puede pronunciarse sobre las normas jurídicas relativas a derechos humanos contenidas en los tratados internacionales, sin perjuicio de que éstas tengan contenidos idénticos o similares o los de las normas constitucionales.

Hasta 2011, la noción de los ámbitos normativos diferenciados y por regla general excluyentes entre sí, fue un elemento o presupuesto determinante para el modelo mexicano de control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos, básicamente por lo siguiente:

- a) Porque se entendía que la facultad de producir normas jurídicas relativas a derechos humanos, correspondía de manera diferenciada y excluyente a los órganos legislativos de los referidos ámbitos normativos. Concretamente, las normas jurídicas relativas a derechos humanos producidas por el legislador constituyente, debían entenderse de índole constitucional, indisponible para los órganos de producción normativa de los demás órdenes jurídicos.
- b) Y porque también se entendía que las facultades jurisdiccionales para garantizar la vigencia de las normas jurídicas relativas a derechos humanos, correspondían de manera natural sólo a los órganos judiciales pertenecientes al mismo ámbito normativo de origen de éstas. Así por ejemplo, las que son del ámbito constitucional, sólo pueden ser tuteladas por esta jurisdicción, de la misma manera que las normas locales sólo por la jurisdicción local.

A continuación, se abundará un poco más sobre el marco doctrinal y normativo de este federalismo de ámbitos normativos diferenciados, y por regla general, excluyentes entre sí.

La doctrina respalda la existencia en México de diversos ámbitos normativos y de gobierno. En este sentido, cabe citar la opinión del ex Ministro Ulises SCHMILL, quien siguiendo las ideas de KELSEN, considera que en nuestro país, el ámbito normativo federal por una parte, y los ámbitos normativos locales por la otra, son ambos órdenes normativos coextensos, en donde no existe diversidad de jerarquía, sino diferente competencia, y frente a los cuales existe un tercer orden normativo, este sí de superior y suprema jerarquía, que es el orden constitucional. Así – concluye SCHMILL -, los ámbitos federal y locales no pueden entenderse uno subordinando al otro, pero tampoco aislados entre sí, sino ambos como elementos de igual rango pertenecientes o inscritos dentro de un mismo estado nacional que es México.

“Si en el Estado federal existen dos clases de normas, las federales y las locales, tiene que existir por necesidad lógica, una norma superior que delimite y especifique los ámbitos de validez de esos órdenes normativos, pues si esa norma no existiese no podría afirmarse la unidad del orden normativo en cuestión y no habría fundamento normativo alguno que permitiera la división de los distintos ámbitos de validez. Es decir, no se podría afirmar que esos diversos órdenes normativos con distintos ámbitos de validez constituyen una comunidad jurídica, es decir, un solo orden estatal...En consecuencia, existe un tercer orden en el Estado federal: el conjunto de normas que delimitan los ámbitos de validez de las normas federales y de las locales (normas de la comunidad total o nacional, a las que podemos llamar ‘normas del orden constitucional’).”³⁶³

Igualmente y por su parte, la jurisprudencia de la SCJN ha confirmado su existencia, con motivo del caso “Temixco” (Controversia Constitucional 31/97), afirmó que en México coexistían los siguientes cuatro diversos órdenes jurídicos:

“a) Orden jurídico federal. Su existencia se encuentra sustentada en el artículo 40 de la Carta Magna, que consagra la unión de todos los Estados con autonomía hacia su interior, que se integran dentro de una Federación, la cual constituye un orden jurídico distinto. En su aspecto funcional, el numeral 49 dispone el principio de división de poderes para el ejercicio de las atribuciones de autoridad en el ámbito federal, desarrollando la competencia específica de cada uno de ellos en los artículos subsecuentes, que comprenden hasta el 107, destacando que las autoridades tienen jurisdicción sobre todo el territorio

³⁶³ Véase SCHMILL, Ulises. “Fundamentos Teóricos de la Defensa de la Constitución en un Estado Federal”. En COSSÍO, José Ramón y PÉREZ DE ACHA, Luis M. (Compiladores). *La Defensa de la Constitución*, México, Fontamara, 1997, p. 23-24.

nacional, que abarca las treinta y un entidades federativas y el Distrito Federal, cuyas denominaciones y límites están descritos en los artículos 43 y 44. Se resalta también, como principio fundamental en la asignación de atribuciones competenciales en favor de los poderes federales, que las facultades de las autoridades de este orden jurídico deben encontrarse expresamente previstas a su favor en la Constitución Política del Estado mexicano, en términos de lo dispuesto en el numeral 124.

b) Orden jurídico estatal o local. La existencia de este orden jurídico tiene apoyo en el artículo 40 constitucional, en cuanto prevé la existencia de Estados libres y soberanos en su régimen interior, enumerados en el artículo 43 de la propia Ley Fundamental. Las reglas con base en las cuales deberá estructurarse la división de poderes a cargo de las autoridades estatales se encuentran descritas en el numeral 116, siendo que la materia sustantiva sobre la cual tienen autonomía funcional se obtiene por exclusión de las atribuciones consagradas expresamente en favor de la Federación por la Constitución General, atento a la regla prevista en el artículo 124.

Así, el régimen regulador de la unión de los Estados federales, señalado en los artículos 40 y 41 constitucionales, se encuentra cimentado en dos principios fundamentales y complementarios entre sí: 1) La existencia de entidades federativas con libertad de autodeterminación en cuanto hace a su régimen interno, y 2) Que el ejercicio de la autonomía estatal respete las prevenciones de la Constitución Federal...

c) Orden jurídico del Distrito Federal. El fundamento de su autonomía estructural y funcional, en relación con los órdenes jurídicos estudiados con antelación, es el artículo 122 constitucional, dispositivo que establece las prevenciones correspondientes a la coexistencia de los órganos de gobierno a quienes se encomienda ejercer el poder político de la entidad, sobre el espacio territorial descrito en el artículo 44 de la Carta Magna. Sus características son diversas a las del orden jurídico estatal, pero ello resulta ajeno a la presente controversia.

d) Orden jurídico constitucional. Según puede apreciarse de las precisiones relativas a los demás órdenes jurídicos, el constitucional es el que establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, Estados y Municipios, y Distrito Federal. En lo que se conoce en la doctrina como aspecto dogmático, el orden jurídico constitucional previene las obligaciones que deben ser respetadas, sin distinción, por las autoridades de los tres órdenes jurídicos anteriores³⁶⁴.

De este caso “Temixco” se derivó la siguiente tesis de jurisprudencia:

“CONTROVERSIA CONSTITUCIONAL. LOS DIVERSOS ÓRDENES JURÍDICOS ESTABLECIDOS EN LA CONSTITUCIÓN FEDERAL TIENEN AUTONOMÍA FUNCIONAL Y ASIGNACIONES COMPETENCIALES PROPLAS. Del contenido de los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I,

³⁶⁴ Controversia Constitucional 31/97. Pleno de la SCJN. Sentencia de 9 de agosto de 1999, Considerando Quinto.

115, fracción I, 116, primero y segundo párrafos, 122, primero y segundo párrafos, 124 y 133, de la Constitución Federal, puede distinguirse la existencia de cuatro órdenes jurídicos dentro del Estado mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el del Distrito Federal y el constitucional. Cada uno de ellos cuenta con asignaciones competenciales propias que, por lo general, son excluyentes entre sí, contando con autonomía para su ejercicio a cargo de las autoridades correspondientes.”³⁶⁵

Aunque luego, en el caso “Pachuca” (Controversia Constitucional 14/2001), la Suprema Corte consideró que eran cinco los órdenes jurídicos del país, toda vez que la reforma al artículo 115 constitucional, del 23 de diciembre de 1999, que sustituyó la frase *"cada Municipio será administrado por un Ayuntamiento de elección popular directa"*, por la que dice *"cada Municipio será gobernado por un Ayuntamiento de elección popular directa"*, aunada a la reforma de 1983 que autorizó a los Municipios para emitir su propia normatividad, a través de bandos y reglamentos, aunque dentro de los límites establecidos por las leyes estatales; significó la consolidación del ámbito normativo y de gobierno municipal. De este caso “Pachuca”, se derivó la siguiente tesis de jurisprudencia:

“ESTADO MEXICANO. ÓRDENES JURÍDICOS QUE LO INTEGRAN. De las disposiciones contenidas en los artículos 1o., 40, 41, primer párrafo, 43, 44, 49, 105, fracción I, 115, fracciones I y II, 116, primer y segundo párrafos, 122, primer y segundo párrafos, 124 y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos se advierte la existencia de cinco órdenes jurídicos en el Estado Mexicano, a saber: el federal, el local o estatal, el municipal, el del Distrito Federal y el constitucional. Este último establece, en su aspecto orgánico, el sistema de competencias al que deberán ceñirse la Federación, los Estados, los Municipios y el Distrito Federal, y corresponde a la SCJN, como Tribunal Constitucional, definir la esfera competencial de tales órdenes jurídicos y, en su caso, salvaguardarla.”³⁶⁶

Ahora bien, afirmar que los diversos ámbitos normativos y de gobierno que existen en el país son por regla general excluyentes entre sí, lo que significa es que, así como las atribuciones administrativas del Presidente de la República o Poder Ejecutivo Federal, no las pueden ejercer los gobernadores o ejecutivos locales, y viceversa. De la misma manera, las materias sobre las que puede legislar el Poder Constituyente Permanente, el Congreso Federal, los Congresos de los Estados, y la Asamblea de Representantes del Distrito Federal, serán mayoritariamente distintas entre sí. Y también las jurisdicciones constitucional, federal, locales,

³⁶⁵ Tesis de Jurisprudencia P./J. 95/99. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Septiembre de 1999, Tomo X, p. 709. Registro 193262.

³⁶⁶ Tesis de Jurisprudencia. P./J. 136/2005. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Octubre de 2005, Tomo XXII, p. 2062. Registro 177006.

del Distrito Federal, y municipales, por regla general serán excluyentes entre sí, y esto porque – como se verá más adelante –, a cada una de tales jurisdicciones le corresponde declarar y salvaguardar un derecho diferente. Los litigios que deban resolverse aplicando la Constitución corresponderá conocerlos a la jurisdicción constitucional, con exclusión de las demás; los que versen sobre la aplicación de las leyes locales, corresponderán exclusivamente a la jurisdicción local, y así sucesivamente.

Pero la “regla general” de que los diversos ámbitos normativos y de gobierno, y sus respectivas funciones administrativa, legislativa y jurisdiccional, son excluyentes entre sí, tiene como excepciones a las denominadas atribuciones “coincidentes” y “concurrentes”.

2.3. Distribución de facultades legislativas y jurisdiccionales en el federalismo distributivo

Precisamente porque los ámbitos normativos y de gobierno eran diferenciados, excluyentes y jerarquizados entre sí; así también se entendía la distribución de las facultades legislativas y jurisdiccionales en materia de derechos humanos.

2.3.1. Distribución de facultades para legislar normas relativas a derechos humanos.

Por esto, hasta el 2011 se entendía con claridad que cada ámbito producía las normas jurídicas relativas a derechos humanos, que les correspondía, sin poder invadir las competencias legislativas de otro.

En consecuencia, el Derecho constitucional, producido por el Constituyente, no podía ser simultáneamente legislado por los legisladores federales y locales. Y en lo concerniente al tema de los derechos humanos, entonces denominado como “Garantías Individuales”, que comprendían todo el capítulo dogmático de la Constitución, estos eran indudablemente Derecho constitucional, producido por el legislador Constituyente, y por esta razón, debía entenderse que se trataba de un Derecho excluido de la competencia legislativa de los Congresos federales y locales.

El principio de que todas las facultades que los estados no les hayan concedido a los funcionarios federales, se entienden reservadas a los estados, está previsto en el artículo 124 de nuestra Carta Magna. De este principio, se desprenden las facultades que los estados sí

delegaron, pues entonces precisamente por esto ya no las conservan; salvo en los casos de las facultades coincidentes o concurrentes establecidas expresamente en la misma Constitución.

No pasa inadvertida la práctica frecuente de que las Constituciones locales también consignen un capítulo de garantías individuales y que éstas fueran prácticamente las mismas que se consignaban en la Ley Suprema. Práctica ésta que en nada invalida lo antes dicho en el sentido de que el legislador local no podía legislar sobre derechos humanos. Sobre este particular, la SCJN ha resuelto en diversas ocasiones que esas garantías individuales previstas en las Constituciones locales –aquellas que son mera repetición de lo que prevé la Constitución federal –, de ninguna manera son Derecho local, porque su mera repetición no puede degradar a la norma para que deje de ser constitucional y se torne en local.

Así, la Corte sostuvo que sólo serán de Derecho local las normas jurídicas relativas a derechos humanos previstas en Constituciones locales, que impliquen un nuevo derecho humano no previsto en la Constitución Federal o que impliquen un desarrollo adicional o más extenso de los derechos humanos previstos en ella. De este modo, la máxima instancia nacional confirmó la idea de que los ámbitos normativos son diversos y excluyentes entre sí, y por lo tanto, sólo podrá ser Derecho local de los derechos humanos todo aquello que sea distinto o adicional a los derechos humanos constitucionales, y siempre y cuando aquellos no sean contrarios o restrictivos de estos.

“GARANTIAS INDIVIDUALES, LOS TRIBUNALES LOCALES NO ESTAN FACULTADOS PARA RESOLVER SOBRE VIOLACIONES A LAS. De conformidad con el artículo 103, fracción I, de la Constitución General de la República, corresponde a los tribunales de la Federación el conocimiento, en forma exclusiva, de las controversias suscitadas con motivo de violaciones a las garantías individuales, y por lo mismo, debe estimarse que los tribunales locales no tienen facultades para resolver sobre dichas violaciones.”³⁶⁷

2.3.2. Distribución de facultades jurisdiccionales sobre normas relativas a derechos humanos.

Por cuanto hace a las facultades jurisdiccionales, desde la perspectiva predominante hasta 2011, éstas se distribuyen atendiendo a dos criterios, uno originario según el cual a cada ámbito normativo y de gobierno le debe corresponder su propia jurisdicción (de la misma

³⁶⁷ Tesis Aislada. Tercera Sala. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo CII, p. 615. Registro 349425.

manera que le corresponden las facultades legislativas para producir las normas de su propio ámbito, como recién se explicó); y otro orgánico, que según el ejercicio de la jurisdicción, se encarga a órganos judiciales específicos. Además, de que cada jurisdicción se puede dividir por competencias.

Por cuanto hace al primer criterio relativo a la pertenencia originaria de las jurisdicciones, debía ser una por cada ámbito normativo. Y esto se entendía así, particularmente considerando que la jurisdicción es un poder o potestad propia o consustancial de todo Estado soberano, *“de poner en ejecución las leyes; y especialmente, la potestad de que se hayan revestidos los jueces para administrar justicia, sea para conocer de los asuntos litigiosos, y decidirlos o sentenciarlos con arreglo a la leyes”*³⁶⁸.

Además de que cada uno de los cinco órdenes jurídicos, o ámbitos normativos o de gobierno, existentes en México, en la medida en que cuenta con una función legislativa para la producción de normas jurídicas, así también debe contar con su propia función jurisdiccional para la aplicación de éstas en casos de conflicto. Esto es, todo ámbito normativo o de gobierno, debe no sólo poder generar su propio Derecho, sino también debe poder asegurar la observancia voluntaria o forzada de éste.

Luego entonces, a cada uno le corresponde su propia jurisdicción o potestad jurisdiccional garante de sus normas jurídicas, siendo éste el criterio primigenio conforme al cual se distribuyen las jurisdicciones en el país.

Siendo así, como en México hay cinco ámbitos normativos o de gobierno, entonces hay cinco potestades jurisdiccionales, cada una de éstas correspondiente a cada uno de aquéllos.

Y por cuanto hace al criterio de la asignación de atribuciones y competencias jurisdiccionales a ciertos órganos, cabe decir que no es suficiente afirmar doctrinalmente que a cada ámbito normativo le corresponde una jurisdicción, para que ésta pueda ser ejercida indistintamente por los órganos judiciales de aquél. Se requiere además, que el Derecho

³⁶⁸ Véase ESCRICHE, J. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Paris, De Rosa Bouret y C, 1851. Disponible en línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.html?l=364>.

positivo asigne de forma expresa las atribuciones y competencias jurisdiccionales a ciertos órganos judiciales.

Lo anterior, toda vez que jurisdicción y competencia ciertamente no son lo mismo. Competencia “*es la medida del poder o facultad otorgada a un órgano jurisdiccional, para tomar conocimiento de un determinado asunto*”³⁶⁹. En este orden de ideas, debiera el Derecho positivo, primero asignar la jurisdicción, por ejemplo federal o estatal, respectivamente a los tribunales correspondientes, y luego precisar qué fracción de aquella o competencia, le concierne a cada uno de éstos. Pero en la práctica, lo que ordinariamente vemos es que en las normas del Derecho positivo, la jurisdicción se asigna a los diversos órganos judiciales, ya distribuida por competencia.

Así por ejemplo, la Constitución establece en su artículo 103, que los tribunales federales deben resolver toda controversia que se suscite:

- I.- Por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte;*
- II.- Por normas generales o actos de la autoridad federal que vulneren o restrinjan la soberanía de los estados o la esfera de competencia del Distrito Federal, y*
- III.- Por normas generales o actos de las autoridades de los Estados o del Distrito Federal que invadan la esfera de competencia de la autoridad federal.”*

Y en su artículo 104 consagra que los Tribunales pertenecientes a la Federación conocerán:

- I.- De los procedimientos relacionados con delitos del orden federal;*
- II.- De todas las controversias del orden civil o mercantil que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales o de los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano. A elección del actor y cuando sólo se afecten intereses particulares, podrán conocer de ellas, los jueces y tribunales del orden común...*
- III.- De los recursos de revisión que se interpongan contra las resoluciones definitivas de los tribunales de lo contencioso-administrativo...*
- IV.- De todas las controversias que versen sobre derecho marítimo;*

³⁶⁹ Véase DE PINA, R. y CASTILLO LARRAÑAGA, J. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México, Porrúa, 2005.

V.- De aquellas en que la Federación fuese parte;

VI.- De las controversias y de las acciones a que se refiere el artículo 105, mismas que serán del conocimiento exclusivo de la SCJN;

VII.- De las que surjan entre un Estado y uno o más vecinos de otro, y

VIII.- De los casos concernientes a miembros del Cuerpo Diplomático y Consular.”

Esta asignación de atribuciones jurisdiccionales, la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, las distribuye por competencias entre los Juzgados de Distrito, los Tribunales Unitarios y Colegiados de Circuito, y la Suprema Corte de Justicia.

Además, y desde luego, de las atribuciones y competencias jurisdiccionales que la Constitución y la ley le asignan a otros tribunales federales, como por ejemplo, la propia Suprema Corte de Justicia (artículo 105 constitucional), el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (artículo 99 constitucional), el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa (artículo 73, fracción XXIX, constitucional), etc.

Tratándose de las jurisdicciones estatales, podría ilustrarse con el caso de Nuevo León, cuya Constitución establece en el artículo 94, que “*Al Poder Judicial corresponde la jurisdicción local en las materias de control de la constitucionalidad local, civil, familiar, penal y de adolescentes infractores. También garantizará la vigencia de las normas de la Constitución y leyes federales, en las materias en que estas autoricen la jurisdicción concurrente.*” Y luego la propia Constitución local, así como la Ley Orgánica del Poder Judicial del Estado de Nuevo León, distribuyen la jurisdicción entre el Tribunal Superior de Justicia, y los Juzgados de Primera Instancia y Menores, asignándole a cada uno competencias específicas en materia civil, mercantil, familiar, penal, de adolescentes infractores, así como en materia de justicia constitucional local.

Para ilustrar lo antes expuesto, sirve el siguiente cuadro:

Ámbito u orden, normativo o de gobierno	Normas jurídicas que produce y salvaguarda	Órgano legislativo competente	Jurisdicción que le corresponde	Órganos judiciales competentes
Ámbito Constitucional	Derecho Constitucional	Constituyente Permanente (Congreso de la Unión y Legislaturas de los Estados)	Jurisdicción Constitucional	Poder Judicial de la Federación
Ámbito Federal	Derecho Federal	Congreso de la Unión (Cámaras de Diputados y de Senadores)	Jurisdicción Federal	Tribunales que integran el Poder Judicial de la Federación, y tribunales federales autónomos*
Ámbito Local o Estatal	Derecho Local o Estatal	Congreso del Estado	Jurisdicción Local o Estatal	Tribunales que integran el Poder Judicial Estatal, y tribunales locales autónomos**
Ámbito del Distrito Federal	Derecho Local del D.F.	Asamblea de Representantes del D.F.	Jurisdicción Local del D.F.	Tribunales que integran el Poder Judicial del D.F., y tribunales locales autónomos**
Ámbito Municipal	Derecho Municipal	Ayuntamiento	Jurisdicción Municipal	Juzgados menores. Y en algunos municipios, tribunales contenciosos administrativos

* Son tribunales federales autónomos: el Tribunal Federal de Justicia Fiscal y Administrativa, el Tribunal Superior Agrario, el Tribunal Federal de Conciliación y Arbitraje, la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje, el Supremo Tribunal Militar.

** Los tribunales locales autónomos varían en cada Estado, pero suelen ser los administrativos, los laborales burocráticos y los electorales. En algunos Estados se han incorporado al Poder Judicial local.

Como se advierte, a partir de la distribución de atribuciones y competencias jurisdiccionales, se integra la compleja estructura judicial mexicana.

2.3.3. La consecuencia: control concentrado del Derecho constitucional

Hasta el año 2011, juzgar sobre los derechos humanos pertenecientes al ámbito constitucional, esto es, las antes denominadas “garantías individuales”, era competencia única y exclusiva de los tribunales integrantes del Poder Judicial de la Federación. De tal manera que salvaguardarlos, le estaba prohibido a los de tribunales federales autónomos, así como a los de locales y municipales.

Y este control concentrado no era una disposición caprichosa o gratuita, sino corolario o conclusión que necesariamente se obtiene a partir de las premisas que se han presentado en este Capítulo, y que por ende, es necesario repasarlas.

En primer lugar, la Constitución en su artículo 103, fracción I, consagra que:

“Los Tribunales de la Federación resolverán toda controversia que se suscite por normas generales, actos u omisiones de la autoridad que violen los derechos humanos reconocidos y las garantías otorgadas para su protección por esta Constitución, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.”

Además de que también la Carta Magna, principalmente en sus artículos 99, 102, 105, y 107, le otorga a la SCJN y demás tribunales que integran el Poder Judicial Federal, la atribución expresa de conocer y resolver de los diversos medios de control de constitucionalidad, como son el juicio de amparo, las acciones de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, el juicio de revisión constitucional electoral, y el juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano.

Por lo que atendiendo a la regla constitucional establecida en el artículo 124 de la Carta Magna, en el sentido de que las facultades que estén expresamente concedidas por la Constitución a los funcionarios federales, significa que ya no las tienen ni las pueden ejercer los estados; luego entonces, resulta que todos los juicios que tengan por objeto dilucidar violaciones a los derechos humanos previstos en la Ley Suprema, no pueden ser resueltos por ningún tribunal del país, excepto por los del Poder Judicial de la Federación, ya que son los únicos que cuentan con la atribución competencial expresa para hacerlo.

En segundo lugar, porque la facultad jurisdiccional originaria, para declarar en casos litigiosos el Derecho constitucional de los derechos humanos aplicable, corresponde a la jurisdicción constitucional. Y ésta la ejerce, junto con la federal, el Poder Judicial de la Federación. Lo anterior, debido a que en México, se sigue el modelo norteamericano de una Suprema Corte que simultáneamente es Tribunal Constitucional y máximo tribunal federal, a diferencia del modelo continental europeo, en donde el Tribunal Constitucional es autónomo respecto de los poderes judiciales ordinarios.

Hasta 2011, este esquema de cosas tenía gran solidez discursiva, pues desde la Quinta Época de la jurisprudencia federal, la SCJN había venido reiterando que en México regía el control concentrado del Derecho constitucional de los derechos humanos.

En efecto, en la Quinta Época de la Jurisprudencia, el Máximo Tribunal en México, consolidó la siguiente tesis:

“INCONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. Esta Suprema Corte tiene facultad de resolver respecto de la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley o de un acto de autoridad, siempre que exista petición o instancia de parte, que se siga el procedimiento establecido por la ley, o sea, el juicio de amparo, y se oiga la defensa de la autoridad responsable, y que, actuando en ese procedimiento y no en otro diverso, se pronuncie sentencia que se ocupe tan solo del caso concreto y singular al cual se refiere la queja, limitándose a proteger y amparar al agraviado, pero sin hacer declaración general respecto de la ley o acto que motivare aquella. Incumbe también a la Suprema Corte de Justicia, la defensa de la Constitución en otro caso previsto por el artículo 105 de la propia Carta Magna. Conforme a esa norma, "corresponde sólo a la SCJN conocer de las controversias que se susciten... entre los poderes de un mismo Estado sobre la constitucionalidad de sus actos...". Tal controversia tampoco se abre de oficio; precisa para su planteamiento la demanda del poder que se sienta ofendido o atacado, para que se justifique la intervención de la Suprema Corte de Justicia, por medio de un procedimiento que, entretanto no se lo fije la ley, es el de un juicio ordinario, donde se oye a la parte demandada. Por tanto, en este caso, la facultad de conocimiento está subordinada también a la existencia de una instancia de parte interesada, y el fallo debe producirse dentro del procedimiento antes citado y no fuera de él. El artículo 133 de la Constitución, es conformativo del régimen federal y evita el predominio de las leyes locales sobre la Constitución, estableciendo con firmeza, la supremacía de la misma Carta Fundamental; pero no es fuente de competencia de la cual resulte la facultad de los tribunales federales, y, por tanto, de la Suprema Corte, para declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de una ley. Obliga a los Jueces de los Estados a proceder siempre conforme a la Constitución, obligación que, por lo demás, no es tan sólo de estos funcionarios, sino de todas las autoridades, cuyos actos tienen la presunción de constitucionalidad, que cede únicamente ante la eficacia decisiva de un fallo judicial federal que la excluye. Este fallo no puede producirse sino mediante la controversia que prevé el artículo 103 constitucional, esto es, mediante el juicio de amparo, satisfaciéndose las condiciones antes mencionadas. Existe también la fracción XII del artículo 107 constitucional, que obliga a los alcaides y carceleros a obrar conforme a la Constitución, poniendo en libertad a los reos, si no reciben oportunamente el auto de prisión preventiva; pero este caso se estima como de excepción, aun dentro del mismo artículo 107, que establece las bases del juicio constitucional de garantías o de amparo.”³⁷⁰

³⁷⁰ Tesis Aislada. Pleno de la SCJN. Quinta Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo LXXXIX, p. 775. Registro 303925.

Luego, en la Sexta Época de la Jurisprudencia, la Suprema Corte empezó a ser más categórica en la prohibición de los jueces locales, para examinar la constitucionalidad de las leyes.

“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMUN. No existe jurisprudencia de la SCJN que imponga a la autoridad judicial común, por aplicación literal del artículo 133 constitucional, la obligación de calificar la constitucionalidad de las leyes que norman el contenido de sus resoluciones; si bien es cierto que ocasionalmente ha llegado a sustentarse tal tesis, la mayoría de los precedentes se orientan en el sentido de considerar que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo.”³⁷¹

En la Séptima Época de la Jurisprudencia, la Suprema Corte le dio preminencia al argumento de que las atribuciones jurisdiccionales deben ser expresas.

“CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMUN. Conforme a la Constitución Federal, no todo órgano judicial es competente para declarar la inconstitucionalidad de una ley, sino solamente el Poder Judicial Federal, a través del juicio de amparo, donde la definición de inconstitucionalidad emitido por la autoridad federal se rodea de una serie de requisitos que tratan de impedir una desorbitada actividad del órgano judicial en relación con los demás poderes; aun en el caso del artículo 133 constitucional en relación con el 128, que impone a lo Jueces de los Estados la obligación de preferir a la Ley Suprema cuando la ley de su Estado la contraría, el precepto se ha entendido en relación con el sistema según el cual es únicamente el Poder Federal el que puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad. Esto es así, porque nuestro derecho público admite implícitamente que, conforme al principio de la división de poderes, el órgano judicial está impedido de intervenir en la calificación de inconstitucionalidad de los actos de los otros poderes, a menos que a ese órgano se le otorgue una competencia expresa para ese efecto, como ocurre en la Constitución Federal cuando dota al Poder Judicial de la Federación de la facultad de examinar la constitucionalidad de los actos de cualquier autoridad.”³⁷²

Por su parte, y de la Octava Época de la Jurisprudencia, destacan las siguientes tesis consolidadas por los Tribunales Colegiados de Circuito.

³⁷¹ Tesis Aislada. Tercera Sala. Sexta Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Cuarta Parte, CXXXV, p. 37. Registro 269162.

³⁷² Tesis Aislada. Tercera Sala. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo 42 Cuarta Parte, p. 17. Registro 242028.

“LEYES, CONSTITUCIONALIDAD DE LAS. LOS TRIBUNALES LOCALES NO ESTAN FACULTADOS PARA RESOLVER. Conforme a lo dispuesto en los artículos 103, fracción I, y 107, de la Constitución General de la República, los órganos jurisdiccionales de amparo son los únicos competentes para determinar sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, a través del juicio de garantías que ante ellos se promueva, y por lo mismo, debe estimarse que los tribunales locales carecen de facultades para resolver al respecto.”³⁷³

“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES. Del artículo 133 de la Carta Magna, se deriva el principio de supremacía constitucional, según el cual una norma secundaria contraria a la ley suprema, no tiene posibilidad de existencia dentro del orden jurídico. Asimismo, se desprende de dicho numeral, el llamado control difuso del Código Político que implica el que todo juzgador, federal o local, tiene el indeclinable deber de preferir la ley de leyes a cualquier otra aplicación de normas secundarias que la contraríen; es decir, toda vez que la Constitución es la ley suprema, ningún precepto puede contradecirla y como a los juzgadores les corresponde interpretar las leyes para decir el derecho, a la luz de ese numeral cimero, éstos tienen el inexcusable deber de juzgar de conformidad o inconformidad de la ley secundaria con la fundamental, para aplicar o no aquélla, según que al código político le sea o no contraria. El control difuso de la constitucionalidad de las leyes, no ha sido aceptado por la doctrina jurisprudencial. Los Tribunales de Amparo se han orientado por sostener que, en nuestro régimen de derecho debe estarse al sistema de competencias que nos rige, según el cual sólo el Poder Judicial de la Federación puede hacer declaraciones de inconstitucionalidad y no tiene intervención alguna la justicia local en la defensa jurisdiccional de la Constitución aun en el caso del artículo 133 de la misma, en relación con el 128 del propio ordenamiento, que impone a los juzgadores la obligación de preferir a la Ley Suprema, cuando la ley del estado o local la contraría, ya que, de acuerdo con los artículos 103 de la ley suprema y primero de la Ley de Amparo, la constitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, es de la competencia exclusiva de los Tribunales Federales de Amparo, y los tribunales locales carecen en absoluto de competencia para decidir controversias suscitadas con ese motivo. Ahora bien, aun cuando el Tribunal Fiscal de la Federación, no sea un tribunal local; sin embargo, también carece de competencia para decidir sobre cuestiones constitucionales, ya que es un tribunal sólo de legalidad, en los términos del Código Fiscal de la Federación y de la Ley Orgánica del Tribunal Fiscal de la Federación, por lo que, de conformidad con el artículo 104 del precepto cimero, sólo compete al Poder Judicial Federal juzgar de las controversias que surjan contra los actos de los demás Poderes de la Unión y si bien el mismo precepto prevé la existencia de Tribunales Administrativos, pero cuyas resoluciones o sentencias pueden ser revisadas, en último extremo, por la SCJN, iría contra la división de poderes que establece el artículo 49 constitucional, que el Tribunal de Anulación en México tuviese competencia para conocer de la constitucionalidad de una ley expedida por el Poder Legislativo, ya que el Poder Ejecutivo, a través de "su tribunal", estaría juzgando actos emitidos por el Poder Legislativo. En estas condiciones, no le asiste razón a la quejosa en el sentido de que, en los términos del artículo 133 multicitado, el Tribunal Contencioso Administrativo debió examinar el concepto de nulidad

³⁷³ Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo IV, Segunda Parte-1, Julio a Diciembre de 1989, p. 318. Registro 227091.

donde planteaba el argumento relativo a la "ineficacia" de la Ley Orgánica de la Administración Pública Federal por carecer del refrendo de los Secretarios de Estado, a que se refiere el artículo 92 de la Carta Magna ya que el Tribunal Fiscal carece de competencia para pronunciarse sobre tales cuestionamientos porque el argumento de mérito no es, en absoluto, de contenido meramente legal, aun cuando el requisito del refrendo también se encuentre contemplado en una ley ordinaria, sino que alude a la constitucionalidad de dicha ley, pues si se sostuviera que la misma es "ineficaz" por carecer del refrendo, como pretende la quejosa, la consecuencia sería su no aplicabilidad en el caso concreto por ser contraria a la Ley Suprema, cuestionamiento que, lógicamente, es de naturaleza constitucional, sobre el cual el Tribunal Contencioso Administrativo no puede pronunciarse.”³⁷⁴

Finalmente, de la Novena Época de la Jurisprudencia, destacan las tesis 73/99 y 74/99 del Tribunal Pleno, cuyos rubros y textos son:

“CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. La supremacía constitucional se configura como un principio consustancial del sistema jurídico-político mexicano, que descansa en la expresión primaria de la soberanía en la expedición de la Constitución, y que por ello coloca a ésta por encima de todas las leyes y de todas las autoridades, de ahí que las actuaciones de éstas deben ajustarse estrictamente a las disposiciones de aquélla. En este sentido, más que una facultad, la supremacía constitucional impone a toda autoridad el deber de ajustar a los preceptos fundamentales, los actos desplegados en ejercicio de sus atribuciones. Por tanto, si bien es cierto que los tres Poderes de la Unión deben observar la Ley Suprema, no puede afirmarse que por esta razón, las autoridades puedan, por sí y ante sí, en el ejercicio de funciones materialmente jurisdiccionales, examinar la constitucionalidad de sus propios actos o de los ajenos, toda vez que, al respecto, la propia Constitución consagra, en sus artículos 103 y 107, un medio de defensa expreso, por vía de acción, como es el juicio de amparo y lo encomienda, en exclusiva, al Poder Judicial de la Federación, sentando las bases de su procedencia y tramitación.”³⁷⁵

“CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN. El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.". En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta SCJN considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control

³⁷⁴ Tesis Aislada. Tribunales Colegiados de Circuito. Octava Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo III, Segunda Parte-1, Enero a Junio de 1989, p. 228. Registro 228225.

³⁷⁵ Tesis de Jurisprudencia P./J. 73/99. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, Agosto de 1999, p. 18. Registro 193558.

constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos, como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.”³⁷⁶

Sin dejar de mencionar que esta línea jurisprudencial unidireccional, en el sentido de que los tribunales locales no debían desaplicar normas locales contrarias a la Constitución, pues esto era atribución exclusiva de los tribunales del Poder Judicial Federal; también ha tenido ciertas vacilaciones o tesis contradictorias. Por ejemplo, las siguientes, en las que se ordena a los juzgadores penales locales, dejar de aplicar leyes locales que son contrarias a la Carta Magna.

“LIBERTAD PROVISIONAL BAJO CAUCIÓN. AUNQUE EL TEXTO DE LA LEGISLACIÓN SECUNDARIA DEL ESTADO DE GUANAJUATO NO SE HA AJUSTADO AL CONTENIDO DEL ÚLTIMO PÁRRAFO DE LA FRACCIÓN I DEL APARTADO A DEL ARTÍCULO 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL, LOS JUECES PUEDEN APLICAR DIRECTAMENTE ESTE ÚLTIMO Y NEGAR AQUEL BENEFICIO, ACORDE CON EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. Del análisis de las diversas reformas al citado precepto constitucional, que determina los supuestos y condiciones en que procede la concesión del beneficio de la libertad provisional bajo caución, concretamente de la última de ellas, publicada el 3 de julio de 1996, se advierte que con el propósito de facilitar el combate a la delincuencia respecto de los delitos considerados como no graves, pero que producen una gran irritación social, el legislador federal introdujo la posibilidad de que a petición del Ministerio Público, el Juez de la causa niegue el referido beneficio, en atención a que el inculpado haya sido condenado con anterioridad por un delito grave o cuando dicha representación social aporte elementos para establecer que dicha libertad, por la conducta precedente de aquél o por las características del delito cometido, representa un riesgo para el ofendido o la sociedad. Por otra parte, del análisis de las reformas al artículo 387 del Código de Procedimientos Penales del Estado de Guanajuato, que también regula la libertad provisional bajo caución, se desprende que la intención permanente del legislador local ha sido actualizar la ley secundaria conforme a las múltiples reformas de la Ley Fundamental, aun cuando a la fecha haya sido omiso en adecuar la fracción III de dicho precepto a la de 3 de julio de 1996, sin que tal omisión signifique que el mencionado legislador quiso ampliar tácitamente la garantía de la libertad provisional bajo caución, ya que de haber sido así debió pronunciarse en tal sentido, exponiendo las razones para sostener tal determinación, lo cual no aconteció. Ahora bien, de la interpretación de los preceptos invocados, y en acatamiento al principio de supremacía constitucional contenido en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta inconcuso que las autoridades judiciales del Estado de Guanajuato están

³⁷⁶ Tesis de Jurisprudencia P./J. 74/99. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo X, Agosto de 1999, p. 5. Registro 193435.

facultadas directamente por el artículo 20, apartado A, fracción I, constitucional para negar la libertad provisional bajo caución a los inculcados, aun cuando se trate de delitos calificados como no graves, cuando así lo solicite el Ministerio Público y aporte pruebas para evidenciar que dicha libertad implica un riesgo para el ofendido o la sociedad, independientemente de que la legislación secundaria prevea expresamente esta limitante; máxime si se toma en cuenta que tratándose de garantías individuales, son éstas las que en forma directa rigen los procesos, por lo que las leyes secundarias únicamente pueden regular el desarrollo de los postulados constitucionales, pero no modificarlos o revocarlos, y en caso de que así sucediera, deberá atenderse en todo momento a lo que disponga la Constitución Federal.”³⁷⁷

“AUTO DE FORMAL PRISIÓN. ACORDE CON EL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL, SU DICTADO DEBE HACERSE CONFORME AL ARTÍCULO 19 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y NO ATENDER A LA LEGISLACIÓN ORDINARIA, CUANDO ÉSTA NO HA SIDO ADECUADA A LO DISPUESTO EN DICHO PRECEPTO. Si de la sola lectura del texto de una ley ordinaria, y de su comparación con el vigente del artículo 19 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, se advierte que, al parecer, aquélla otorga mayores prerrogativas al inculcado al dictarse un auto de formal prisión, pues dicho texto, al no haber sido actualizado conforme a la reforma constitucional del ocho de marzo de mil novecientos noventa y nueve, aún exige para su dictado la demostración de los elementos del tipo penal, cuyo concepto jurídicamente incluye no sólo los elementos objetivos, sino también los normativos y los subjetivos que contenga la figura típica de que se trate, tal apreciación, a simple vista, no debe conducir a sostener jurídicamente que otorga mayores prerrogativas al indiciado y que, por ende, resulta de aplicación preferente al referido artículo 19. Lo anterior es así, pues en atención al principio de supremacía constitucional consagrado en el artículo 133 de la propia Carta Magna, los Jueces deben acatar lo dispuesto en ésta, cuando la legislación local se oponga a ella, por lo que la circunstancia de que el ordenamiento legal respectivo no haya sido adecuado a la reforma constitucional citada, no implica ni conlleva a sostener válidamente que otorgue mayores prerrogativas al indiciado al dictarse un auto de formal prisión y, por ende, que resulte de aplicación preferente a las disposiciones de la Norma Fundamental, en virtud de que ésta constituye la Ley Suprema de toda la Unión, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, por el hecho de que no hayan sido adecuadas a su texto, entonces, deben predominar las disposiciones del Ordenamiento Supremo y no las de esas leyes ordinarias.”³⁷⁸

Las tesis de la Suprema Corte que a continuación se presentan, ilustran de manera muy completa la doctrina jurisprudencial de que las garantías individuales o derechos humanos previstos en la Constitución federal, se entendían hasta el 2011, como Derecho constitucional

³⁷⁷ Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 24/2005. Primera Sala de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXI, Mayo de 2005, p. 274. Registro 178420.

³⁷⁸ Tesis de Jurisprudencia 1a./J. 86/2002. Primera Sala de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVII, Febrero de 2003, p. 47. Registro 184968.

que sólo la jurisdicción constitucional puede proteger. Y que por ende, no pueden las legislaturas de los estados, convertirlo Derecho estatal, simplemente incorporando tales derechos en su Constitución o leyes locales. Lo que es más, tampoco se pueden crear mecanismos o vías procesales para la defensa de los derechos humanos constitucionales, pues sólo el legislador constituyente que los otorgó, puede implantar la armadura procesal que los proteja.

“CONTROVERSLA CONSTITUCIONAL. LA FACULTAD OTORGADA A LA SALA CONSTITUCIONAL DEL TRIBUNAL SUPERIOR DE JUSTICIA DEL ESTADO DE VERACRUZ-Llave PARA CONOCER Y RESOLVER EL JUICIO DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS, PREVISTO EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE ESA ENTIDAD FEDERATIVA, NO INVADIR LA ESFERA DE ATRIBUCIONES DE LOS TRIBUNALES DE LA FEDERACIÓN, PUES AQUÉL SE LIMITA A SALVAGUARDAR, EXCLUSIVAMENTE, LOS DERECHOS HUMANOS QUE ESTABLECE EL PROPIO ORDENAMIENTO LOCAL. De la interpretación armónica y sistemática de lo dispuesto en los artículos 4o., párrafo tercero, 56, fracciones I y II y 64, fracción I, de la Constitución Política del Estado de Veracruz-Llave, así como de la exposición de motivos del decreto que aprobó la Ley Número 53 mediante la cual aquéllos fueron reformados, se desprende que la competencia que la Constitución Local le otorga a la Sala Constitucional del Tribunal Superior de Justicia del Estado de Veracruz-Llave, se circunscribe a conocer y resolver el juicio de protección de derechos humanos, pero únicamente por cuanto hace a la salvaguarda de los previstos en la Constitución de aquella entidad federativa, por lo que dicha Sala no cuenta con facultades para pronunciarse sobre violaciones a las garantías individuales que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Acorde con lo anterior, se concluye que los preceptos citados no invaden las atribuciones de los tribunales de la Federación, en tanto que el instrumento para salvaguardar los derechos humanos que prevé la Constitución Local citada, se limita exclusivamente a proteger los derechos humanos que dicha Constitución reserve a los gobernados de esa entidad federativa; mientras que el juicio de amparo, consagrado en los artículos 103 y 107 de la propia Constitución Federal, comprende la protección de las garantías individuales establecidas en la parte dogmática del Pacto Federal, de manera que la mencionada Sala Constitucional carece de competencia para resolver sobre el apego de actos de autoridad a la Carta Magna. Lo anterior se corrobora si se toma en consideración que el instrumento jurídico local difiere del juicio de garantías en cuanto a su finalidad, ya que prevé que la violación de los derechos humanos que expresamente se reserven implicará la sanción correspondiente y, en su caso, la reparación del daño conforme lo dispone el artículo 4o. de la propia Constitución Estatal, lo que no acontece en el indicado mecanismo federal.”³⁷⁹

³⁷⁹ Tesis Aislada P. XXXIII/2002. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XVI, Agosto de 2002, p. 903. Registro 186307.

“CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD POR LA SCJN. CONFORME AL PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL LOS MEDIOS RELATIVOS DEBEN ESTABLECERSE EN LA PROPIA CONSTITUCIÓN FEDERAL Y NO EN UN ORDENAMIENTO INFERIOR. En virtud de que el ejercicio de la competencia de la SCJN, tratándose de los medios de control de la constitucionalidad, tiene por efecto que ese órgano fije el alcance de las normas supremas, que expresan la soberanía popular, debe considerarse que la jerarquía de las bases contenidas en ese Magno Ordenamiento conlleva el que sólo en ellas, mediante la voluntad soberana manifestada por el Constituyente o por el Poder Revisor de la Constitución, pueda establecerse la existencia de los referidos medios; ello sin menoscabo de que el legislador ordinario desarrolle y pormenorice las reglas que precisen su procedencia, sustanciación y resolución. La anterior conclusión se corrobora por lo dispuesto en los diversos preceptos constitucionales que, en términos de lo previsto en el artículo 94 de la propia Constitución General de la República, determinan las bases que rigen la competencia de la Suprema Corte de Justicia, en los que al precisarse los asuntos de su conocimiento, en ningún momento se delega al legislador ordinario la posibilidad de crear diversos medios de control de la constitucionalidad a cargo de aquélla.”³⁸⁰

2.4. Noción de federalismo cooperativo o de ámbitos normativos coincidentes

La perspectiva teórica del federalismo distributivo -como ya se dijo- prevaleció sin rival durante todo el Siglo XX, contribuyendo a engrandecer –tanto en relevancia política, como en tamaño y costo- al Poder Judicial de la Federación como único guardián y vocero de la Constitución. Pero a partir de la reforma de junio de 2011, y a partir de una nueva tendencia a incrementar las leyes generales (ej. en materia de combate al delito de secuestro) o competencias concurrentes (ej. para perseguir y juzgar el delito de narcomenudeo) que trascienden o borran las fronteras competenciales particularmente entre los ámbitos federal y local; se ha vitalizado una nueva perspectiva teórica: la del federalismo cooperativo o de competencias coincidentes.

Desde esta directiva se entiende el federalismo de otro modo: cooperativo o de competencias coincidentes. CABRERA BECK, refiriéndose al nuevo federalismo cooperativo de Alemania, escribe que,

“tal federalismo cooperativo tiende al establecimiento de vínculos entre la federación y las regiones, constituyendo mecanismos de colaboración, información y representación, para la consolidación de los servicios y la conformación de la voluntad general del Estado. Por otro lado, tipifica también una activa

³⁸⁰ Tesis de Jurisprudencia P./J. 155/2000. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XII, Diciembre de 2000, p. 843. Registro 190669.

participación internacional y avanza aceleradamente hacia la unificación política de una entidad supranacional.”³⁸¹

En el federalismo distributivo, se entendía que cada ámbito normativo producía y defendía sus propias normas jurídicas relativas a derechos humanos, bajo un esquema de competencias excluyentes. Sin embargo, bajo un modelo de federalismo cooperativo, habría que entender que cada ámbito conserva facultades para legislar y juzgar, pero éstas dejan de ser oponibles o excluyentes, para volverse coincidentes, convergentes o cooperativas.

La convergencia a la que se hace referencia, se da en el terreno sustantivo de los derechos humanos, en la medida en que la antigua noción de que cada sistema de control (de constitucionalidad, de convencionalidad, y de constitucionalidad local) era para garantizar exclusivamente a estos, emanados o derivados sólo de la norma suprema del respectivo ámbito normativo (la constitución nacional, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y la Constitución local, respectivamente); es una afirmación que resulta insostenible frente a la nueva noción que propone que los tres referidos sistemas de control (de constitucionalidad, de convencionalidad, y de constitucionalidad local), ahora convergen en la defensa de un denominado “bloque” en el que se mezclan todas las normas relativas a derechos humanos previstas tanto en las Constituciones federal como locales, así como en los tratados internacionales, e incluso previstas en cualquier otra norma de jerarquía secundaria.

Convergencia sustantiva que consiste en reunir en un solo “bloque”, ya sea sólo a las normas constitucionales y de tratados internacionales relativas a derechos humanos, o inclusive a todas las demás normas federales y locales en materia de derechos humanos; pero que además se caracteriza porque dentro de aquél, los conflictos aparentes entre normas, se resuelven atendiendo al principio de interpretación *pro-bomine*, esto es, que se solucionen no en favor de la norma de mayor jerarquía, sino a favor de la de mayor primacía. Considerándose como norma de mayor primacía aquella que favorece a las personas la protección más amplia de sus derechos humanos. Así, los sistemas de control de constitucionalidad, de convencionalidad, y de constitucionalidad local, además de converger entre sí, ahora son para garantizar no la jerarquía, sino la primacía normativa.

³⁸¹ CABRERA BECK, C. G. *El nuevo federalismo internacional*. México, Porrúa, 2004. p. 280.

2.5. Distribución de facultades legislativas y jurisdiccionales en el federalismo cooperativo

Desde una perspectiva de federalismo cooperativo, no existe obstáculo para que la competencia jurisdiccional que antes correspondía de modo exclusivo al Poder Judicial de la Federación para ejercer el control de constitucionalidad, también la pueda ejercer los juzgadores locales ya sea de manera totalmente coincidente, o solo parcialmente coincidente (por ejemplo, si a estos sólo se les autoriza ejercer el control constitucional cuando éste se hace valer por vía incidental y no por vía de acción); y tampoco existe impedimento para considerar que la competencia que antes correspondía sólo a la Corte IDH para ejercer el control de convencionalidad, se pueda compartir en cierto grado con todos los juzgadores nacionales.

COMPETENCIAS EXCLUYENTES	Corte-IDH	Poder Judicial Federal	Poderes Judiciales locales
Control de Convencionalidad	<u>SÍ</u>	no	no
Control de Constitucionalidad	no	<u>SÍ</u>	no
Control de Constitucionalidad local	no	*no/sí	<u>SÍ</u>
*no/sí = no respecto de normas de la Constitución local relativas al régimen interior del estado; sí respecto de normas de la Constitución local determinadas de cualquier forma por la Constitución federal.			

COMPETENCIAS COINCIDENTES	Corte-IDH	Poder Judicial Federal	Poderes Judiciales locales
Control de Convencionalidad	<u>SÍ</u>	**SÍ	**SÍ
Control de Constitucionalidad	no	<u>SÍ</u>	**SÍ
Control de Constitucionalidad local	no	*no/sí	<u>SÍ</u>
**sí = ejercen el respectivo Control, pero sólo en grado de desaplicación al caso concreto, e interpretación conforme			

De hecho, un federalismo será más cooperativo en la medida en que éste las competencias, facultades o atribuciones, coincidentes o concurrentes entre autoridades de diverso ámbito normativo, sean menos excepcionales, y por lo tanto sean más frecuentes.

Como los conceptos relativos a las competencias, facultades o atribuciones “coincidentes” y “concurrentes”, no son unívocos³⁸², mejor conviene para evitar confusiones, hacer mención del contenido de cada una de esas etiquetas.

Las facultades pueden ser coincidentes en forma total o parcial. Las primeras son aquellas que corresponden sin distinción, a dos o más ámbitos normativos o de gobierno. Ejemplo clásico de estas facultades, es lo previsto en el último párrafo del artículo 117 constitucional, que establece “*El Congreso de la Unión y las legislaturas de los Estados dictarán, desde luego, leyes encaminadas a combatir el alcoholismo*”.

Serán coincidentes en forma parcial cuando una parte de la facultad corresponde a un ámbito normativo o de gobierno, y otra a otro de estos ámbitos. Tal es el caso de la Constitución en su artículo 3º, cuando establece que a la federación, los estados y los municipios, corresponde la facultad de impartir educación preescolar, primaria y secundaria, pero luego precisa en su fracción VIII, que sólo al Congreso de la Unión, con el fin de unificar y coordinar la educación en toda la República, corresponde expedir las leyes que van a distribuir la función social educativa entre la federación, los estados y los municipios.

Tratándose de las facultades concurrentes, serían aquellas que corresponden originariamente a determinado ámbito normativo, pero que en ciertos casos específicos pueden ser realizadas por otro, en sustitución de aquél. Podemos vislumbrar este tipo en el artículo 104 de la Carta Magna, en su fracción I, que estipula que todas las controversias del orden civil, que se susciten sobre el cumplimiento y aplicación de leyes federales y tratados internacionales ratificados por México, corresponde resolverlas a los tribunales federales. Aunque además establece que cuando aquéllas sólo afecten intereses particulares, podrán conocerlas también, a elección del actor, los jueces y tribunales del orden común de los estados y del Distrito Federal. Así, una facultad originariamente de las autoridades judiciales federales, la pueden ejercer en ciertos casos precisos, los juzgadores locales en sustitución de los federales.

³⁸² Véase CARPIZO, J. *Estudios Constitucionales*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1980. p. 99 a 102. Este autor junto con Mario DE LA CUEVA, fue de los primeros en advertir las confusiones en torno a la identificación de tales facultades, que él indica debieran ser propiamente identificadas como coincidentes, coexistentes y concurrentes.

En materia de derechos humanos, se pueden encontrar atribuciones concurrentes en el “amparo concurrente en materia penal”, que estipula el artículo 37 de la Ley de Amparo vigente hasta el 1 de abril de 2013, en el cual se establece que en ciertos casos, el juicio de amparo indirecto puede promoverse indistintamente, a elección del actor, ante el Juez Federal de Distrito, o bien ante el superior del tribunal que haya cometido la violación.

Otro ejemplo de facultad concurrente es la que se encuentra en el artículo 63, fracción XLV de la Constitución Política del Estado de Nuevo León, en donde se señala que el Tribunal de Justicia Administrativa del Estado, tendrá competencia también para conocer de las controversias que se susciten entre los particulares y la administración pública municipal, en aquellos municipios que no cuenten con un Órgano de lo Contencioso Administrativo municipal. Así, la facultad originaria de resolver aquéllas, corresponde al municipio a través del órgano o tribunal municipal cuya creación está autorizada por el artículo 115, fracción II, inciso a), de la Constitución federal. Pero, mientras el municipio no integre un órgano o tribunal administrativo municipal, entonces la referida facultad originariamente del ámbito municipal, pasará al estatal para que la ejerza el tribunal administrativo estatal.

3. ANTAGONISMOS ENTRE LAS DIRECTIVAS TEÓRICAS FEDERALISTAS

En esta obra nos interesa destacar los términos en que las directivas teóricas de interpretación, trascienden a la realidad; esto es, poner de manifiesto que las ideas tienen consecuencias sobre la aplicación práctica del Derecho. Y para ilustrar esto a continuación presentaremos algunas de las consecuencias o resultados interpretativos diversos, que se producen cuando la reforma constitucional de 2011, se analiza desde las directivas antagónicas del federalismo distributivo y del federalismo cooperativo.

3.1. Consecuencias de la directiva de federalismo distributivo

Desde la perspectiva del federalismo distributivo, los cambios introducidos en el 2011, no deben considerarse en modo alguno como refundacionales, sino acotados, a partir de los cuales las facultades para legislar y juzgar normas jurídicas de derechos humanos, deben entenderse:

- a) Inmersas en un federalismo todavía predominantemente integrado por ámbitos normativos diferenciados, pero con tendencia a aumentar las facultades coincidentes entre ellos. Esto es, un federalismo que esencialmente sigue siendo el mismo que se tenía hasta antes de 2011.

Y en apego a este federalismo, no cambian las facultades diferenciadas de los legisladores constitucional, federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, para producir normas jurídicas en materia de derechos humanos; cada uno de ellos sólo podrá producir, respectivamente, Derecho constitucional, Derecho federal, Derecho estatal, Derecho del Distrito Federal, y Derecho municipal. Siendo inadmisibles considerar que las competencias legislativas en materia de derechos humanos, hayan dejado de ser diversas por ámbito normativo, o que las fronteras entre los distintos Derechos constitucional, federal, etc., se hayan borrado, para fusionarse todas en una sola competencia legislativa en dicha materia, que produce un solo y transversal Derecho de los derechos humanos.

Aunque sí cambian y se tornan coincidentes, las facultades jurisdiccionales sobre derechos humanos.

- b) En efecto, por cuanto hace a las facultades jurisdiccionales, esta perspectiva sí admite que cada una de las jurisdicciones federal, local, del D.F., deba tutelar de manera completa su respectivo Derecho de los derechos humanos, y además el constitucional de los derechos humanos, el derecho internacional y los demás que integren el “bloque” de derechos humanos, pero esto con fundamento en atribuciones procesales expresas, y no por razones de concomitancia sustantiva.

Dicho de otra manera: a la jurisdicción estatal o local – y lo mismo podría decirse de la federal, la del D.F., y la municipal –, si bien es cierto que le corresponde de manera originaria, tutelar el Derecho estatal o local que produce el legislador de su propio ámbito normativo; también lo es que a partir de la reforma de 2011, deberá tutelar además la vigencia del Derecho constitucional y del internacional de los derechos humanos, pero – se insiste – no por razones de correspondencia originaria, sino porque así se le encarga ahora como atribución o asignación expresa contenida en el artículo 1º de la Carta Magna.

3.1.1. Facultades para juzgar derechos humanos.

Desde esta perspectiva, uno de los pocos cambios significativos producidos por la reforma de 2011, es en el sentido de que el control jurisdiccional de constitucionalidad por vía incidental, se torna una facultad coincidente de todos los juzgadores nacionales. Esto es, se introduce el control difuso de constitucionalidad.

Pero sin que al nuevo deba considerársele como un giro refundacional del Derecho, sino como una reforma de alcances acotados: se trata simplemente de una nueva atribución coincidente, introducida en el federalismo mexicano.

Ya antes se había dicho que el Estado federal mexicano se integraba por cinco diversos ámbitos normativos, con competencias diferenciadas y por regla general excluyentes entre sí. Y también se comentó que, las excepciones a esta regla general, eran precisamente las facultades denominadas “concurrentes” y las “coincidentes”.

Pues bien, desde la perspectiva del federalismo distributivo, lo que hizo la reforma de 2011 fue agregar sólo una excepción más a la regla general de que son excluyentes entre sí las facultades jurisdiccionales, de los tribunales de los diversos órdenes jurídicos y de gobierno. Esta nueva excepción es la facultad coincidente que ahora tienen por igual todos los juzgadores nacionales, para desaplicar cualquier norma general que sea contraria a las de los derechos humanos previstas en la Constitución y en los tratados internacionales.

El control difuso de constitucionalidad entra dentro de este tipo de facultad, ya que el actor que inicia un juicio no tiene que optar entre una jurisdicción u otra, para establecer cuál de ellas deba realizar el referido control difuso. Se trata entonces de una facultad coincidente, pues todas las jurisdicciones deben realizarlo.

Atento a lo anterior, en virtud del control difuso como facultad coincidente total, lo que se integra es un sistema multinivel de protección de los derechos humanos por vía incidental. En efecto, piénsese en un juicio de los más frecuentes: primero se sustancia y decide en primer y segunda instancia ante la jurisdicción local, luego por vía del juicio de amparo continua ante la constitucional, e incluso si el asunto plantea un tema de interpretación constitucional puede llegar hasta la SCJN. En todas y cada una de estas instancias, el juzgador o tribunal en turno deberá aplicar un control difuso de constitucionalidad completo,

asegurando al justiciable el pleno disfrute de todas las normas, provenientes de diversos ámbitos jurídicos, que integran el “bloque de derechos humanos”. Por esto se dice que en razón del control difuso de constitucionalidad como facultad coincidente, se integra un sistema de diversos niveles sucesivos, y no excluyentes, de protección de derechos humanos.

Debe quedar claro, sin embargo, que desde esta perspectiva de federalismo distributivo, las atribuciones de defensa o tutela que puede tener, por ejemplo la jurisdicción local respecto de las normas jurídicas relativas a derechos humanos provenientes del ámbito normativo constitucional o de los tratados internacionales, son única y exclusivamente en materia de control difuso por vía incidental, sin que puedan ser extendidas al control directo o por vía de acción.

Así, frente a la pregunta ¿podría el legislador local, crear medios jurisdiccionales locales para la defensa por vía de acción, del “bloque de derechos humanos”?, esto es, ¿podría establecerse en las leyes locales, un amparo local o una acción de inconstitucionalidad local, o una controversia constitucional local, que tenga el mismo objeto y alcance que el juicio de amparo federal, o la acción de inconstitucionalidad o controversia constitucional previstas en el artículo 105 de la Ley Suprema? La respuesta desde el federalismo distributivo sería “No”. Y es que desde esta perspectiva, la reforma de 2011 debería interpretarse en el sentido de que en ella no se estableció como atribución coincidente la defensa general de los derechos humanos por cualquier vía jurisdiccional, sino sólo la defensa de éstos por la vía incidental o del control difuso.

La defensa jurisdiccional de los derechos humanos, previstos en la Constitución federal, por vía de amparo, acción de inconstitucionalidad, controversia constitucional, juicio de revisión constitucional electoral, o juicio para la protección de los derechos político electorales del ciudadano, debe seguir considerándose una facultad exclusiva del Poder Judicial de la Federación, ya que la Constitución no fue reformada en los artículos 99, 103, 104, 105, en lo que corresponde a que fueron los estados quienes delegaron al Poder Judicial Federal el conocimiento y resolución de tales juicios. Quedando los estados sin esta atribución. Y estos a partir de 2011 la atribución coincidente que adquirieron es la de la defensa del bloque de derechos humanos, pero sólo por la vía del control difuso.

3.1.2. Facultades para legislar derechos humanos

Desde esta perspectiva, las reformas de 2011 en nada impactan en el tema de facultades para legislar en materia de derechos humanos.

Cada ámbito normativo sigue teniendo como límite la conformidad de la norma elaborada con aquellas otras pertenecientes a ámbitos normativos de jerarquía superior. Y en última instancia, los ordenamientos de la Constitución en materia de derechos humanos, no pueden ser contradichos, por los de ámbitos inferiores. Es decir, las normas inferiores no pueden derogar las restricciones a los derechos humanos previstas en la Constitución, y tampoco pueden restringir la extensión mínima que para cada derecho humano prevé ésta.

Así, desde esta perspectiva las facultades para legislar en materia de derechos humanos, siguen siendo en el sentido de que los ámbitos infra constitucionales sólo pueden producir válidamente normas del segundo tipo antes referido. Esto es, normas que sean diversas, pero no contrarias a la Norma Suprema.

Que el legislador ordinario, federal y local, sólo pueda producir normas relativas a derechos humanos que sean diversas y no iguales a las previstas en la Constitución, se debe a que las normas constitucionales las produce el legislador constituyente en ejercicio de una atribución que los estados le delegaron, y que por lo tanto éstos ya no conservan ni se reservaron (artículo 124 constitucional). Pero tienen que ser conformes y no contrarias a las normas constitucionales, porque éstas son supremas en el orden jurídico nacional (artículo 133 de la Carta Magna).

En suma, desde esta perspectiva, la reforma al artículo 1º de la Norma Suprema, que ordena a todas las autoridades a “*promover, respetar, proteger y garantizar*” los derechos humanos, no derogó los postulados federalista y de supremacía constitucional, previstos en los artículos 124 y 133 de la Carta Magna.

3.2. Consecuencias de la directiva de federalismo cooperativo

Para esta perspectiva, las reformas de 2011 habrían producido un gran cambio, una auténtica revolución copernicana, una “*novación del sistema constitucional*”³⁸³, un nuevo paradigma³⁸⁴ para el ordenamiento jurídico mexicano.

Cambio radical según el cual, las facultades para legislar y juzgar normas jurídicas relativas a derechos humanos, habría que entenderlas ahora de la siguiente forma:

- a) Inmersas en un federalismo, pero en uno cooperativo, en donde legislar y juzgar normas de derechos humanos, serían mayormente facultades coincidentes, que podrían ejercer las autoridades legislativas y judiciales de los diversos órdenes jurídicos que integran el federalismo mexicano. Los derechos humanos por lo tanto, dejarían ser una materia dividida horizontalmente por ámbito normativo, y ya no cabría hablar del Derecho constitucional, internacional o local de los derechos humanos. En cambio, los derechos humanos pasarían a ser una materia o “bloque” normativo “transversal” a todos los órdenes jurídicos, y sus órganos legislativos, a su vez, tendrían, todos, competencias para legislar expandiendo de manera progresiva cualquiera de los derechos humanos integrantes de dicho “bloque”. Teniendo los órganos judiciales, una competencia equivalente para tutelar la vigencia de las normas jurídicas pertenecientes a aquel bloque transversal de derechos humanos.
- b) Concomitantes por materia, trascendiendo las fronteras de las esferas normativas. Esto es, en la medida en que los legisladores de todas ellas, puedan ahora producir sin límite ordenamientos que expandan los derechos humanos, todos las cuales pasan a formar un solo “bloque transversal”; harán que todas las jurisdicciones por igual, para resolver un caso litigioso sometido a su conocimiento, puedan acudir a aquél para aplicar la norma jurídica de derechos humanos más favorable para los justiciables, sin importar que ésta provenga de un ámbito normativo diverso. Así, las facultades legislativas y

³⁸³ SILVA MEZA, Juan N. “*Discurso pronunciado con motivo del seminario*”. *Primer aniversario de las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos. Acciones emprendidas y su impacto en la labor jurisdiccional*. 6 de julio de 2012. p. 2. Versión electrónica disponible en:

http://www.scjn.gob.mx/Presidencia/Julio2012/15_JUL%2006%202012_MIN%20SILVA%20EN%20SEMINARIO%20PRIMER%20ANIVERSARIO%20DE%20LAS%20REFORMAS%20CONSTITUCIONALES%20DE%20AMPARO%20Y%20DERECHOS%20HUMANOS.pdf

³⁸⁴ Sobre esta idea, véase: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

jurisdiccionales tendrán entre sí una correspondencia por materia (los derechos humanos en este caso), quedando como una referencia sólo marginal y sin gran importancia, la relativa a aquél en donde haya tenido su origen ésta.

3.2.1. Se amplía el sistema de fuentes de los derechos humanos

Desde esta perspectiva, a partir de la reforma de 2011, se transforma el sistema de fuentes del Derecho de los derechos humanos.

Primeramente porque antes la Constitución “otorgaba” los derechos en ella reconocidos a las personas que se encontraran en territorio mexicano. Sin embargo, a partir de la reforma constitucional de derechos humanos, esos no son “otorgados”, sino “reconocidos”. Lo cual es un cambio que va más allá de la simple semántica. Se trata, utilizando las palabras de ZAGREBELSKY, “de una auténtica «revolución copernicana», un «cambio de época», en el modo tradicional de entender las relaciones entre el Estado y los individuos consistente en la inversión de las relaciones usuales y en la fundamentación del primero sobre el segundo”.³⁸⁵ Esto es, “la fundamentación de los derechos en una esfera jurídica que precede al derecho que pueda establecer el legislador”.³⁸⁶ En palabras del Ministro Presidente de la Suprema Corte, esto “supone que el fundamento de los derechos no puede hallarse dentro del derecho”³⁸⁷, es decir, implica una “transformación en el modo de concebir los derechos, desde un punto de vista extrajurídico”³⁸⁸.

Pero además porque en la medida en que la Constitución establece que ella sólo “reconoce” derechos preexistentes, implica necesariamente aceptar que las fuentes de las que emanan dichos derechos pueden ser distintas a aquélla. Así, la Constitución deja de ser la fuente exclusiva de emanación de aquéllos, ampliando el ámbito de protección de las personas con el reconocimiento de derechos humanos contenidos en otras fuentes, nacionales e internacionales, distintas a la Constitución.

³⁸⁵ ZAGREBELSKY, G. GASCÓN, M. (Traductor). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*. 3ª ed. Madrid, Trotta, 1999. p. 54.

³⁸⁶ Ídem.

³⁸⁷ SILVA MEZA, J. N. “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”. En: *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano*. Bogotá, 2012. p. 155.

³⁸⁸ Ídem.

Esto implica, retomando nuevamente a ZAGREBELSKY que,

“ya no puede pensarse en la Constitución como centro del que todo derivaba por irradiación a través de la soberanía del Estado en que se apoyaba, sino como centro sobre el que todo debe converger; es decir, más bien como centro a alcanzar que como centro del que partir”³⁸⁹. Se trata, como señala Sánchez Tagle, de “un tránsito en nuestra tradición constitucional al asumir que nuestra Constitución no es cerrada, sino abierta respecto a normas de derechos humanos; que no todo empieza y termina en el texto del Pacto Federal, sino que existe un origen diverso de normas de derechos en diversos ordenamientos, los cuales por virtud de una norma constitucional –artículo primero– son reconocidos como parte del sistema constitucional de derechos.”³⁹⁰

Dicha apertura constitucional a normas de derechos humanos provenientes de otras fuentes distintas a la Constitución, es también el fundamento para el reconocimiento de las fuentes internacionales de derechos humanos, como tal es el caso de los tratados, de la costumbre considerada durante muchos siglos la fuente primordial de normas de Derecho internacional, de la jurisprudencia emitida por tribunales internacionales, y particularmente la emitida por la Corte IDH y de la Comisión IDH que a contribuido grandemente al conocimiento y comprensión del *corpus juris* americano de los derechos humanos, “que significa un soporte lógico, político y jurídico para la construcción o reconstrucción de los órdenes nacionales, con vistas a la unificación o armonización de éstos”³⁹¹.

Los derechos humanos dejan de tener como fuente casi exclusiva a las normas de la Constitución, y en cambio pasan a ser derechos que emanan de fuentes diversas, e incluso ultra nacionales. Ya no son creación de un único legislador, ni creación endógena del universo jurídico nacional, sino que derivan de un “pluriverso”, esto es, de la interacción, cooperación y diálogo de diversos universos jurídicos. Todos los cuales aportan normas relativas a derechos humanos que en conjunto se integran en un solo bloque normativo.

³⁸⁹ ZAGREBELSKY, G, GASCÓN, M. (Traductor). *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia ...ob. cit.* p. 14.

³⁹⁰ SÁNCHEZ TAGLE, Gonzalo. “El Derecho Internacional de los Derechos humanos en la Constitución mexicana ¿se vulnera la supremacía constitucional?”. En: ABREU SACRAMENTO, José Pablo (Coord.) *La reforma humanista...* ob. cit. p. 218.

³⁹¹ GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno”. En *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional 2008*. Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2008. p. 356.

El fenómeno de interacción entre sistemas nacionales e internacionales – que no se da exclusivamente en el tema de derechos humanos – ha sido denominado por FERRAJOLI como constitucionalismo mundial³⁹². En esta esfera, el principio de soberanía estatal debe ser entendido de distinta manera, de modo que ésta no deja de existir o pierde valor frente a la incorporación de fuentes jurídicas internacionales.

Algunos autores hablan del bloque de constitucionalidad del sistema jurídico mexicano³⁹³, al cual pasan a formar parte el conjunto de normas que contienen principios y reglas de valor constitucional, y cuyo respeto se impone a la ley³⁹⁴. Sin embargo, desde una perspectiva más internacionalista, incluso podría hablarse de un “bloque de derechos humanos” que se aplica no sólo a la ley, sino también a la Constitución misma.

3.2.2. Distribución facultades jurisdiccionales sobre derechos humanos: el control difuso

Desde la directiva del federalismo cooperativo, otro de los cambios significativos que introduce la reforma constitucional de 2011, es la redistribución competencial entre autoridades jurisdiccionales en la defensa de los derechos humanos. Pues en la nueva redacción del tercer párrafo del artículo 1º de la Carta Magna, se advierte con claridad que “todas” las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad.

Como bien señala CARBONELL, esta obligación puede desprenderse del propio principio de universalidad de los derechos humanos e incluso del de supremacía constitucional. Sin embargo, la utilidad que tiene la mención expresa de la obligación a cargo de todas las autoridades de proteger estos, radica en establecer con claridad que la distribución de

³⁹² FERRAJOLI, Luigi. *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2002. p. 31. Citado por SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J. *El reconocimiento de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución...* ob. cit. p. 198.

³⁹³ OROZCO HENRÍQUEZ, J de J. “*Alcance y sentido del proyecto de reforma...*” ob. cit., p. 204-205.

³⁹⁴ FAVOREAU, L. “*Ponencia Francesa*”. En: FAVOREAU, L. y RUBIO LLORENTE, F. *El bloque de constitucionalidad*. Madrid, Civitas-Universidad de Sevilla, 1991. p.19.

competencias entre poderes y niveles de gobierno, no puede servir como excusa de ninguna autoridad para dejar de proteger los derechos humanos de las personas³⁹⁵.

Se trata pues de obligaciones que aplican a todas las autoridades y en todos los niveles de gobierno, quedando incluidas, por lo tanto, las autoridades jurisdiccionales tanto estatales como federales. Así, desde esta perspectiva, a partir de la reforma todos los jueces mexicanos, de todas las materias y niveles, se convierten en jueces de derechos, en tanto que en el ámbito de sus competencias materiales deben velar por la protección de los derechos humanos.

Ello supone para los jueces mexicanos la obligación de conocer y aplicar aquellas normas tanto constitucionales como internacionales y, de otros ámbitos normativos que contengan derechos humanos, que deban ser tutelados en su jurisdicción. Así, por ejemplo, un juez de lo familiar al resolver un caso sobre menores, no debe basarse sólo en lo que establece el Código Civil respectivo, sino debe considerar todas aquellas normas de cualquier ámbito normativo que reconozcan derechos humanos a favor del menor, como sería el caso de la Convención de Naciones Unidas sobre Derechos del Niño.

Los jueces de todas las materias y niveles se convierten así en garantes del respeto a estos derechos humanos en cada uno de los casos que resuelven. Todos los jueces, son “jueces de derechos”, creándose con ello en México un sistema de protección de los derechos multinivel. La protección de los derechos humanos, pues, deja de ser patrimonio exclusivo del Poder Judicial de la Federación a través del juicio de amparo y otros medios de control constitucional, lo que diluye las líneas divisorias de las distintas jurisdicciones en lo relativo a la protección de derechos humanos.

Ello supone, por otro lado, una ventaja importante. En la medida en que todos los jueces son “jueces de derechos”, pueden establecer su propia interpretación sobre el contenido, alcance y limitaciones de las normas de derechos humanos. La interpretación multinivel de éstas, si bien puede generar criterios no sólo divergentes, sino también contradictorios, es susceptible de producir un diálogo virtuoso entre jurisdicciones que se traduzca en un razonamiento más adecuado para la protección de los derechos humanos.

³⁹⁵ Véase CARBONELL, Miguel. *“Las obligaciones del Estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”*. En: CARBONELL, Miguel y SALAZAR, Pedro (Coords.)...ob.cit. p. 67.

El que sean todos y no sólo unos cuantos jueces los que interpreten y apliquen la legislación de derechos humanos y que exista la posibilidad de que cada instancia revise y reinterpreté ésta, maximiza las posibilidades de que, a través de la depuración producto del diálogo judicial, los derechos queden mejor protegidos. Al final de cuentas, como recuerda NINO:

“La discusión y la decisión intersubjetivas constituyen el procedimiento más confiable para tener acceso a la verdad moral, pues el intercambio de ideas y la necesidad de ofrecer justificaciones frente a los otros no sólo incrementa el conocimiento que uno posee y detecta defectos en el razonamiento, sino que ayuda a satisfacer el requerimiento de atención imparcial a los intereses de todos los afectados.”³⁹⁶

Desde esta perspectiva, el control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad representan una consecuencia natural de la obligación a cargo de todas las autoridades (incluidas las jurisdiccionales) de proteger los derechos humanos.

En este sentido, la Corte IDH ha dicho, refiriéndose a la obligación de todos los jueces nacionales de proteger los derechos humanos garantizados por la Convención Americana de Derechos Humanos, que esta obligación corresponde a todos los jueces que integran el aparato jurisdiccional de un Estado, en tanto que son parte de éste³⁹⁷.

Además, hay que recordar que la propia Corte IDH ha establecido en reiterados casos que los tratados internacionales de derechos humanos poseen un especial carácter, en tanto que no representan obligaciones que los Estados asumen respecto de otros, sino de las personas que se ubican sometidas a la jurisdicción de sus autoridades:

“(…) los tratados modernos sobre derechos humanos, en general, y, en particular, la Convención Americana, no son tratados multilaterales del tipo tradicional, concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes. Su objeto y fin son la protección de los derechos fundamentales de los seres humanos, independientemente de su nacionalidad, tanto frente a su propio Estado como frente a los otros Estados contratantes. Al aprobar estos tratados sobre derechos humanos, los Estados se someten a un orden legal dentro del cual ellos, por el

³⁹⁶ NINO, C. S. SABA, Roberto P. (Traducción). *La constitución de la democracia deliberativa*. Barcelona, Gedisa, 1997. p. 161.

³⁹⁷ Véase CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No 154. párr. 124 y CORTE IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*...ob.cit.

bien común, asumen varias obligaciones, no en relación con otros Estados, sino hacia los individuos bajo su jurisdicción.”³⁹⁸

Así, desde la perspectiva en estudio, el mandato contenido en el párrafo tercero del artículo 1º de la Carta Magna, debe ser entendido dirigido a todos los jueces mexicanos con independencia de la materia de su jurisdicción y con independencia de si se trata de jueces federales o estatales. Por lo tanto, los nacionales son competentes para atender y resolver sobre alegatos relacionados con la violación a derechos humanos en el ámbito de sus respectivas competencias. Interpretar este precepto constitucional de una manera que restrinja la capacidad de cualquier juez de conocer y resolver sobre planteamientos a violaciones de derechos humanos ocurridas dentro de casos que sean competentes para resolver, implicaría un incumplimiento de la obligación objetiva que México ha asumido respecto de las personas que se encuentran sometidas a su jurisdicción.

En este sentido, reformas como la recientemente realizada a la Ley de Amparo, que establece expresamente la procedencia del juicio de amparo respecto de la violación a derechos contenidos en tratados internacionales, podría considerarse superflua: todos los jueces, incluidos por su puesto los de amparo, deben atender planteamientos sobre violación a derechos humanos, contenidos en tratados internacionales ocurridos dentro de casos para cuya resolución sean competentes.

3.3. La posición de la SCJN

Las tesis de la Suprema Corte, relativas a estos temas, hasta ahora sólo se han pronunciado autorizando el control difuso por vía incidental, y definiendo las reglas procesales de operación de éste. Hasta ahora no ha habido ningún pronunciamiento que autorice o niegue a los jueces locales ejercer el control difuso de constitucionalidad en juicios de amparo local o de controversias o acciones de inconstitucionalidad local.

3.3.1. Autorización del control difuso

³⁹⁸ CORTE IDH. *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2. párr. 29.

Históricamente, la SCJN había considerado que el artículo 133 constitucional no debía interpretarse aisladamente, sino en relación con los preceptos que le dan a los tribunales federales y a la Suprema Corte las competencias exclusivas de control de constitucionalidad, principalmente los artículos 99, 103, 105, 107 y 124 de la Constitución. Y al hacer el balance hermenéutico entre los dos extremos de la ecuación, el razonamiento siempre se inclinó hacia el lado del control concentrado.

Pero a partir de la reforma de 2011, ésta se modificó, y el nuevo artículo 1º vino a sumarse al bando del artículo 133, y con el peso de ambos, constitucionales, la balanza ahora se inclinó del lado del control difuso.

Son tesis que describen esta transformación:

“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o. constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.”³⁹⁹

³⁹⁹Tesis Aislada P. LXVII/2011(9a.). Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 535. Registro 160589.

“CONTROL DIFUSO. Con motivo de la entrada en vigor de los párrafos segundo y tercero del artículo 1o. constitucional modificados mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, debe estimarse que han quedado sin efectos las tesis jurisprudenciales P./J. 73/99 y P./J. 74/99, de rubros: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN.” y “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.”⁴⁰⁰

“DERECHOS HUMANOS. OBLIGACIONES CONSTITUCIONALES DE LAS AUTORIDADES EN LA MATERIA. Mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, vigente a partir del día siguiente de su publicación, se reformó y adicionó el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, para establecer diversas obligaciones a las autoridades, entre ellas, que las normas relativas a derechos humanos se interpretarán conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en la materia, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia, es decir, que los derechos humanos son los reconocidos por la Ley Fundamental y los tratados internacionales suscritos por México, y que la interpretación de aquella y de las disposiciones de derechos humanos contenidas en instrumentos internacionales y en las leyes, siempre debe ser en las mejores condiciones para las personas. Asimismo, del párrafo tercero de dicho precepto destaca que todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, deben promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, conforme a los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y que, en consecuencia, el Estado debe prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos en los términos que establezca la ley, lo cual conlleva a que las autoridades actúen atendiendo a todas las personas por igual, con una visión interdependiente, ya que el ejercicio de un derecho humano implica necesariamente que se respeten y protejan múltiples derechos vinculados, los cuales no podrán dividirse, y todo habrá de ser de manera progresiva, prohibiendo cualquier retroceso en los medios establecidos para el ejercicio, tutela, reparación y efectividad de aquéllos.”⁴⁰¹

3.3.2. Reglas de operación del control difuso

Siempre que se produce un cambio sustancial en alguna institución jurídica, las primeras tesis jurisprudenciales sobre el tema suelen ser extensas y tener como propósito esclarecer los aspectos básicos de la nueva.

⁴⁰⁰ Tesis Aislada P. I/2011 (10a.). Pleno de la SCJN. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 549. Registro 2000008.

⁴⁰¹ Tesis Aislada 1a. XVIII/2012 (9a.). Primera Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro IX, Junio de 2012, Tomo 1, p. 257. Registro 160073.

Y por esto, en el caso del control difuso de constitucionalidad y de convencionalidad, no es raro que se encuentren tesis que enfatizan aspectos elementales, tales como:

- a) Los pasos que los jueces deben seguir antes de proceder a la desaplicación de una norma jurídica por considerarla inconstitucional o inconvencional. Sobre esto, la tesis es clara al explicar que la desaplicación debe ser extraordinaria, y que a ella se puede llegar sólo después de haber agotado todas las posibilidades de interpretación, tanto en sentido amplio como en sentido estricto.
- b) Que las normas que deberán tomarse como parámetro de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derechos humanos, son precisamente las normas relativas a estos, contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales, así como la jurisprudencia que sobre ellas hayan consolidado respectivamente, la SCJN y la Corte IDH.

“PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. La posibilidad de inaplicación de leyes por los jueces del país, en ningún momento supone la eliminación o el desconocimiento de la presunción de constitucionalidad de ellas, sino que, precisamente, parte de esta presunción al permitir hacer el contraste previo a su aplicación. En ese orden de ideas, el Poder Judicial al ejercer un control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos, deberá realizar los siguientes pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio, lo que significa que los jueces del país -al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano-, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto, lo que significa que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no son posibles. Lo anterior no afecta o rompe con la lógica de los principios de división de poderes y de federalismo, sino que fortalece el papel de los jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano es parte.”⁴⁰²

⁴⁰² Tesis Aislada P. LXIX/2011(9a.). Pleno de la SCJN. Décima Época. Registro 160525. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1, p. 552.

“DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1o. CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS. Conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y atento al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si al analizar los derechos humanos que se estiman vulnerados es suficiente la previsión que contiene la Constitución General de la República y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto constitucional que los prevea, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado.”⁴⁰³”

También interesante, la siguiente tesis reciente:

“ÓRGANOS DE CONTROL (LEGALIDAD, CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD). SU EJERCICIO NO PUEDE SEPARARSE DE SU ÁMBITO DE COMPETENCIA. Conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, la actuación de los órganos del Estado en la tutela de los derechos humanos, entre ellos, el Poder Judicial de la Federación, debe realizarse en el ámbito de su competencia, lo que implica que previamente se ha delimitado un espacio y forma en que debe efectuarse tal control sobre la regularidad de los actos de las autoridades del aparato estatal, en el que se tome como punto de partida un parámetro normativo legal, constitucional y convencional. Conforme a ello, si el artículo 107 de la Ley Fundamental determina las bases mínimas sobre la competencia para conocer del juicio protector de derechos fundamentales (juicio de amparo), las que a su vez involucran cuestiones sobre su procedencia, es inconcuso que aun en el actual diseño constitucional de protección de derechos fundamentales, el juicio de amparo no debe ser ajeno a los aspectos relevantes que derivan del acto en él reclamado. Esto es, en la resolución de los juicios de amparo salvo, desde luego, la real e insoslayable posibilidad de que pudiera desplegarse un control oficioso de convencionalidad, como lo ha determinado la Corte Interamericana de Derechos Humanos, deben tenerse presentes todas las particularidades que se implican en la emisión de las ejecutorias respectivas; esto es, deben acatarse todas las reglas que definen y delimitan el hacer y modo de hacer de los tribunales federales al ejercer sus funciones propias, de modo que, so pretexto de un nuevo paradigma en la protección de los derechos humanos, el órgano de control no pueda separarse de su propio ámbito de competencia pues sólo dentro de ésta puede ejercer el control de legalidad, constitucionalidad y de convencionalidad que le corresponde. Por tanto, en términos del citado artículo 1o. constitucional, los órganos competentes del Poder Judicial de la Federación para efectuar el control de los actos de autoridad que constitucional y legalmente les corresponde, y a través de

⁴⁰³ Tesis de Jurisprudencia 2a./J. 172/2012 (10a.). Segunda Sala. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XVII, Febrero de 2013, Tomo 2, p. 1049. Registro 2002747.

*esa función deban tutelar en su máxima expresión los derechos humanos, sólo pueden actuar en el ámbito de su propia competencia, por lo que no pueden apartarse de la regulación que el derecho positivo interno (constitucional, legal y jurisprudencial) les impone, y desde una competencia reglada deben ser operadores jurídicos vigorosos para darle eficacia a esa protección de los derechos fundamentales, pero siempre conforme a la forma y términos en que se ha dispuesto el despliegue de sus atribuciones.*⁴⁰⁴

4. ¿Y EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD?

Sólo por razones de metodología, y con la finalidad de evitar mayor complicación en el desarrollo de este trabajo, el tema del control difuso de convencionalidad se prefirió no abordarlo de manera conjunta con el de control difuso de constitucionalidad, sino de manera separada en este apartado.

4.1. Noción y evolución del control de convencionalidad

4.1.1. Concepto

Al control de convencionalidad se le puede conceptualizar como el sistema de garantías de carácter procesal, que asegura la conformidad entre el Derecho interno de un país y el internacional de los derechos humanos que a éste le resulta obligatorio.

Una de las características del mundo contemporáneo es el reconocimiento de que todo ser humano, por el hecho de serlo, es titular de derechos fundamentales que la sociedad no puede arrebatarse lícitamente⁴⁰⁵. Los derechos humanos son universales, inherentes e inalienables, es decir, pertenecen a todos y a cada uno, sin que medie condición alguna, asimismo, están íntimamente relacionados con la naturaleza humana, en consecuencia, no son objeto de negociación o renuncia.

⁴⁰⁴ Tesis de Jurisprudencia I.5o.C. J/2 (10a). Tribunales Colegiados de Circuito. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Libro XX, Mayo de 2013, Tomo 2, p. 1306. Registro 2003679.

⁴⁰⁵ PÉREZ LOZANO, A. *El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano*. México, Novum, 2011. p. 194.

El Preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos contiene los principios y valores (desde el punto de vista filosófico), que iluminan el texto de su articulado; resaltando que el reconocimiento de los derechos esenciales del hombre tiene como fundamento los atributos de la persona humana, *“razón por la cual justifican una protección internacional, de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estado Americanos”* (segundo considerando del Preámbulo).

De ello se infiere una doble protección. La primera es sustantiva: los derechos humanos reconocidos en esta Convención complementan los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones de los Estados. La segunda es una protección procesal: ésta se configura con órganos internacionales competentes, la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (coadyuvante de las Cortes, los tribunales y jueces internos de los Estados)⁴⁰⁶.

Los tribunales tanto nacionales como internacionales deben interpretar de manera armónica el ordenamiento jurídico aplicable y para ello deben verificar la compatibilidad de unas normas con otras. Lo que se conoce como control de convencionalidad es precisamente ese ejercicio de verificación de compatibilidad entre normas internas e internacionales, buscando la solución más favorable a la protección de los derechos humanos.

Este ejercicio de verificación ha venido siendo realizado en nuestro continente por la Corte Interamericana de Derechos, la cual ha consolidado jurisprudencia en el sentido de que esa obligación, también corresponde a los jueces nacionales, en quienes recae en primera instancia la función de protección de los derechos de las personas.

4.1.2. Tipología

- a) Externo o en sede internacional, e interno o en sede nacional

El control de convencionalidad será externo o realizado en sede internacional, cuando lo llevan a cabo los órganos de dicha índole, integrantes del Sistema Interamericano de Derechos

⁴⁰⁶ REY CANTOR, E. *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México, Porrúa, 2008. p. 1 – 2.

humanos, esto es, la Comisión IDH y la Corte IDH. Y será interno o realizado en sede nacional, cuando lo ejerzan los juzgadores nacionales de los países suscriptores de la Convención ADH.

El primero de ellos, se lleva a cabo en dos supuestos:

- Por violaciones por acción.- Cuando el Estado emite actos legislativos, administrativos o jurisdiccionales, que resultan incompatibles con el Derecho interamericano de los derechos humanos; la Corte IDH realiza un control de convencionalidad que desemboca en la anulación, desaplicación, modificación o derogación de dicho acto del Estado⁴⁰⁷.
- Por violaciones por omisión.- Cuando el Estado no ha cumplido con su deber de adoptar disposiciones de derecho interno (artículo 2º de la Convención Americana), para garantizar con efectividad el ejercicio de los derechos humanos reconocidos en la Convención; la Corte IDH realiza el control de convencionalidad dictando sentencias que ordenan al Estado omiso, adoptar las medidas legislativas o de otro carácter que sean necesarias para obtener aquella efectividad⁴⁰⁸.

b) Concentrado o difuso

Esta clasificación está muy relacionada con la anterior. Si el control de convencionalidad sólo está autorizado para su ejercicio en sede internacional, esto es por la Comisión IDH y la Corte IDH, entonces el modelo es concentrado. Pero si está autorizado para que también lo realicen los jueces nacionales de los diversos países, es difuso.

Como se verá más adelante, el control de convencionalidad se ejerció en América de manera concentrada hasta el año 2006, cuando la Corte IDH, en la sentencia dictada en el caso “Almonacid Arellano Vs. Chile”⁴⁰⁹, consolidó la jurisprudencia que autoriza y obliga a todos los jueces nacionales a ejercer el control difuso de convencionalidad. Así, a partir de ese año, la

⁴⁰⁷ PÉREZ LOZANO, A...ob.cit. p. 230.

⁴⁰⁸ *Ibidem*. p. 231.

⁴⁰⁹ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*...ob.cit.

Corte IDH liberalizó la competencia que hasta entonces ella y la Comisión IDH, habían ejercido de manera exclusiva.

c) Por acción o directo, o por excepción, indirecto o por vía incidental

El control de convencionalidad que se realiza en sede internacional es siempre por acción. Esto es, la acción internacional que se promueve tiene como objetivo que el órgano jurisdiccional internacional analice la compatibilidad de la actuación o inacción del Estado con sus obligaciones internacionales. No es, pues, una cuestión incidental que se promueva en el marco de un juicio principal, sino que se trata de la cuestión principal misma.

En cambio, en el caso del control de convencionalidad que se ejerce en sede nacional, éste podrá ser por vía de acción o de excepción. En el primer caso, puede ser por ejemplo cuando se promueve un amparo o una acción de inconstitucionalidad, alegando que el acto o la omisión de la autoridad resulta contraria a las obligaciones convencionales suscritas por México, la cuestión principal será precisamente verificar la compatibilidad de la acción u omisión cuestionada con las normas internacionales. Respecto del segundo caso, o sea del control de convencionalidad por vía de excepción o incidental, éste se dará cuando el juez, actuando en un proceso judicial cualquiera, advierta de oficio la incompatibilidad de la norma nacional con una norma interamericana, y en consecuencia desaplique aquélla, previo a resolver la cuestión principal.

d) Abstracto o concreto

El control de convencionalidad que se realiza en el ámbito jurisdiccional puede ser de carácter abstracto o concreto, tanto en sede internacional y nacional.

En sede internacional, la acción intentada puede enderezarse directamente en contra de una norma nacional que se estima contraria a disposiciones convencionales, sin necesidad de que exista un caso concreto de aplicación de dicha norma. Así, por ejemplo, algunos casos en los que la Corte IDH ha declarado la incompatibilidad de leyes de auto-amnistía en algunos países latinoamericanos, se ha llevado a cabo un análisis en abstracto del contenido de dichas leyes con la Convención Americana, sin que dicho juicio de compatibilidad se realizara a partir de situaciones concretas de aplicación de aquéllas.

Aunque en sede internacional, la regla general es que el examen de compatibilidad de la norma nacional con la convencional, se lleve a cabo a partir de casos concretos de aplicación, como el caso “Radilla Pacheco Vs. México”, en el que se cuestionó la inconventionalidad de las normas nacionales que impedían que los militares fueran juzgados por tribunales civiles, a partir de su aplicación al caso concreto de Rosendo Radilla en el ámbito interno.

En sede nacional, puede ser de carácter abstracto o concreto. En el primer caso, por ejemplo, están aquéllos amparos contra leyes y acciones de inconstitucionalidad en los que se cuestiona una ley a partir de su expedición, por resultar incompatible con tratados internacionales de derechos humanos. En el segundo caso, se encuentran todos los demás supuestos en los que el análisis de la convencionalidad de normas se realiza a partir del enjuiciamiento de actos concretos en los que fueron aplicadas.

e) Subsumido o no subsumido, en el control de constitucionalidad

FERRER MAC-GREGOR afirma que *“en algunas ocasiones, el ‘bloque de convencionalidad’ queda subsumido en el ‘bloque de constitucionalidad’, por lo que al realizar el ‘control de constitucionalidad’ también se efectúa ‘control de convencionalidad’”*⁴¹⁰. Afirmación ésta que puede servir para dividir al control de convencionalidad en subsumido al control de constitucionalidad, y en no subsumido.

Para identificar al control de convencionalidad “subsumido” en el control de constitucionalidad, va la siguiente explicación:

El control de constitucionalidad tutela la observancia de todos los derechos humanos consignados en la Constitución, incluyendo la que tradicionalmente se ha denominado en México como “Garantía Constitucional de Legalidad”, prevista en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna. Por esto, no sólo confronta a normas de la Constitución con normas inferiores, sino también confronta a normas infra constitucionales para asegurar que entre ellas se respeten las jerarquías normativas. Así por ejemplo, a la ley, acto o resolución, emitidos por autoridad federal o local, se les puede confrontar con una ley general o con los tratados

⁴¹⁰ CORTE-IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220. Voto razonado del Juez Ad-hoc Eduardo FERRER MAC-GREGOR. párr. 26.

internacionales que son jerárquicamente superiores a todos los demás ordenamientos y sólo inferiores a los constitucionales. Y en el caso de que la norma, acto o resolución resulte contrario a la que es superior del tratado internacional, entonces aquélla deberá ser considerada violatoria de la “Garantía Constitucional de Legalidad”, y consecuentemente desaplicada, anulada o expulsada del ordenamiento jurídico, según corresponda al medio de control que se esté ejerciendo. Siendo lo más relevante para los efectos que interesan en este punto, que cuando en el control de constitucionalidad se hace el referido examen de conformidad entre las leyes, actos o resoluciones, y los tratados internacionales que aquellos deben respetar, a efecto de determinar si cumplen o no con el derecho humano a la legalidad, bien puede afirmarse que se realiza un control de convencionalidad, aunque subsumido en el control de constitucionalidad.

4.1.3. Su construcción jurisprudencial por la Corte IDH

El control de convencionalidad es una construcción jurisprudencial que la Corte IDH ha venido consolidando en diversas sentencias y opiniones consultivas, principalmente:

a) Opinión Consultiva OC- 1/82

Ésta es importante porque en ella la Corte-IDH sostuvo que no sólo la Convención ADH, sino también cualquier otro tratado internacional aplicable en los Estados americanos podría ser violado por las leyes internas de los Estados.

Así, a partir de entonces *“la Corte-IDH, cuando resuelve un caso en competencia contenciosa o contesta una consulta formulada por un órgano de la OEA o un Estado Miembro de la Organización, aplica la Convención Americana de Derechos humanos como tratado marco, pero para llegar a dicha aplicación, muchas veces interpreta normas distintas al Pacto de San José”*⁴¹¹.

*“La Corte es de opinión...
Que la competencia consultiva de la Corte puede ejercerse, en general, sobre toda disposición, concerniente a la protección de los derechos humanos, de cualquier tratado internacional aplicable en los Estados*

⁴¹¹ SALVIOLI, F. Citado por REY CANTOR, E...ob.cit. p. 52.

*americanos, con independencia de que sea bilateral o multilateral, de cuál sea su objeto principal o de qué sean puedan ser Partes del mismo Estados ajenos al Sistema Interamericano*⁴¹².

b) Opinión Consultiva OC- 5/85

La relevancia de esta Opinión Consultiva estriba en que fue la primera vez que la Corte-IDH consideró que una ley interna era inconvencional.

En esta ocasión, el Gobierno de Costa Rica consultó a la Corte-IDH sobre la interpretación de los artículos 13 y 29 de la Convención Americana, en relación con la colegiación obligatoria de los periodistas y sobre la compatibilidad de la Ley No. 4420 de 22 de setiembre de 1969.

“La Corte es de opinión...

Que la colegiación obligatoria de periodistas, en cuanto impida el acceso de cualquier persona al uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse o para transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos ...

*Que la Ley No. 4420 de 22 de setiembre de 1969, Ley Orgánica del Colegio de Periodistas de Costa Rica, objeto de la presente consulta, en cuanto impide a ciertas personas el pertenecer al Colegio de Periodistas y, por consiguiente, el uso pleno de los medios de comunicación social como vehículo para expresarse y transmitir información, es incompatible con el artículo 13 de la Convención*⁴¹³.

c) Opinión Consultiva OC-13/93

Esta consulta la iniciaron los Gobiernos de Argentina y de Uruguay, solicitando la interpretación de diversos artículos de la Convención Americana; y al resolver la consulta, la Corte IDH hizo dos pronunciamientos de gran trascendencia.

Primero: que la constitucionalidad de una ley interna, esto es su conformidad con la respectiva Carta Magna nacional, no implica ni hace presumir la convencionalidad de aquélla, es decir, la conformidad de ésta con la Convención.

⁴¹² CORTE IDH. "Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos humanos). Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de setiembre de 1982. Serie A No. 1.

⁴¹³ CORTE IDH. *La Colegiación Obligatoria de Periodistas (Artículos 13 y 29 Convención Americana sobre Derechos humanos)*...ob. cit.

Segundo: que la Corte IDH carece de competencia para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes internas, pues esto corresponde de manera exclusiva a los tribunales nacionales del respectivo país.

De esta manera la Corte IDH delimitó el alcance de la jurisdicción convencional, evitando que la misma se sobreponga o sustituya a la jurisdicción constitucional, pues sólo ésta es la soberana y última interprete de la Constitución, mientras que aquella lo es de la Convención.

“La Corte es de opinión...

Que la Comisión es competente, en los términos de las atribuciones que le confieren los artículos 41 y 42 de la Convención, para calificar cualquier norma del derecho interno de un Estado Parte como violatoria de las obligaciones que éste ha asumido al ratificarla o adherir a ella, pero no lo es para dictaminar si contradice o no el ordenamiento jurídico interno de dicho Estado. En cuanto a la terminología que la Comisión puede utilizar para calificar normas internas, la Corte se remite a lo dicho en el párrafo 35 de esta opinión”⁴¹⁴.

d) Opinión Consultiva OC-14/94

En este caso, la Comisión IDH solicitó a la Corte IDH, que emitiera su opinión sobre los siguientes puntos:

- Cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley que viola manifiestamente las obligaciones que el Estado ha contraído al ratificar la Convención, ¿cuáles serían en ese caso los efectos jurídicos de esa ley en vista de las obligaciones internacionales de ese Estado?, y
- Cuando un Estado parte en la Convención dicta una ley cuyo cumplimiento por parte de los agentes o funcionarios de ese Estado se traduce en una violación manifiesta de la Convención, ¿cuáles son las obligaciones y responsabilidades de dichos agentes o funcionarios?

En su respuesta, la Corte IDH expresó las primeras ideas en torno a un posible control “abstracto” de la convencionalidad de una ley interna. Previamente la Corte IDH había afirmado que,

⁴¹⁴ CORTE IDH. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos humanos (artículos 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13.

“para establecer la incompatibilidad de una norma de derecho interno con la Convención Americana, era necesaria la existencia de un daño causado a una víctima como consecuencia de la aplicación de la referida norma. De lo contrario, la Corte no tendría competencia, porque no habría violación, sencillamente por no configurarse el hecho internacionalmente ilícito.”⁴¹⁵

Sin embargo, en esta opinión, la Corte IDH le reconoció a la Comisión IDH competencia para analizar la convencionalidad de cualquier norma general de Derecho interno, haya sido o no aplicada a un caso concreto, en agravio de una persona determinada. *“Sin embargo, se debe aclarar que el Sistema Interamericano de Derechos Humanos no crea en beneficio de los particulares una especie de ‘acción popular’ que autorice a demandar en abstracto una ley por la sola razón de que le parezca contraria al Convenio”*,⁴¹⁶ y la relevancia de este control abstracto tiene que ver más con,

“la procedibilidad de las medidas cautelares que la Comisión podría solicitar al Estado para evitar la aplicación de leyes que generarían violaciones a los de derechos humanos, lo que equivaldría a la abstención de las autoridades competentes de aplicar dichas leyes a una persona o grupo de personas. Se trataría de una especie de suspensión provisional de los efectos jurídicos de la ley que el Estado adoptaría como medida cautelar. Protección internacional novedoso en el sentido de que en el derecho constitucional comparado no es usual que dicha suspensión proceda en el control de constitucionalidad de las leyes, por la vigencia del principio de presunción de constitucionalidad de las leyes”⁴¹⁷.

“La Corte es de opinión...

Que la expedición de una ley manifiestamente contraria a las obligaciones asumidas por un Estado al ratificar o adherir a la Convención, constituye una violación de ésta y, en el caso de que esa violación afecte derechos y libertades protegidos respecto de individuos determinados, genera la responsabilidad internacional de tal Estado...

Que el cumplimiento por parte de agentes o funcionarios del Estado de una ley manifiestamente violatoria de la Convención, genera responsabilidad internacional para tal Estado. En caso de que el acto de cumplimiento constituya per se un crimen internacional, genera también la responsabilidad internacional de los agentes o funcionarios que ejecutaron el acto”⁴¹⁸.

e) Caso “Myrna Mack Chang Vs. Guatemala” y Caso “Tibi Vs. Ecuador”

Estos casos destacan porque en ellos se utilizó por primera vez la expresión “control de convencionalidad”, no en la parte de la sentencia que fue aprobada por unanimidad de todos

⁴¹⁵ REY CANTOR, E...ob.cit. p. 67.

⁴¹⁶ Ibídem. p. 65- 66.

⁴¹⁷ Ibídem. p. 66.

⁴¹⁸ CORTE IDH. *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (artículos 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

los integrantes de la Corte IDH, sino en los votos concurrentes del juez mexicano Sergio GARCÍA RAMÍREZ.

“Claro está que cuando se utiliza la terminología de ‘control de convencionalidad’, no se quiere decir que a partir del citado asunto la Corte Interamericana de Derechos Humanos haya ejercido tal potestad, porque desde siempre el cuerpo hace una comparación entre ambos esquemas, destacando por supuesto la prioridad de la regla supranacional; lo que en verdad ha sucedido es que desde ese momento se utiliza tal fraseología”⁴¹⁹.

En el Caso “Myrna Mack Chang Vs. Guatemala”, en el párr. 27 de su voto razonado, el juez GARCÍA RAMÍREZ expresó:

“27. Para los efectos de la Convención Americana y del ejercicio de la jurisdicción contenciosa de la Corte Interamericana, el Estado viene a cuentas en forma integral, como un todo. En este orden, la responsabilidad es global, atañe al Estado en su conjunto y no puede quedar sujeta a la división de atribuciones que señale el Derecho interno. No es posible seccionar internacionalmente al Estado, obligar ante la Corte sólo a uno o algunos de sus órganos, entregar a éstos la representación del Estado en el juicio --sin que esa representación repercuta sobre el Estado en su conjunto-- y sustraer a otros de este régimen convencional de responsabilidad, dejando sus actuaciones fuera del “control de convencionalidad” que trae consigo la jurisdicción de la Corte internacional”⁴²⁰.

Mientras que en el caso “Tibi Vs. Ecuador”, el juez GARCÍA RAMÍREZ fue más ilustrativo al expresar la semejanza que hay entre el control de convencionalidad y el control de constitucionalidad, en los siguientes términos:

“3. En cierto sentido, la tarea de la Corte se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. Estos examinan los actos impugnados --disposiciones de alcance general-- a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana, por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas, principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos. A través del control de constitucionalidad, los órganos internos procuran conformar la actividad del poder público --y, eventualmente, de otros agentes sociales-- al orden que entraña el Estado de Derecho en una sociedad democrática. El tribunal interamericano, por

⁴¹⁹ HITTERS, J.C. “Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación”. En: *Revista Estudios Constitucionales*. Año 7, No. 2. Chile, Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009. p. 110.

⁴²⁰ CORTE IDH. *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.

su parte, pretende conformar esa actividad al orden internacional acogido en la convención fundadora de la jurisdicción interamericana y aceptado por los Estados partes en ejercicio de su soberanía”⁴²¹.

f) Caso “Raxcacó Reyes Vs. Guatemala”

Por último, cabe citar el caso “Raxcacó Reyes Vs. Guatemala”, en cuya sentencia del 15 de septiembre de 2005, la Corte IDH declaró la inconveniencia del Código Penal de Guatemala, en la parte en la que establecía la pena de muerte por la comisión del delito de plagio y secuestro.

En este caso, por lo tanto, la Corte IDH ejerció un “control de convencionalidad”, aunque sin haber utilizado esta expresión en el cuerpo de la sentencia.

“88. En el presente caso, la Corte estima que, aun cuando no se ha ejecutado al señor Raxcacó Reyes, se ha incumplido el artículo 2 de la Convención. La sola existencia del artículo 201 del Código Penal guatemalteco, que sanciona con pena de muerte obligatoria cualquier forma de plagio o secuestro y amplía el número de delitos sancionados con dicha pena, es per se violatoria de esa disposición convencional. Este criterio es conforme con la Opinión Consultiva OC-14/94 de la Corte, de acuerdo con la cual “en el caso de las leyes de aplicación inmediata, [...] la violación de los derechos humanos, individual o colectiva, se produce por el solo hecho de su expedición”⁴²².

4.2. Noción y evolución del control difuso de convencionalidad

4.2.1. Concepto

El control difuso de convencionalidad es el mecanismo de garantía de aplicación armónica de normas nacionales e internacionales operado por todos los jueces de cada país. Como ya se ha comentado, este mecanismo obliga a todos los jueces nacionales a interpretar el ordenamiento nacional que vaya a aplicar, de conformidad con las normas internacionales de derechos humanos aplicables al caso. Esto es buscando ante todo una interpretación armónica entre las legislaciones nacionales e internacionales y, en el extremo, seleccionando aquella que ofrezca una mayor protección.

⁴²¹ CORTE IDH. *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.

⁴²² CORTE IDH. *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.

Como se ha mencionado previamente, en el ámbito interamericano, el control de convencionalidad ha venido siendo manejado por la Corte IDH, primero como una facultad de ella misma para la efectiva protección de los derechos (garantizando la aplicación de la Convención, o en el último de los casos, de la norma más favorable) y, posteriormente, como una obligación dirigida a todos los jueces nacionales consistente en que, antes de aplicar la norma al caso concreto, ésta pase por un test de compatibilidad respecto del ordenamiento internacional.

En otros sistemas regionales, como el europeo, este mecanismo ha estado presente desde hace más años. En el ámbito de la Unión Europea, el control difuso se remonta por lo menos a 1978, cuando el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas estableció una especie de “control difuso del derecho comunitario” en el caso “*Simmenthal*”. Este caso se originó cuando la empresa Simmenthal promovió un juicio ante un juez italiano, para solicitar la devolución de los impuestos por importación de carne, que había pagado conforme a la ley italiana. Ante la duda sobre la compatibilidad de la norma nacional que gravaba esas actividades con el derecho comunitario que establecía la libre circulación de mercancías, el juez promovió ante el Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas, una cuestión prejudicial. El referido Tribunal dictó sentencia ordenando que todos los jueces nacionales debían desaplicar al caso concreto, las normas nacionales contrarias al Tratado de la Comunidad Europea⁴²³.

Por lo que toca al ámbito interamericano, este mecanismo comenzó a ser utilizado por la Corte IDH, a partir de los casos “*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*”⁴²⁴ y “*Trabajadores*

⁴²³ El Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea resolvió que “(...) eventuales disposiciones nacionales posteriores en contradicción con estas mismas normas comunitarias, deben ser consideradas inaplicables de pleno derecho sin que sea necesario esperar su eliminación por el legislador nacional (abrogación) o por otros órganos constitucionales (declaración de inconstitucionalidad) (...) en virtud del principio de la primacía del derecho comunitario, las disposiciones del tratado y los actos de las instituciones directamente aplicables tienen como efecto en sus relaciones con el derecho interno de los estados miembros, no solamente hacer inaplicable de pleno derecho toda disposición contraria de la legislación nacional existente por el hecho mismo de su entrada en vigor, sino —en tanto que estas disposiciones y actos integran, con rango de prioridad, el ordenamiento comunitario aplicable en el territorio de cada uno de los Estados miembros— impedir la formación válida de nuevos actos legislativos nacionales en la medida en que sean incompatibles con las normas comunitarias... el juez nacional encargado de aplicar en el marco de su competencia, las disposiciones del derecho comunitario, tiene la obligación de asegurar el pleno efecto de estas normas dejando en caso de necesidad inaplicada, por propia autoridad, toda disposición contraria de la legislación, incluso posterior, sin que deba pedir o esperar la eliminación previa de ésta por vía legislativa o por otro procedimiento constitucional”.

⁴²⁴ CORTE IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*...ob.cit.

Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú”⁴²⁵. A partir de estas resoluciones la Corte Interamericana establecería el criterio que ha venido reiterando y perfeccionando en casos posteriores, en el sentido de que los jueces de los países suscriptores de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, están obligados a desaplicar, incluso de oficio, cualquier norma de Derecho interno que sea contraria a los derechos humanos previstos en la citada Convención. Criterio que se volvió a establecer en la sentencia que en noviembre de 2009 se dictó contra el Estado mexicano, para resolver el caso “Radilla Pacheco Vs. México”⁴²⁶.

Esto es, con independencia de lo dispuesto por el ordenamiento jurídico de cada Estado, la Corte Interamericana ha establecido que todos los jueces deben participar y ejercer este control de convencionalidad para cerciorarse que las normas internas que deban aplicar, son compatibles con la Convención Americana, prefiriendo en casos de incompatibilidad insalvable aquella que resulte más favorable.

Además de estos precedentes del Sistema Interamericano, el control difuso de convencionalidad encuentra también sus raíces en México en el artículo 1º de la Constitución, que establece la obligación de interpretación conforme entre normas nacionales e internacionales de derechos humanos. Además –como se verá más adelante en este Capítulo –, la Suprema Corte en diversas tesis emitidas a partir del asunto Varios 912/2010, ha establecido que todos los jueces mexicanos deben hacer un control de convencionalidad.

4.2.2. Su construcción jurisprudencial por la Corte-IDH

⁴²⁵ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158.

⁴²⁶El referido criterio quedó plasmado en el párr. 339, de la sentencia que la Corte Interamericana dictó en el caso “Radilla Pacheco Vs. México”, en los siguientes términos: “339. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico [Cfr. Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile, y Caso La Cantuta Vs. Perú]. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.” Al efecto véase: CORTE IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*...ob.cit.

Si el concepto de control de convencionalidad es una construcción jurisprudencial de la Corte IDH, por mayoría de razón, también lo es el difuso de convencionalidad, que es una especie del primero.

Los casos a través de los cuales se consolidó la jurisprudencia de éste, son principalmente los siguientes:

a) Caso “Almonacid Arellano y otros Vs. Chile”

Es el primero en el cual la Corte IDH en Pleno, y ya no sólo el Juez GARCÍA RAMÍREZ, hizo propia la expresión en estudio. Al hacerlo, se refirió a una nueva modalidad de aquél: el “control difuso de convencionalidad”, también llamado “control de convencionalidad en sede interna”, y en virtud del cual los jueces de los países miembros del Sistema Interamericano de Derechos Humanos pueden desaplicar al caso concreto la ley que consideren inconvencional.

“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella...”

124. La Corte es consciente que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer una especie de “control de convencionalidad” entre las normas jurídicas internas que aplican en los casos concretos y la Convención Americana sobre Derechos Humanos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁴²⁷

b) Caso “Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú”

En este caso, la Corte IDH enriqueció el criterio jurisprudencial del mecanismo en estudio, al establecer que debe ser ejercido por los jueces no sólo a petición de parte, sino incluso de

⁴²⁷ CORTE-IDH. *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile...*ob.cit.

oficio (*ex officio*), y evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

“128. Cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el efecto útil de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin. En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no sólo un control de constitucionalidad, sino también “de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. Esta función no debe quedar limitada exclusivamente por las manifestaciones o actos de los accionantes en cada caso concreto, aunque tampoco implica que ese control deba ejercerse siempre, sin considerar otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia de ese tipo de acciones.”

En el voto razonado que el juez Sergio GARCÍA RAMÍREZ expresó al respecto, se puede leer:

“8. Dentro de la lógica jurisdiccional que sustenta la creación y operación de la Corte, no cabría esperar que ésta se viese en la necesidad de juzgar centenares o millares de casos sobre un solo tema convencional --lo que entrañaría un enorme desvalimiento para los individuos--, es decir, todos los litigios que se presenten en todo tiempo y en todos los países, resolviendo uno a uno los hechos violatorios y garantizando, también uno a uno, los derechos y libertades particulares. La única posibilidad tutelar razonable implica que una vez fijado el “criterio de interpretación y aplicación”, éste sea recogido por los Estados en el conjunto de su aparato jurídico: a través de políticas, leyes, sentencias que den trascendencia, universalidad y eficacia a los pronunciamientos de la Corte constituida --insisto-- merced a la voluntad soberana de los Estados y para servir a decisiones fundamentales de éstos, explícitas en sus constituciones nacionales y, desde luego, en sus compromisos convencionales internacionales...”

10. Para mantener el paso firme en esa dirección, es preciso alentar la conexión expresa y suficiente --que resuelva colisiones y supere problemas de interpretación, que finalmente pueden significar incertidumbre o merma en el estatuto de derechos y libertades personales-- entre el orden interno y el orden internacional. Diversas constituciones modernas han enfrentado este asunto y provisto soluciones que “tienden el puente” entre ambos órdenes y a la postre benefician a quien es preciso favorecer: el ser humano. Así sucede cuando un texto supremo otorga el más alto valor a los tratados internacionales sobre derechos humanos o cuando advierte que prevalecerá, en caso de diferencia o discrepancia, la norma que contenga mayores garantías o más amplio derechos para las personas.

11. Si existe esa conexión clara y rotunda --o al menos suficiente, inteligible, que no naufrague en la duda o la diversidad de interpretaciones--, y en tal virtud los instrumentos internacionales son inmediatamente aplicables en el ámbito interno, los tribunales nacionales pueden y deben llevar a cabo su propio “control de convencionalidad”. Así lo han hecho diversos órganos de la justicia interna, despejando el horizonte que se hallaba ensombrecido, inaugurando una nueva etapa de mejor protección de los seres humanos y acreditando la idea --que he reiterado-- de que la gran batalla por los derechos humanos se ganará en el ámbito interno, del que es coadyuvante o complemento, pero no sustituto, el

*internacional.”*⁴²⁸

c) Caso “Rosendo Radilla Pacheco Vs. México”

En sentencias dictadas por la Corte IDH en los años 2006 y 2007, hubo una consolidación del criterio jurisprudencial⁴²⁹. Sin embargo, lo relevante del caso en estudio es que fue el primero dictado contra México, dentro del cual se incluyó en su párrafo 114, el referido razonamiento, que a la letra dice:

*“114. En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”*⁴³⁰

d) Caso “Cabrera GARCÍA y Montiel Flores vs. México”

En éste, en la sentencia dictada se reitera jurisprudencia relativa al mecanismo en análisis, en el párrafo 225, aun cuando enfatiza que son todos los órganos del estado, incluidos sus jueces de todos los ámbitos y jerarquías, quienes están obligados, en el marco de sus respectivas competencias, a ejercer incluso de oficio, el control de convencionalidad:

“225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquél, lo cual les obliga a velar por que los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por

⁴²⁸ CORTE IDH. *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú...*ob.cit.

⁴²⁹ Además de las sentencias ya referidas del año 2006, dictadas para resolver los casos “*Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*” (párr. 124), y “*Trabajadores cesados del Congreso vs Perú*” (párr. 128), la Corte IDH también había reiterado su criterio del control difuso de convencionalidad en las sentencias dictadas en 2007, para resolver los casos “*La Cantuta Vs. Perú*”, (párr. 173), y “*Boyce y otros Vs. Barbados*” (párr. 78).

⁴³⁰ CORTE IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México...*ob. cit.

la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles están en la obligación de ejercer ex officio un “control de convencionalidad” entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.”⁴³¹

Por lo anterior, en el voto razonado que el juez *Ad-Hoc* Eduardo FERRER MAC-GREGOR pronunció en esta sentencia (importante voto que clarifica varios aspectos del control difuso de convencionalidad), no se duda en afirmar:

“24.- El ‘control difuso de convencionalidad’ convierte al juez nacional en juez interamericano: en un primer y auténtico guardián de la Convención Americana, de sus Protocolos adicionales (eventualmente de otros instrumentos internacionales) y de la jurisprudencia de la Corte-IDH que interpreta dicha normatividad. Tienen los jueces y órganos de impartición de justicia nacionales la importante misión de salvaguardar no sólo los derechos fundamentales previstos en el ámbito interno, sino también el conjunto de valores, principios y derechos humanos que el Estado ha reconocido en los instrumentos internacionales y cuyo compromiso internacional asumió. Los jueces nacionales se convierten en los primeros intérpretes de la normatividad internacional, si se considera el carácter subsidiario, complementario y coadyuvante de los órganos interamericanos con respecto a los previstos en el ámbito interno de los Estados americanos y la nueva ‘misión’ que ahora tienen para salvaguardar el corpus juris interamericano a través de este nuevo ‘control’.”⁴³²

4.3. Estatus del control de convencionalidad, previo al 2011

Preguntarse cuál era el estatus del control de convencionalidad antes de la reforma de 2011, requiere una respuesta con dos ángulos: uno aplicable a la dimensión interna del Derecho internacional de los derechos humanos, y otro aplicable a la dimensión externa de éste.

Ya antes en esta obra se dijo que el Derecho internacional en su dimensión externa, obliga al Estado frente a otros Estados, de tal manera que si aquél no cumple, estos a través de los organismos internacionales creados *expresamente*, le exigirán su responsabilidad. Mientras que en su dimensión interna, las normas pasan a formar parte integrante del Derecho interno, y los gobernados pueden acudir a los tribunales nacionales a exigirle a los gobernantes del Estado

⁴³¹ CORTE IDH. *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.

⁴³² Ídem.

que cumplan éstas. Aunque también se comentó que los tratados internacionales en materia de derechos humanos, más que obligaciones interestatales, lo que consignan son obligaciones de los Estados frente a sus gobernados.

a) En sede interna: convencionalidad subsumida en la constitucionalidad

La respuesta relativa a la dimensión interna del Derecho internacional de los derechos humanos, era en el sentido de que los tratados internacionales, una vez celebrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado, pasaban a formar parte del Derecho interno mexicano, como leyes con jerarquía infra constitucional. Esto con fundamento en el artículo 133 de la Ley Suprema. Por esta razón, el control de su regularidad debía hacerse exactamente igual a como se hacía respecto de las leyes, esto es, subsumido en el control de constitucionalidad.

Si el tratado internacional es contrario a la Constitución, la inconstitucionalidad directa de aquél puede hacerse valer, por ejemplo en una controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad, o juicio de amparo. Y esto sin duda es mero control de constitucionalidad, y no se le puede considerar bajo ninguna perspectiva como de convencionalidad.

En cambio, si una ley de jerarquía inferior, resultaba contraria al tratado internacional, entonces la “inconventionalidad” (aunque este concepto no existió sino hasta 2003, y rara vez lo utilizó la jurisprudencia mexicana entre ese año y 2011) de la ley, sí podía impugnarse a través de un medio de control de constitucionalidad, aunque haciéndose valer como inconstitucionalidad “indirecta”. Esto es, la ley no sería “directamente” contraria a un precepto de la Ley Suprema, sino directamente contraria a un tratado internacional, y por lo mismo “indirectamente” violatoria de la garantía constitucional de legalidad prevista en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna. Lo cual, bien podría considerarse como un control de convencionalidad, pero subsumido en el de constitucionalidad.

“TRATADOS INTERNACIONALES. SON NORMAS GENERALES Y, POR TANTO, SON IMPUGNABLES EN CONTROVERSLA CONSTITUCIONAL. Los tratados internacionales son normas generales, ya que reúnen las características de generalidad, permanencia y abstracción y, además, las materias enunciadas por la fracción X del artículo 89 de la

Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como propias de dichos instrumentos - autodeterminación de los pueblos, no intervención, solución pacífica de controversias, etcétera-, sólo pueden tener su expresión creadora y desarrollo lógico a través de normas generales, lo que se corrobora con lo previsto en el artículo 133 constitucional, que expresamente los coloca junto con otras normas, como la Ley Suprema de la Unión, siempre que sean acordes con la misma. En ese sentido, al tener los mencionados instrumentos internacionales la naturaleza de normas u ordenamientos generales, son susceptibles de control constitucional a través de la controversia que establece la fracción I del artículo 105 constitucional, que aunque no incluye de modo explícito entre los actos impugnables a la especie "tratados", sí menciona expresamente como actos sometidos a su control a las "disposiciones generales" que es el género, como se infiere de los incisos h), i), j) y k) de dicha fracción, además de que ese alcance se halla implícito en los demás incisos, donde no se excluyen más actos que los que corresponden a la materia electoral; aunado a que en el penúltimo párrafo de la mencionada fracción I, al señalar los efectos de la sentencia de invalidez se parte del supuesto de que la controversia constitucional procede en contra de disposiciones generales, que comprenden a los tratados.”⁴³³

“TRATADO INTERNACIONAL, INCOMPETENCIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA PARA CONOCER DEL RECURSO DE REVISION CUANDO SE TRATA DE UN PROBLEMA DE OPOSICION ENTRE UNA LEY Y UN (CONVENIO DE PARIS Y LEY DE INVENCIONES Y MARCAS). Si el problema a resolver en la segunda instancia se refiere a la contradicción que, según la quejosa, existe entre la Ley de Invenciones y Marcas y el Convenio de París para la Protección de la Propiedad Industrial, se impone concluir que no se está ante un problema de inconstitucionalidad de leyes propiamente dicho, sino de oposición de leyes que compete conocer en revisión a un Tribunal Colegiado, no obstante que se aduzca violación a los artículos 14 y 16 constitucionales, pues ello debe entenderse, en todo caso, como una violación en vía de consecuencia. Por tanto, si no se reclama una violación directa a la Constitución, es evidente que este Tribunal Pleno resulta incompetente para conocer del recurso de que se trata.”⁴³⁴

En relación con este punto es ilustrativo el caso de la Acción de Inconstitucionalidad 22/2009, que promovió la Comisión Nacional de los Derechos Humanos para impugnar la reforma al Código de Comercio que suprimía el recuso de apelación en ciertos juicios mercantiles. En su opinión, esta reforma legal era inconvenional porque violaba el derecho humano a la doble instancia previsto en la Convención Americana. Caso que fue resuelto por la SCJN, diciendo que ni siquiera la CNDH puede hacer valer la inconvenionalidad de una ley, utilizando para esto vías procesales que son sólo para el control de constitucionalidad.

⁴³³ Tesis de Jurisprudencia P./J. 84/2004. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XX, Septiembre de 2004, p. 1258. Registro 180432.

⁴³⁴ Tesis de Jurisprudencia. Pleno de la SCJN. Séptima Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Volumen 199-204 Primera Parte, p. 149. Registro 232200.

En opinión de la Suprema Corte, si la CNDH quería hacer valer la inconstitucionalidad “indirecta” de la citada reforma al Código de Comercio, por ser contraria a un tratado internacional, entonces debió hacer valer como agravio la violación a la garantía constitucional de legalidad prevista en los artículos 14 y 16 de la Carta Magna. Y si lo que la CNDH quería era impugnar directamente la inconventionalidad de esa reforma, entonces debió haberse promovido ante las instancias del Sistema Interamericano de Derechos Humanos.

“ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD PROMOVIDA POR UN ORGANISMO DE PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. EN LA DEMANDA RESPECTIVA PUEDEN PLANTEARSE VIOLACIONES AL PRINCIPIO DE LEGALIDAD Y, POR ENDE, LA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DE UNA LEY POR CONTRAVENIR LO ESTABLECIDO EN UN TRATADO INTERNACIONAL SOBRE DERECHOS HUMANOS (LEGISLACIÓN VIGENTE HASTA EL 10 DE JUNIO DE 2011). Si bien es cierto que el artículo 105, fracción II, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que las acciones de inconstitucionalidad tienen por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y la Ley Suprema, lo que implica que se promueven para preservar de modo directo y único la supremacía constitucional, por lo que sólo los derechos fundamentales previstos por la Constitución pueden servir de parámetro de control en las acciones de inconstitucionalidad promovidas por los organismos de protección de los derechos humanos, también lo es que, al no existir un catálogo de derechos fundamentales tutelados por la Constitución General de la República a los que deban ceñirse dichos organismos al promover acciones de inconstitucionalidad, todos los derechos fundamentales expresados en la Constitución pueden invocarse como violados, sin que proceda hacer clasificaciones o exclusiones de derechos susceptibles de tutelarse por esta vía, de modo que los organismos de protección de los derechos humanos también pueden denunciar violaciones al principio de legalidad contenido en los artículos 14 y 16 constitucionales, con lo que es dable construir un argumento de violación constitucional por incompatibilidad de una norma con un tratado internacional sobre derechos humanos.”⁴³⁵

Así, la doctrina jurisprudencial prevaleciente hasta el 2011, disponía que:

- La inconventionalidad de una norma general de derecho interno, sólo puede hacerse valer como tal, esto es, como norma inconventional, ante la Comisión IDH y la Corte IDH,

⁴³⁵ Tesis de Jurisprudencia P./J. 31/2011. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXIV, Agosto de 2011, p. 870. Registro 161410.

- Que ante los tribunales federales con competencia para ejercer control de constitucionalidad, puede llegar a hacerse, aunque sólo por la vía de la garantía constitucional de legalidad, un control de convencionalidad “subsumido”, y
- Que los tribunales nacionales sin atribuciones de control de constitucionalidad, esto es, los tribunales federales autónomos y los locales y municipales, no podrían hacer control de convencionalidad, ni de manera directa ni indirecta.

Esta doctrina jurisprudencial también tuvo su caso de excepción o precedente disruptivo. Tal fue el caso “Hank Rhon”, que la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación resolvió en julio de 2007⁴³⁶. Este Tribunal Electoral en opinión de la Suprema Corte, carecía de facultades de control de constitucionalidad⁴³⁷, pero para evadir esta prohibición, lo que aquél hizo fue ejercer de oficio el control de convencionalidad, para desaplicar la norma legal de Baja California, que prohibía el “chapulíneo”, consistente en abandonar un cargo de elección popular para postularse por otro. Esto es, dicha norma volvía inelegible a un alcalde para postularse para gobernador, hasta que no concluyera el periodo de la alcaldía para la cual había sido electo; lo cual el Tribunal Electoral federal consideró contrario al derecho humano político a ser votado, pues se trataba de una restricción que no estaba autorizada por la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

b) En sede externa: convencionalidad formalmente excluida de constitucionalidad

Como ya se puntualizó, hasta antes de los cambios del 2011, se determinaba que el control de convencionalidad en cuanto tal, y no subsumido en el control de constitucionalidad, sólo podía hacerse valer en sede externa, esto es, ante la Comisión IDH y la Corte IDH.

Ahora bien, el control de convencionalidad en sede externa, formalmente debe considerarse como excluyente del de constitucionalidad, en la medida en que aquél sólo tutela la vigencia de la Convención y demás tratados americanos, frente a normas generales internas

⁴³⁶ Juicio Para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano. Expediente SUP-JDC-695/2007. Actor Jorge Hank Rhon. Tribunal de Justicia Electoral del Estado de Baja California.

⁴³⁷ La Corte había consolidado la tesis de jurisprudencia con rubro “TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. CARECE DE COMPETENCIA PARA PRONUNCIARSE SOBRE INCONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.” Tesis de Jurisprudencia P./J. 23/2002. Pleno de la SCJN. Novena Época. Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Tomo XXXI, Enero de 2010, p. 22. Registro 165367.

que la contradigan, pero sin pronunciarse en ningún caso, sobre la conformidad de éstas con su respectiva Constitución nacional.

Lo anterior, toda vez que el artículo 62.1 de la Convención Americana, expresamente prevé que la Corte IDH tiene competencia “*sobre todos los casos relativos a la interpretación o aplicación de esta Convención*”. La referida Corte internacional en diversos casos ha manifestado que en ejercicio de su competencia, puede declarar si una norma de Derecho interno, se apega o no a aquélla, esto es, si es o no convencional; pero que carece de competencia para examinar si una norma de Derecho interno es o no constitucional, por ser conforme o no, con su respectiva Constitución nacional.

Tal es el caso de “Castañeda Gutman Vs. México”, sentenciado el 6 de agosto de 2008, la Corte IDH analizó si el artículo 175 del Código Electoral Federal que establece la exclusividad de los partidos políticos para presentar candidaturas a los cargos de elección popular en el ámbito federal, violaba o no el artículo 23 de la Convención Americana, el cual prevé que el ejercicio de los derechos humanos políticos, incluyendo el derecho al voto pasivo, puede ser reglamentado por la ley, pero “*exclusivamente por razones de edad, nacionalidad, residencia, idioma, instrucción, capacidad civil o mental, o condena, por juez competente, en proceso penal.*” Sin que la Corte IDH haya hecho pronunciamiento alguno en el sentido de si el referido precepto 175 del COFIPE era o no conforme con la Constitución mexicana, ya que a la Corte IDH sólo le compete el control de convencionalidad, pero no el de constitucionalidad⁴³⁸.

Lo anterior, sin perjuicio de que en el mismo caso, la Corte IDH resolvió que México sí incumplía con los artículos 1.1, 2 y 25 de la Convención, toda vez que en su Derecho interno, no se preveía un recurso efectivo a través del cual un ciudadano pueda defender sus derechos políticos establecidos en aquélla, frente a normas que lo contraríen⁴³⁹.

⁴³⁸ La conclusión de la Corte IDH fue en el sentido de que, el artículo 175 del COFIPE no violaba la Convención Americana pues “*ambos sistemas, uno construido sobre la base exclusivamente de partidos políticos, y otro que admite también candidaturas independientes, pueden ser compatibles con la Convención y, por lo tanto, la decisión de cuál sistema escoger está en las manos de la definición política que haga el Estado, de acuerdo con sus normas constitucionales.*” CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184. párr. 204.

⁴³⁹ CORTE IDH. *Caso Castañeda Gutman Vs. México*...ob.cit. párrs. 132 y 133.

Pero aunque la Corte IDH ha sido cuidadosa en no exceder su competencia, más allá de los límites estrictos del control de convencionalidad, resulta interesante reflexionar si el que ejerce la Corte IDH, no implica de alguna forma ejercer un control de constitucionalidad subsumido. Y esto, entre otras cosas, porque ésta ha sostenido en diversos precedentes, que todo estado parte de la Convención “*ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención*”⁴⁴⁰, pues “*cuando un Estado ha celebrado un convenio internacional, debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar la ejecución de las obligaciones internacionales asumidas*”⁴⁴¹.

4.4. El control de convencionalidad después del 2011: subsumido al de constitucionalidad

El control de convencionalidad después del 2011, básicamente ha quedado subsumido al control de constitucionalidad, por dos razones: porque sólo puede ser ejercido en grado de desaplicación o control difuso por vía incidental, por aquellos jueces nacionales que tengan atribuciones para ejercer el control difuso de constitucionalidad; y porque en ningún caso puede declararse la inconvencionalidad de una norma que sea conforme con la Constitución, esto es, así la inconvencionalidad de una norma, siempre coincidirá con la inconstitucionalidad de la misma.

Por cuanto hace a las facultades de los jueces nacionales para garantizar la convencionalidad, cabe decir que la Corte IDH al formular la doctrina jurisprudencial del control difuso de convencionalidad, ha sido muy cuidadosa en precisar que esta jurisprudencia no es fundamento expreso de atribuciones judiciales de aquél, sino que los juzgadores que ya tengan estas atribuciones deberán ejercerlas salvaguardando también el Derecho internacional de los derechos humanos.

⁴⁴⁰ Véase CORTE IDH. *Caso “La Última Tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73. párr. 87; CORTE IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162. párr. 171; y CORTE IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166. párr. 79.

⁴⁴¹ Véase CORTE IDH. *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39. párr. 68; CORTE IDH. *Caso La Cantuta Vs. Perú*...ob.cit. párr. 170; y CORTE IDH. *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*...ob. cit. párr. 55.

La sentencia dictada por la Corte IDH en el caso “Rosendo Radilla Vs. México”, en su párrafo 114, expresa:

“114.- En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un “control de convencionalidad” ex officio entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana⁴⁴².”

Y si para el ejercicio del control difuso de convencionalidad en forma autónoma, no existe atribución judicial expresa; y en cambio, lo que la Corte IDH ordena es que aquellos jueces con facultades, lo ejerzan salvaguardando también los derechos humanos convencionales; la única conclusión posible para la perspectiva “soberanista”, es que lo pueden ejercer los juzgadores mexicanos, sólo subsumido en el control difuso de constitucionalidad.

Hay países latinoamericanos como Colombia, en donde el control de constitucionalidad se ejerce de manera concentrada. Los jueces ordinarios no tienen atribuciones de control difuso de constitucionalidad, y en la medida en que no lo tienen, tampoco podrán ejercerlo, porque – se insiste – éste sólo puede hacerse subsumido a aquél.

En México, a partir de 2011, todos los juzgadores deben ejercer el control difuso de constitucionalidad, y sólo en razón de que esta primera condición está cumplida, entonces también debe ejercer el control difuso de convencionalidad.

Y por cuanto hace al aspecto sustantivo del control de convencionalidad, una de las pocas posibilidades en que éste puede ejercerse sin ser conforme con el control de constitucionalidad, es cuando se declara la inconvencionalidad de un artículo de la propia Constitución. Sin embargo, en México esto no es posible que lo declare un juzgador nacional,

⁴⁴² CORTE IDH. *Caso Radilla Pacheco Vs. México*...ob. cit.

toda vez que la Suprema Corte ha establecido que ninguno de éstos tiene atribuciones para resolver que algún precepto de la Constitución sea inconstitucional o inconvencional.

CONCLUSIONES

1. El constitucionalismo moderno o neoconstitucionalismo en sentido amplio, es la perspectiva dominante para entender intelectualmente al Derecho. El neoconstitucionalismo se compone a su vez de dos perspectivas teóricas: el “constitucionalismo argumentativo o principalista” y el “constitucionalismo normativo o garantista”.
2. El “constitucionalismo principalista” considera a los derechos humanos como principios inherentes a la naturaleza humana. El “constitucionalismo normativo o garantista” los considera como normas jurídicas que son enteramente de producción humana.
3. El constitucionalismo principalista es el neoconstitucionalismo en sentido restringido y puede denominarse también de las siguientes maneras: constitucionalismo argumentativo, constitucionalismo iusnaturalista o neo-iusnaturalista, constitucionalismo moral, o simplemente principalismo.
4. El constitucionalismo garantista también es conocido como constitucionalismo positivista o neo-positivista, constitucionalismo normativo, constitucionalismo semántico, o simplemente garantismo.
5. Son tres los rasgos que caracterizan al neoconstitucionalismo o constitucionalismo principalista:
 - a. Considera que los imperativos morales han sido incorporados al Derecho, y no de manera fraccionada sino con toda su extensión objetiva y de carácter universal;
 - b. Parte de que los derechos humanos o derechos fundamentales, aunque sean incorporados al Derecho y por regla general a la Constitución; sin embargo, no deben aplicarse como reglas que se cumplen o se incumplen del todo, sino que deben considerarse y aplicarse como principios o mandatos de optimización

- que pueden cumplirse no en términos absolutos, sino parcialmente y sin que esto implique su derogación o inobservancia; y,
- c. Afirma que los principios en la medida en que no deben ser aplicados en términos absolutos, sino armonizados con los demás, por lo tanto deben ser objeto de una ponderación por parte de los operadores jurídicos, a efecto de que las colisiones entre ellos no se traduzcan en restricciones injustificadas para alguno de ellos.
6. El constitucionalismo normativo o garantista, por su parte, es una renovación o actualización del tradicional positivismo jurídico. De entre los rasgos que caracterizan al constitucionalismo normativo, se encuentran los siguientes:
- a. Considera que los derechos fundamentales o principios previstos en la Constitución, ciertamente que condicionan la validez de los contenidos de las normas jurídicas infra constitucionales, en la medida en que el contenido de éstas debe ser conforme con el contenido de aquéllas;
 - b. Considera que los referidos derechos o principios constitucionales son normas positivas creadas por el legislador;
 - c. Mantiene firme la separación entre el Derecho y la Moral;
 - d. Parte de que los principios incorporados a la Constitución, deben considerarse como normas jurídicas que deben ser objeto de aplicación vía subsunción y no a través de la ponderación; y,
 - e. Encuentra en la ley creada por el legislador la fuente de legitimación de la jurisdicción, misma que es más legítima cuanto más cognoscitiva y no discrecional.
7. Iuspositivismo es la teoría jurídica que considera como “Derecho” a todo el Derecho positivo producido por el hombre. En cambio, el iusnaturalismo es la teoría que considera como “Derecho” sólo a las normas jurídicas que son conformes con ciertos imperativos inherentes a la naturaleza humana, a la naturaleza de las cosas o a los designios de la divinidad. Los iuspositivistas consideran que en la definición del Derecho no debe incidir ninguna consideración valorativa, lo que implica sobre todo su opinión en el sentido de que el Derecho y la Moral son órdenes normativos autónomos. Los iusnaturalistas en cambio consideran que el Derecho para ser existente y válido, debe ser conforme con los postulados de la Moral, de tal manera que Moral y

Derecho no pueden desvincularse: el Derecho se integra por prescripciones o principios de valor moral, que existen con independencia de que las autoridades los incorporen en el Derecho positivo, y que son de carácter universal, objetivo, y cognoscibles a través de la razón humana. Por esto, para los iusnaturalistas cabe considerar que el Derecho se encuentra producido o determinado de manera completa por el orden natural, al menos en el nivel superior de los principios, aunque éste siga siendo determinable en el nivel operativo de las reglas.

8. El principalismo como directiva teórica, implica concebir a los derechos humanos como principios de carácter predominantemente ético; cuya interpretación y aplicación debe hacerse vía ponderación. En cambio, adoptar al normativismo como parámetro teórico de comprensión, equivale a afirmar que los derechos humanos son normas positivas creadas por el legislador que se deben interpretar desentrañando o descubriendo la que haya sido la voluntad de la autoridad que los produjo; y que se deben aplicar vía subsunción.
9. En materia de interpretación jurídica hay dos grandes perspectivas teóricas: la de los “objetivistas” o teoría cognitiva, para quienes interpretar significa el descubrimiento de un significado que es objetivo, pues no depende de la voluntad del sujeto que interpreta, y que está encapsulado en la norma o principio esperando ser desentrañado; y la de los “subjetivistas” quienes opinan que a través de la interpretación el intérprete asigna a la norma un significado que originalmente no estaba en ésta, sino en la cabeza del intérprete. Tanto los principalistas como los garantistas o normativistas se inscriben dentro de los objetivistas; pues ambos coinciden en que no es el aplicador del Derecho, quien crea éste, sino que el Derecho se encuentra determinado por el legislador o la naturaleza o la voluntad divina; y al intérprete corresponde en todo caso descubrir y presentar ese dato objetivo.
10. Para el dualismo el Derecho internacional y el Derecho nacional forman dos sistemas jurídicos autónomos, y las normas de aquél no serán obligatorias en el régimen interno de un país y exigibles ante sus tribunales nacionales, sino hasta que siguiendo los procesos legislativos correspondientes, sean incorporadas como contenido de las normas jurídicas del Derecho nacional. Desde este punto de vista el Derecho interno y el Derecho internacional son enteramente distintos, toda vez que tienen diversas

fuentes, sujetos obligados, jurisdicción y tribunales competentes, además de que no comparte el mismo grado de coercibilidad.

11. Para el monismo, en cambio, el Derecho internacional y el Derecho nacional forman un solo sistema jurídico, pues si las normas de ambos fueron válidamente producidas y deben regir sobre el mismo territorio, entonces es inconsistente hablar de dos Derechos, pues se trata de uno solo. Aunque frente a los conflictos entre normas nacionales y normas de fuente internacional, el monismo no tiene una respuesta unánime, sino que se divide en dos modalidades: el monismo internacional que propone la supremacía de la norma internacional sobre la nacional, y el monismo nacional que propone la prevalencia de la norma nacional sobre la de fuente internacional.
12. México, hasta antes de la reforma de 2001, siempre ha consignado en su Constitución, una clausula de incorporación o recepción de tratados internacionales, de tipo monista interno o supra legal. Esto es, una clausula constitucional que a los tratados internacionales los incorpora al derecho interno dándoles preminencia sobre las leyes, pero no sobre la Constitución.
13. Para la teoría dualista, las principales consecuencias de la separación que se plantea entre Derecho internacional y Derecho interno, son las siguientes:
 - a. Las normas jurídicas de uno de estos ámbitos, no pueden determinar la validez de las normas del otro orden;
 - b. Es imposible que existan los conflictos entre normas pertenecientes a los diversos ámbitos internacional e interno; y,
 - c. Para que una norma del ámbito internacional sea obligatoria en el ámbito interno, requiere ser incorporada o transformada en una norma de Derecho interno.
14. Para el monismo, las principales consecuencias de la consideración del Derecho internacional y el Derecho interno como uno solo son las siguientes:
 - a. Debe reconocerse el carácter plenamente jurídico y válido de ambos Derechos;
 - b. Los conflictos normativos que surjan entre normas del Derecho internacional y normas del Derecho interno, deberán ser resueltos aplicando los criterios vigentes de resolución de antinomias, aplicables a otros conflictos entre normas surgidos dentro del mismo sistema jurídico.

15. La nueva directiva de interpretación *pro persona*, en ciertos casos puede ser antagónica particularmente con la tradicional directiva de interpretación de supremacía constitucional.
16. Las antinomias pueden dividirse en dos grandes grupos: las aparentes y las reales. La antinomia será aparente cuando la oposición o conflicto entre normas, pueda resolverse dándole a una de ellas una interpretación que resulte conforme con la otra. La antinomia será real cuando la contradicción entre las normas en conflicto no puede resolverse a través de la interpretación conforme. Esto es, cuando la oposición o conflicto entre normas sea auténtico pues obedecer una de esas normas implique desobedecer la otra. Tratándose de antinomias reales el conflicto normativo sólo pueda ser resuelto declarando para una de las normas, su desaplicación, o su nulidad o expulsión del orden jurídico.
17. En México hasta antes de la reforma constitucional de derechos humanos de 2011, las antinomias eran resueltas con base en los que se consideran los criterios tradicionales de solución de conflictos normativos: el criterio jerárquico (*lex superior derogat legi inferiori*); el criterio cronológico (*lex posterior derogat legi priori*) y; el criterio de especialidad (*lex specialis derogat legi generali*). A partir de la citada reforma de 2011, se agregó un criterio más: el principio *pro persona*.
18. El principio *pro persona* se trata de un criterio que atiende al contenido sustantivo de las normas en conflicto. Este principio desempeña una función como criterio de resolución de antinomias, pero su relevancia excede esto, hasta el punto de que puede llegar a constituir una directiva teórica que condicione la interpretación, aplicación y validación de las normas relativas a derechos humanos.
19. El principio *pro persona* puede ser utilizado en distintos contextos, o cumpliendo diversas funciones:
 - a. Como principio de interpretación, para preferir la interpretación más favorable de una norma;
 - b. Como principio de aplicación, para preferir entre dos normas válidas, la aplicación de la más protectora; y,
 - c. Como principio de validación, para validar la norma más favorable e invalidar la menos favorable.

20. La estructuración jerárquica de los sistemas jurídicos es uno de los principios básicos de la teoría moderna del Derecho. Con base en ésta, los sistemas jurídicos no son sistemas de normas caóticos, sino que se encuentran ordenado con base en relaciones de dependencia, determinadas en buena medida, por el distinto nivel jerárquico en el que los ordenamientos que lo componen se encuentran.
21. Son tres los criterios que suelen ser utilizados para determinar el nivel jerárquico que le corresponde a un ordenamiento específico:
- a. El órgano que crea la norma;
 - b. La derogabilidad normativa;
 - c. La fundamentación de la validez normativa.
22. La supremacía constitucional como principio surge a la par de la transición de Estado Legal de Derecho a Estado Constitucional de Derecho. En éste ya no es simplemente la Constitución la que da validez al sistema en un aspecto meramente formal, sino que los principios y derechos fundamentales contenidos en ella, y su valor intrínseco, constituyen una supremacía que se extiende por encima de las jerarquías normativas o los ámbitos de competencia. Así, la estructuración jerárquica del ordenamiento jurídico no desaparece por completo, sin embargo sí cambia la integración del bloque normativo que se ubica en la cúspide de aquél, la cual estará ocupada ahora por el bloque de derechos humanos, integrado por las normas relativas a derechos humanos consignadas en la Constitución y los tratados internacionales.
23. Pero desde un punto de vista antagónico al anterior, es indudable que el principio *pro persona* relativo a los derechos humanos, sí puede llegar a ser antagónico o contradictorio con el principio de supremacía constitucional. Por ejemplo, cuando es la Constitución la que consigna una norma que restringe un derecho humano, y es la ley secundaria o de menor jerarquía la que consigna una norma que protege en forma más favorable o amplía ese mismo derecho humanos que la Constitución restringe.
24. El antagonismo entre los principios *pro persona* y de supremacía constitucional, no tienen tanto que ver con el debate sobre si debe prevalecer el Derecho interno soberano sobre el Derecho internacional de los derechos humanos, o viceversa. Éste antagonismo más bien surge cuando desde la perspectiva *pro persona* se defiende que el principio *pro persona* puede desempeñar integralmente las tres funciones como a) principio de interpretación normativa; b) principio de aplicación normativa; y c)

principio de validación normativa. Mientras que desde la perspectiva supremacista se considera que el principio *pro persona* sólo puede cumplir las dos primeras funciones de manera completa, pero no la tercera, pues no puede actuar como principio de validación en aquellos casos en que colisione con el principio de supremacía constitucional.

25. Si se parte de que en México, aún después de la reforma de 2011, los derechos humanos deben entenderse inscritos en un federalismo distributivo de competencias diferenciadas, entonces deberá considerarse que el control judicial difuso ha sido autorizado como una excepción, y por lo tanto no podrá tener más extensión que la expresamente autorizada por la norma constitucional. Consecuentemente, no habría obstáculo para limitar a todos los jueces nacionales para que ejerzan el control difuso, pero sólo en la modalidad de control incidental, esto es, sólo desaplicando al caso concreto, las normas generales que sean consideradas inconstitucionales. Permaneciendo vedado a los jueces locales, ejercer el control difuso de constitucionalidad por vía de acción, esto es, en la modalidad de resolver la nulidad o expulsión de la norma local por ser contraria a los derechos humanos previstos en la Constitución federal, ya sea con efectos relativos para las partes litigantes o con efectos generales o *erga omnes*.
26. Si se acepta que el Derecho de los derechos humanos, es una rama del Derecho positivo que trasciende a los diversos órdenes normativos o de gobierno (constitucional, federal, local, municipal y del Distrito Federal) porque es común a todos ellos, y que las autoridades jurisdiccionales de todos los ordenes de gobierno tienen la atribución coincidente o convergente de hacer valer los derechos humanos – no sólo los previstos en su respectivo ámbito normativo, sino también los previstos en la Constitución federal y en los tratados internacionales-, entonces dicha competencia jurisdiccional coincidente sólo puede entenderse inscrita en un federalismo cooperativo o de competencias compartidas.
27. Antes de las reformas de 2011, las facultades de legislar y juzgar normas jurídicas relativas a derechos humanos, se entendían:
 - a. Inmersas en un federalismo integrado por diversos ámbitos normativos y de gobierno, u órdenes jurídicos (constitucional, federal, estatal o local, del Distrito Federal, y municipal), cada uno de los cuales tenía facultades

legislativas y jurisdiccionales por regla general excluyentes a las de los demás ámbitos.

- b. Por regla general concomitantes por ámbito normativo, en el sentido de que las facultades legislativas y jurisdiccionales sobre una determinada materia, se correspondían la una a la otra, por ámbito. Y esto por dos razones: porque había una correspondencia originaria y por la asignación expresa de las competencias.

28. Hasta 2011, la noción de los ámbitos normativos diferenciados y por regla general excluyentes entre sí, fue un elemento o presupuesto determinante para el modelo mexicano de control de constitucionalidad y de convencionalidad en materia de derechos humanos, básicamente por lo siguiente:

- a. Porque se entendía que la facultad de producir normas jurídicas relativas a derechos humanos, correspondía de manera diferenciada y excluyente a los órganos legislativos de los referidos ámbitos normativos.
- b. Y porque también se entendía que las facultades jurisdiccionales para garantizar la vigencia de las normas jurídicas relativas a derechos humanos, correspondían de manera natural sólo a los órganos judiciales pertenecientes al mismo ámbito normativo de origen de éstas.

29. En consecuencia, en lo concerniente al tema de los derechos humanos, entonces denominado como “Garantías Individuales”, que comprendían todo el capítulo dogmático de la Constitución, estos eran indudablemente Derecho constitucional, producido por el legislador Constituyente, y por esta razón, debía entenderse que se trataba de un Derecho excluido de la competencia legislativa de los Congresos federales y locales.

30. Juzgar sobre los derechos humanos pertenecientes al ámbito constitucional, esto es, las antes denominadas “Garantías Individuales”, hasta el año 2011, era competencia única y exclusiva de los tribunales integrantes del Poder Judicial de la Federación. De tal manera que salvaguardarlos, le estaba prohibido a los de tribunales federales autónomos, así como a los de tribunales locales y municipales.

31. A partir de la reforma de junio de 2011, y a partir de una nueva tendencia a incrementar las leyes generales o competencias concurrentes que trascienden o borran las fronteras competenciales particularmente entre los ámbitos federal y local se ha

vitalizado una nueva perspectiva teórica: la del federalismo cooperativo o de competencias coincidentes.

32. Existe ahora una nueva noción que propone que los tres referidos sistemas de control (de constitucionalidad, de convencionalidad, y de constitucionalidad local), convergen en la defensa de un denominado “bloque” en el que se mezclan todas las normas relativas a derechos humanos previstas tanto en las Constituciones federal como locales, así como en los tratados internacionales, e incluso previstas en cualquier otra norma de jerarquía secundaria.
33. Dentro del “bloque” los conflictos aparentes entre normas, se resuelven atendiendo al principio de interpretación *pro-homine*, esto es, que se solucionen no en favor de la norma de mayor jerarquía, sino a favor de la de mayor primacía. Considerándose como norma de mayor primacía aquella que favorece a las personas la protección más amplia de sus derechos humanos. Así, los sistemas de control de constitucionalidad, de convencionalidad, y de constitucionalidad local, además de converger entre sí, ahora son para garantizar no la jerarquía, sino la primacía normativa.
34. Desde una perspectiva de federalismo cooperativo, no existe obstáculo para que la competencia jurisdiccional que antes correspondía de modo exclusivo al Poder Judicial de la Federación para ejercer el control de constitucionalidad, también la pueda ejercer los juzgadores locales ya sea de manera totalmente coincidente, o solo parcialmente coincidente, y tampoco existe impedimento para considerar que la competencia que antes correspondía sólo a la Corte IDH para ejercer el control de convencionalidad, se pueda compartir en cierto grado con todos los juzgadores nacionales.
35. Desde la perspectiva del federalismo distributivo, los cambios introducidos en el 2011, no deben considerarse en modo alguno como refundacionales, sino acotados, a partir de los cuales las facultades para legislar y juzgar normas jurídicas de derechos humanos, deben entenderse:
 - a. Inmersas en un federalismo todavía predominantemente integrado por ámbitos normativos diferenciados, pero con tendencia a aumentar las facultades coincidentes entre ellos.
 - b. Y en apego a este federalismo, no cambian las facultades diferenciadas de los legisladores constitucional, federal, estatal, del Distrito Federal y municipal, para producir normas jurídicas en materia de derechos humanos; cada uno de

ellos sólo podrá producir, respectivamente, Derecho constitucional, Derecho federal, Derecho estatal, Derecho del Distrito Federal, y Derecho municipal. Siendo inadmisibles considerar que las competencias legislativas en materia de derechos humanos, hayan dejado de ser diversas por ámbito normativo, o que las fronteras entre los distintos Derechos constitucional, federal, etc., se hayan borrado, para fusionarse todas en una sola competencia legislativa en dicha materia, que produce un solo y transversal Derecho de los derechos humanos.

36. La perspectiva del federalismo distributivo sí admite que cambian y se tornan coincidentes, las facultades jurisdiccionales sobre derechos humanos. Así, cada una de las jurisdicciones federal, local, del D.F., debe tutelar de manera completa su respectivo Derecho de los derechos humanos, y además el constitucional de los derechos humanos, el derecho internacional y los demás que integren el “bloque” de derechos humanos, pero esto con fundamento en atribuciones procesales expresas, y no por razones de concomitancia sustantiva.
37. Así, desde la perspectiva del federalismo distributivo, lo que hizo la reforma de 2011 fue agregar sólo una excepción más a la regla general de que son excluyentes entre sí las facultades jurisdiccionales, de los tribunales de los diversos órdenes jurídicos y de gobierno. Esta nueva excepción es la facultad coincidente que ahora tienen por igual todos los juzgadores nacionales para ejercer el control difuso de constitucionalidad, lo que los autoriza a desaplicar cualquier norma general que sea contraria a las de los derechos humanos previstas en la Constitución y en los tratados internacionales.
38. Sin embargo, para el federalismo distributivo, las atribuciones de defensa o tutela que puede tener, por ejemplo la jurisdicción local respecto de las normas jurídicas relativas a derechos humanos provenientes del ámbito normativo constitucional o de los tratados internacionales, son única y exclusivamente en materia de control difuso por vía incidental, sin que puedan ser extendidas al control directo o por vía de acción.
39. El federalismo distributivo considera que las reformas de 2011 en nada impactan en el tema de facultades para legislar en materia de derechos humanos. Cada ámbito normativo sigue teniendo como límite la conformidad de la norma elaborada con aquellas otras pertenecientes a ámbitos normativos de jerarquía superior.
40. Para el federalismo cooperativo las reformas de 2011 provocaron un gran cambio, un nuevo paradigma para el ordenamiento jurídico mexicano. Cambio según el cual las

facultades para legislar y juzgar normas jurídicas relativas a derechos humanos, habría que entenderlas ahora de la siguiente forma:

- a. Inmersas en un federalismo, pero en uno cooperativo, en donde legislar y juzgar normas de derechos humanos, serían mayormente facultades coincidentes, que podrían ejercer las autoridades legislativas y judiciales de los diversos órdenes jurídicos que integran el federalismo mexicano.
- b. Concomitantes por materia, trascendiendo las fronteras de las esferas normativas.

41. Para el federalismo cooperativo no existe problema en aceptar que se ha ampliado el sistema de fuentes de los derechos humanos porque antes la Constitución “otorgaba” los derechos en ella reconocidos a las personas que se encontraran en territorio mexicano. Sin embargo, a partir de la reforma constitucional de derechos humanos, esos no son “otorgados”, sino “reconocidos”. Pero además porque en la medida en que la Constitución establece que ella sólo “reconoce” derechos preexistentes, implica necesariamente aceptar que las fuentes de las que emanan dichos derechos pueden ser distintas a aquélla. Así, los derechos humanos dejan de tener como fuente casi exclusiva a las normas de la Constitución, y en cambio pasan a ser derechos que emanan de fuentes diversas, e incluso ultra nacionales. Ya no son creación de un único legislador, ni creación endógena del universo jurídico nacional, sino que derivan de un “pluriverso”, esto es, de la interacción, cooperación y diálogo de diversos universos jurídicos. Todos los cuales aportan normas relativas a derechos humanos que en conjunto se integran en un solo bloque normativo.

42. Desde la directiva del federalismo cooperativo, otro de los cambios significativos es la redistribución competencial entre autoridades jurisdiccionales en la defensa de los derechos humanos. Con base en ella, “todas” las autoridades en el ámbito de sus respectivas competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Se trata pues de obligaciones que aplican a todas las autoridades y en todos los niveles de gobierno, quedando incluidas, por lo tanto, las autoridades jurisdiccionales tanto estatales como federales. Así, desde esta perspectiva, a partir de la reforma todos los jueces mexicanos, de todas las

materias y niveles, se convierten en jueces de derechos, en tanto que en el ámbito de sus competencias materiales deben velar por la protección de los derechos humanos.

43. El control de convencionalidad es el sistema de garantías de carácter procesal, que asegura la conformidad entre el Derecho interno de un país y el internacional de los derechos humanos que a éste le resulta obligatorio. De ello se infiere una doble protección: una sustantiva consistente en que los derechos humanos reconocidos en la Convención Americana sobre Derechos Humanos complementan los derechos fundamentales consagrados en las Constituciones de los Estados; y una de protección procesal según la cual se configura un sistema con órganos internacionales competentes, la Corte Interamericana y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos, coadyuvantes de las Cortes, los tribunales y jueces internos de los Estados.
44. El control de convencionalidad es una construcción jurisprudencial que la Corte IDH ha venido consolidando en diversas sentencias y opiniones consultivas que atiende a un ejercicio de verificación de compatibilidad entre normas internas e internacionales, buscando la solución más favorable a la protección de los derechos humanos.
45. Además de estos precedentes del Sistema Interamericano, el control difuso de convencionalidad encuentra también sus raíces en México en el artículo 1º de la Constitución, que establece la obligación de interpretación conforme entre normas nacionales e internacionales de derechos humanos.
46. Aunado a lo anterior, la Suprema Corte de Justicia de la Nación en diversas tesis emitidas a partir del asunto Varios 912/2010, ha establecido que todos los jueces mexicanos deben hacer un control de convencionalidad.
47. El estatus del control de convencionalidad antes de la reforma de 2011 puede ser analizado desde dos ángulos: uno que parte de la dimensión interna del Derecho internacional de los derechos humanos, y otro que surge de la dimensión externa de éste.
48. Según la dimensión interna del Derecho internacional de los derechos humanos, el estatus del control de convencionalidad antes de la reforma de 2011 era en el sentido de que los tratados internacionales, una vez celebrados por el Presidente de la República con aprobación del Senado, pasaban a formar parte del Derecho interno mexicano, como leyes con jerarquía infra constitucional. Esto con fundamento en el artículo 133 de la Ley Suprema. Por esta razón, el control de su regularidad debía

hacerse exactamente igual a como se hacía respecto de las leyes, esto es, subsumido en el control de constitucionalidad.

49. Según la dimensión externa del Derecho, antes de la reforma de 2011 el control de convencionalidad debe considerarse como excluyente del de constitucionalidad, en la medida en que aquél sólo tutela la vigencia de la Convención y demás tratados americanos, frente a normas generales internas que la contradigan, pero sin pronunciarse en ningún caso, sobre la conformidad de éstas con su respectiva Constitución nacional. El control de convencionalidad en su dimensión externa, sólo podía hacerse valer en sede externa, esto es, ante la Comisión IDH y la Corte IDH.
50. Después de la reforma de 2011, el control de convencionalidad ha quedado subsumido al control de constitucionalidad, por dos razones:
 - a. Porque sólo puede ser ejercido en grado de desaplicación o control difuso por vía incidental, por aquellos jueces nacionales que tengan atribuciones para ejercer el control difuso de constitucionalidad; y
 - b. Porque en ningún caso puede declararse la inconventionalidad de una norma que sea conforme con la Constitución, esto es, así la inconventionalidad de una norma, siempre coincidirá con la inconstitucionalidad de la misma.
51. En lo relativo a las facultades de los jueces nacionales para garantizar la convencionalidad, la Corte IDH al formular la doctrina jurisprudencial del control difuso de convencionalidad, ha sido muy cuidadosa en precisar que esta jurisprudencia no es fundamento expreso de atribuciones judiciales de aquél, sino que los juzgadores que ya tengan estas atribuciones deberán ejercerlas salvaguardando también el Derecho internacional de los derechos humanos. Y si para el ejercicio del control difuso de convencionalidad en forma autónoma, no existe atribución judicial expresa; lo que la Corte IDH ordena es que aquellos jueces con facultades, lo ejerzan salvaguardando también los derechos humanos convencionales. Por tanto, los juzgadores mexicanos sólo pueden ejercer el control de convencionalidad subsumido en el control difuso de constitucionalidad.
52. Por cuanto hace al aspecto sustantivo del control de convencionalidad, una de las pocas posibilidades en que éste puede ejercerse sin ser conforme con el control de constitucionalidad, es cuando se declara la inconventionalidad de un artículo de la propia Constitución. Sin embargo, en México esto no es posible que lo declare un

juzgador nacional, toda vez que la Suprema Corte ha establecido que ninguno de éstos tiene atribuciones para resolver que algún precepto de la Constitución sea inconstitucional o inconvencional.

SIGLAS Y ABREVIATURAS

AFADEM	Asociación de Familiares de Detenidos, Desaparecidos y Víctimas de Violaciones a los Derechos Humanos en México
CNDH	Comisión Nacional de Derechos Humanos
CMDPDH	Comisión Mexicana de Defensa y Promoción de los Derechos Humanos, A.C,
Comisión-IDH	Comisión Interamericana de Derechos Humanos
Convención-ADH	Convención Americana sobre Derechos Humanos
Corte-IDH	Corte Interamericana de Derechos Humanos
CPEUM	Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos
CPENL	Constitución Política del Estado de Nuevo León
DDHH	Derechos humanos
DOF	Diario Oficial de la Federación
SCJN	Suprema Corte de Justicia de la Nación
Sistema- IDH	Sistema Interamericano de Derechos Humanos
UASCAA	Unidad Agraria de la Sierra de Atoyac de Álvarez

art.(s.)	artículo (s)
cap.	capítulo
cfr.	confrontar
coord. (s)	coordinador (es)
fr. (s.)	fracción (es)
loc. cit.	lugar citado
no. / núm.	número
op. cit.	obra citada
p. (pp.) / pág. (s)	página(s)

BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES DE INVESTIGACIÓN

BIBLIOGRAFIA

AGUILÓ REGLA, Josep.

- *Teoría general de las fuentes del Derecho (y del orden jurídico)*. Barcelona, Ariel, 2000.
- “*Positivismo y Postpositivismo. Dos paradigmas jurídicos en pocas palabras*”. En: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 30. Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2007.

ALCHOURRÓN, Carlos. “*Sobre Derecho y lógica*”. En: *Isonomía Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 13, México, ITAM-Fontamara, octubre de 2000.

ALEXY, Robert.

- *Teoría de los derechos fundamentales*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1993
- *Derecho y razón práctica*. 2ª Ed. México, Fontamara, 1998.

ALEXY, Robert y ANDRÉS IBÁÑEZ, Perfecto.

- *Jueces y ponderación argumentativa*. México, UNAM, 2006.

ANZILOTTI, Dionisio. *Curso de Derecho Internacional*. López Oliván, Julio (Trad.), Madrid, Editorial Reus, 1935.

ARENA Federico José. “*Distinguir entre teorías de la interpretación y directivas interpretativas. Introducción al debate en torno al escepticismo ante la reglas*.” En BOUVIER, Hernán. *Discusiones: El escepticismo en la interpretación de las normas*, Núm. 11, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 2012.

ARENAS BÁTIZ, Carlos Emilio.

- *El nuevo modelo de Control de Constitucionalidad y de Convencionalidad en materia de Derechos Humanos, a partir de la reforma de 2011*, México, Consejo de la Judicatura del Estado de Nuevo León, 2013.
- “*La reforma Constitucional en materia de Derechos Humanos: ambigüedades y certezas*”, en DELGADO, Baruch (coord.) *Reforma Constitucional en Derechos Humanos. El impacto en la impartición de la justicia local*. México, Comisión Nacional de Tribunales y Flores Editores, 2013.
- “*Control de la Constitucionalidad local en el Estado de Nuevo León; las razones de un modelo prudente*”, en GONZÁLEZ OROPEZA, Manuel, y FERRER MAC-GREGOR,

Eduardo (coords.) *La Justicia Constitucional en las Entidades Federativas*, Edit. Porrúa, México. 2006.

- “*Por una justicia constitucional federalista en materia electoral*”, en VALADÉS, Diego (coord.) *Justicia. Memoria del IV Congreso Nacional de Derecho Constitucional*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2001.
- “*Discrecionalidad judicial en la interpretación del derecho electoral*”, en ALCUBILLA, Arnaldo, et. al. (coord.) *Elecciones y Justicia en España y México. Memoria del II Curso de Formación Judicial Electoral* Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, México, 2001.
- “*Los Fines del Derecho Electoral Mexicano; Reflexiones sobre cómo se obtienen*”, en Orozco Henríquez, J. Jesús (comp.) *Ética y Derecho Electoral en el Umbral del Siglo XXI. Memoria del III Congreso Internacional de Derecho Electoral*, Tomo IV, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, TEPJF e IFE, México, 1999.

ARENAS BATIZ, Carlos Emilio, y OROZCO HENRIQUEZ, José de Jesús,

- *Derecho Electoral*, incluido en la “*Enciclopedia Jurídica Mexicana*”, Tomo IX, México, Edit. Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2002.

ATIENZA, Manuel.

- *El sentido del derecho*. Barcelona, Ariel, 2001.
- *Introducción al Derecho*. México, Fontamara, 2003.

ATIENZA, Manuel y RUIZ MANERO, Juan. *Las piezas del Derecho. Teoría de los enunciados jurídicos*. Barcelona, Ariel, 1996.

AYALA CORAO, Carlos. *La jerarquía constitucional de los tratados relativos a derechos humanos y sus consecuencias*. En: MÉNDEZ SILVA, R. (Coord.). *Derecho internacional de los derechos humanos. Memoria del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM y coeds. 2002

BACHOF, Otto. *¿Normas constitucionales inconstitucionales? (lección inaugural de la Universidad de Heidelberg impartida el 20 de julio de 1951)*. Perú: Palestra Editores, 2008.

BECCARIA, Cesare. *De los delitos y de las penas*. trad. De las Casas, Madrid: edit. Alianza, 1993.

BIDART CAMPOS, Germán.

- *La interpretación y el control constitucionales en la jurisdicción constitucional*. Buenos Aires, Ediar, 1987.
- *Teoría General de los Derechos Humanos*. México: UNAM, 1989.

BOBBIO, Norberto.

- *Contribución a la teoría del Derecho*. España, Debate, 1990.
- *El problema del positivismo jurídico*. México, Fontamara, 2003.

BONIFAZ ALFONSO, Leticia. “La interpretación jurídica en un sistema asistemático”. En: ARNALDO ALCUBILLA et. al. (Coord). *Memoria del II curso de formación judicial electoral. Elecciones y Justicia en España y México*, México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. p. 251-260.

BRAGE CAMAZANO, Joaquín. *La supremacía de la Constitución frente a los tratados internacionales*. En: RODRÍGUEZ, Marcos (Coord.). *Supremacía Constitucional*. México, Porrúa, 2009.

BROEKMAN, Jan M. *Derecho, Filosofía del Derecho y Teoría del Derecho*. Colombia, Temis, 1997.

CABALLERO OCHOA, José Luis.

- *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*. México: Porrúa, 2009.
- “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1.º, segundo párrafo, de la Constitución)”, en CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma* México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

CABANELLAS, Guillermo. “Interpretación gramatical”. En: *Diccionario Enciclopédico de Derecho Usual. Tomo IV F-I*. 25ªed., Argentina, Heliasta, 1997.

CABRERA BECK, C. G. *El nuevo federalismo internacional*. México: Porrúa, 2004.

CANOSA USERA, Raúl. *Interpretación constitucional y fórmula política*. Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, 1988.

CARBONELL, Miguel.

- *Los derechos fundamentales en México*. México: Porrúa Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, y Comisión Nacional de los Derechos Humanos en México, 2004.
- *Constitución, reforma constitucional y fuentes del Derecho en México*. 3ª ed., México: Porrúa-UNAM, 2000.

CARBONELL, M. y SALAZAR, P. (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

CARPISO, Jorge.

- *Estudios Constitucionales*, México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1980.
- “Capítulo XX. La Constitución y el Derecho Internacional de los Derechos Humanos” (apuntes inéditos que se citan con la autorización del autor). México, 2012.

CASTILLA, K. “El principio pro persona en la administración de justicia. Cuestiones Constitucionales”. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, núm. 20, enero-junio 2009.

CASTILLO GONZALEZ, Leonel. “Una aproximación al modelo de interpretación de Jerzy Wroblewski”. En: BAEZ SILVA, Carlos, et. al (coords.) *Estudios sobre interpretación y argumentación jurídicas*. 2ª ed. Edit. Laguna, 2010, p.52.

CIENFUEGOS SALGADO, David. *Marbury contra Madison. Una decisión histórica para la justicia constitucional*. México: Universidad Autónoma de Coahuila, Tribunal Superior de Justicia del Estado de Coahuila, y Editora Laguna, 2007.

CISNEROS FARÍAS, German.

- *La interpretación de la Ley*. 3ª ed. México, Trillas, 2000.
- *Teoría del Derecho*. 2ª ed. México, Trillas, 2000.

COMANDUCCI, Paolo. “Formas de (neo)constitucionalismo: un análisis metateórico”. En: *ISONOMIA Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*. No. 16. México, ITAM, abril de 2012.

COSSIO DÍAZ, José Ramón. *Sistemas y modelos de control constitucional en México*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

CRUZ PARCERO, Juan Antonio. *El lenguaje de los derechos*. Madrid, Trotta, 2007.

DE PINA, Rafael y CASTILLO LARRAÑAGA, José. *Instituciones de Derecho Procesal Civil*. México, Porrúa, 2005.

DE LA PEZA, José Luis. “Interpretación de leyes electorales”. En: *Diccionario Electoral. Tomo II*. 2ª ed. Costa Rica, IIDH/CAPEL, 2000.

DIAZ MÜLLER, Luis. *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. México: Porrúa, 2006.

DWORKIN, Ronald.

- *Los derechos en serio*. Barcelona, Ariel, 1989.
- *El imperio de la Justicia*. 2ª ed., Barcelona, Gedisa, 1992.
- “¿Es el Derecho un sistema de reglas?”. (Trad. ESQUIVEL, Javier, y REBOLLEDO, Juan). En: *Cuadernos de Crítica*. No. 5, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Filosóficas, 1997.
- “Must Our Judges Be Philosophers? Can They Be Philosophers?”. Conferencia al ser nombrado Académico del año 2000 por el Consejo para las Humanidades de Nueva York. Disponible en <http://www.culturefront.org/culturefront/DWORKIN.html>.

ESCRICHE, J. *Diccionario razonado de legislación y jurisprudencia*. Paris, De Rosa Bouret y C, 1851. Disponible en línea: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=364>.

EZQUIAGA GANUZAS, Francisco Javier “Argumentos interpretativos y postulado del legislador racional” En: VAZQUEZ, Rodolfo. (Comp.). *Interpretación Jurídica y decisión judicial*. México, Edit. Fontamara. 1998.

FERRAJOLI, Luigi.

- “*Constitucionalismo Principalista y Constitucionalismo Garantista*”. En: *Cuadernos de Filosofía del Derecho*. No. 34, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes. 2011.
- *Derechos y Garantías. La ley del más débil*. Madrid, Trotta, 2002.
- *Derecho y Razón. Teoría del garantismo penal*. Madrid, Trotta, 2009.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. En: CARBONELL, M y SALAZAR, P. (Coords.). *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2011.

FLORES MARTÍNEZ, Alejandra. *Un nuevo canon interpretativo de los derechos fundamentales conforme a los tratados internacionales en la Constitución española*. México, Porrúa-UNAM, 2013.

FLORES MENDOZA, Imer Benjamín. “*La concepción del Derecho en corrientes de la Filosofía Jurídica*”. En: *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*. No. 90, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, septiembre - diciembre 1997.

GARCÍA MÁYNEZ, Eduardo. *Filosofía del Derecho*. 5ª ed., México, Porrúa, 1986. p.315.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. “Recepción de la jurisprudencia interamericana sobre derechos humanos en el derecho interno”, *Anuario Latinoamericano de Derecho Constitucional 2008*, Uruguay, Konrad Adenauer Stiftung, 2008.

GARZÓN VALDÉS, Ernesto. “Algunos modelos de validez normativa”, *Derecho, Ética y Política*. Madrid: Centro de Estudios Constitucionales, 1993.

GIACOMAN GIDI, Roberto. *Dualismo y Monismo: Dos modelos sobre las relaciones entre el Derecho Internacional y el Derecho Nacional*. Madrid, Instituto de Derechos Humanos “Bartolomé de las Casas” de la Universidad Carlos III de Madrid, 2013.

GONZALEZ OROPEZA, Manuel. “Un médico ante la justicia: el caso Thomas Bonham”, *Constitución y Derechos Humanos. Orígenes del Control Jurisdiccional*. México: Porrúa, 2009.

GUASTINI, Riccardo.

- “*La interpretación: objetos, conceptos y teorías*”. En: VÁZQUEZ, Rodolfo (Comp.). *Interpretación jurídica y decisión judicial. Colección Doctrina Jurídica Contemporánea*. No. 4, México, Distribuciones Fontamara, 1998.
- *Distinguiendo, Estudios de teoría y metateoría del Derecho*. (Trad. FERRER, Jordi.). Barcelona, Gedisa, 1999.
- *Estudios sobre la interpretación jurídica*, trad. GASCÓN, M. y CARBONELL, M. México: Porrúa-UNAM, 2001.

HART, Herbert Lionel

- *Post Scriptum al concepto de Derecho*. (Trad. TAMAYO Y SALMORAN, Rolando). México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2000.
- *El concepto de Derecho*. (Trad. CARRIÓ, Genaro R.). Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1968.

HENDERSON, H. *Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: la importancia del principio pro homine*". Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos, núm. 39, enero-junio 2004.

HERRERIAS CUEVAS, Ignacio. *Control de convencionalidad y efectos de las sentencias*. México: Ubijus, 2011.

HITTERS, J.C. "Control de Constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación", *Revista Estudios Constitucionales*, Año 7, No. 2, Chile: Universidad de Talca, Centro de Estudios Constitucionales de Chile, 2009.

HOERSTER, Norbert. *En defensa del positivismo jurídico*. España, Gedisa, 2000.

HUME, David. *Treatise of Human Nature*. Inglaterra, Edit. Fontana, 1972.

HUERTA OCHOA, Carla. *Conflictos normativos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2003.

INZUNZA CÁZARES, Enrique. *La exacta aplicación de la ley penal y el mandato de determinación*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 2009.

KELSEN, Hans.

- *La teoría pura del Derecho*. México, Edit. Nacional, 1981. Otra edición de UNAM, 1986. Otra edición de Edit. Colofón, 2010. Otra edición de Edit. Trotta, 2011.
- *Derecho y paz en las relaciones internacionales*. Acosta, Florencio (Trad.). México, Fondo de Cultura Económica, 1986.
- *Teoría General del Derecho y del Estado*. México, García Máynez, Eduardo. (Trad.) UNAM, 1995. Otra edición UNBAM, 1988.
- *Teoría General del Estado*. Legaz Lacambra, Luis (Trad.). Granada, Editorial Comares, 2002.

LARIOS VELASCO, Rogelio y CABALLERO GUTIÉRREZ, Lucila. *Las directivas de interpretación jurídica*. México, Edit. Fontamara, 2011.

LUNA CASTRO, José Nieves. *La Suprema Corte como órgano de legalidad y tribunal constitucional. Análisis de sus funciones y de la trayectoria de su transformación*. Méxic: Porrúa, 2006.

MATUTE GONZÁLEZ, Carlos Fernando. *El reparto de facultades en el federalismo mexicano*. México: Porrúa, 2007.

MAZZARESE Tecla. *Neoconstitucionalismo(s)*. Madrid, Trotta. 2003.

NIKKEN, P. *La protección internacional de los derechos humanos. Su desarrollo progresivo*, Madrid: Civitas-Instituto Interamericano de Derechos Humanos, 1987.

NINO, Carlos Santiago.

- *La constitución de la democracia deliberativa*, SABA, Roberto (trad.), Barcelona: Gedisa, 1997.
- *Introducción al análisis del derecho*. Buenos Aires, Edit. Astrea, 2001.

OROZCO HENRIQUEZ, José de Jesús

- “*costumbre*”, En *Diccionario Jurídico Mexicano*, 5ª ed., México: Porrúa e Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1992.
- “Alcance y sentido del proyecto de reforma constitucional sobre derechos humanos”, en ABREU SACRAMENTO, José Pablo (coord.), *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio constitucional en México*, México. Edit. Miguel Ángel Porrúa, 2011.
- “*Los Derechos humanos y la polémica entre iusnaturalismo y positivismo jurídico*”. En: *Teoría del Derecho y conceptos dogmáticos*. México, UNAM, 1987.
- “*Principios y reglas en el Derecho electoral mexicano y la polémica entre iusnaturalismo y iuspositivismo*”. En: ARNALDO ALCUBILLA, ÁVILA ORTIZ Y OROZCO HENRIQUEZ (coords.). *Memoria del II Curso de Formación Judicial Electoral, Elecciones y Justicia en España y México*. México, Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, 2001.
- *El derecho constitucional consuetudinario*. 2ª reimp. México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, 1993.

OTTO, Ignacio de. *Derecho constitucional. Sistema de fuentes*, 2ª ed., Barcelona: Ariel, 2001.

PACHECO PULIDO, Guillermo. *Control de Convencionalidad. Tratados internacionales de los derechos humanos*. México: Porrúa, 2012.

PALACIOS TREVIÑO, Jorge. *Tratados. Legislación y práctica en México*. 4ª ed. México, Secretaría de Relaciones Exteriores y Universidad Iberoamericana, 2007.

PALOMINO MANCHEGO, José F. *Constitución, supremacía constitucional y teoría de las fuentes del derecho*. En: RODRÍGUEZ, Marcos (Coord.). *Supremacía Constitucional*. México, Porrúa, 2009.

PÉREZ LOZANO, A. *El control de convencionalidad en el sistema jurídico mexicano*. México: Novum, 2011.

PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. *Controversia Constitucional 31/97*, Sentencia de 9 de agosto de 1999, Considerando Quinto.

RADBRUCH, Gustav.

- *Filosofía del Derecho*. Trad. ROCES, Wenceslao. Bogotá, Fondo de Cultura Económica, 1997.

- *Relativismo y Derecho*. Bogotá, Colombia. Edit. Temis, 1995.
- RIVERA CASTRO, Faviola. “El imperativo categórico en la fundamentación de la metafísica de las costumbres”. Disponible en línea: (<http://www.revista.unam.mx/vol.5/num11/art83/int83.htm>).
- REY CANTOR, Ernesto.
- *Control de convencionalidad de las leyes y derechos humanos*, México: Porrúa, 2008.
 - “*Supremacía Constitucional*”, En: RODRÍGUEZ, Marcos del Rosario (Coord.). *Supremacía Constitucional*. México, Porrúa, 2009.
- ROJAS AMANDI, Víctor Manuel. *Filosofía del Derecho*. 2ª ed., México, Oxford University Press.
- RODRIGUEZ, Marcos del Rosario (Coord.). *Supremacía Constitucional*. México: Porrúa, 2009.
- RUBIO LLORENTE, Federico. *El bloque de constitucionalidad*, Madrid: Civitas-Universidad de Sevilla, 1991.
- RUIZ MANERO, José. *Jurisdicción y normas. Dos estudios sobre función jurisdiccional y teoría del Derecho*. Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1990.
- RUIZ Miguel A. “El principio de jerarquía normativa”, en LAPORTA, Francisco J. (ed.), *Constitución: problemas filosóficos*, Madrid: Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2003.
- SÁNCHEZ TAGLE, Gonzalo “El Derecho Internacional de los Derechos humanos en la Constitución mexicana ¿se vulnera la supremacía constitucional?”, En ABREU SACRAMENTO, José Pablo (coord.), *Reforma Humanista. Derechos Humanos y cambio constitucional en México*, México, Edit. Miguel Ángel Porrúa, 2011.
- SCALIA, Antonin. *A matter of interpretation. Federal courts and the law*. Princeton, New Jersey, Princeton University Press, 1997.
- SCHMILL, Ulises. “Fundamentos Teóricos de la Defensa de la Constitución en un Estado Federal”, en COSSÍO, José Ramón y PÉREZ DE ACHA, Luis M. (compiladores), *La Defensa de la Constitución*, México: Fontamara, 1997.
- SEGOB. “*Señores soy campesino*” *Semblanza de Rosendo Radilla Pacheco, desaparecido*. México: SEGOB, 2012.
- SEPÚLVEDA IGUÍNIZ, Ricardo J. *El reconocimiento de los derechos humanos y la supremacía de la Constitución*. En: *Supremacía Constitucional*. Supremacía Constitucional. México, Porrúa, 2009.
- SERNA BERMUDEZ, Pedro. “*Neoconstitucionalismo e interpretación. Dos reflexiones en torno a la interpretación constitucional*”. En: TORRES ESTRADA, Pedro (comp.). *Neoconstitucionalismo y estado de Derecho*. México, Coeditores: Limusa e ITESM, 2006.
- SHAW, Malcolm. *International Law*, 4ª ed., Cambridge: Cambridge University Press, 1997,

SILVA MEZA, Juan

- Discurso pronunciado con motivo del seminario “*Primer aniversario de las reformas constitucionales de amparo y derechos humanos. Acciones emprendidas y su impacto en la labor jurisdiccional*”, 6 de julio de 2012. Versión electrónica disponible en: http://www.scjn.gob.mx/Presidencia/Julio2012/15_JUL..pdf
- “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, *Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano 2012*.

TORRES ESTRADA, PEDRO

- *Neoconstitucionalismo y estado de derecho*. México, LIMUSA – EGAP, 2006.

WRÓBLEWSKY, Jerzy.

- *Constitución y teoría general de la interpretación jurídica*. Madrid, Edit. Civitas, 1985.
- *Sentido y hecho en el Derecho*. México, Edit. Fontamara, 2001.

VERNENGO, Roberto J. “*Interpretación del Derecho*”. En: GARZÓN VALDÉS, Ernesto y LAPORTA, Francisco J. (Eds.). *El Derecho y la justicia*. Madrid, Ediciones Trotta, 1996.

VIGO, Rodolfo Luis. *Constitucionalización y judicialización del derecho. Del estado de derecho legal al estado de derecho constitucional*. México, Porrúa-Universidad Panamericana, 2013.

ZAGREBELSKY, G. *El derecho dúctil. Ley, derechos, justicia*, traducción de GASCÓN, M. 3ª ed., Madrid: Trotta, 1999.

OTRAS FUENTES DE INVESTIGACIÓN

CÁMARA DE DIPUTADOS

- *Diario de los Debates*, Poder Legislativo Federal, LXI Legislatura, México, DF, 15 de diciembre de 2010, Sesión Número 40, Año II, págs. 145 a 159. Disponible en línea: <http://cronica.diputados.gob.mx/>
- *Gaceta Parlamentaria*, Año XIV, Número 3226 – VII, Poder Legislativo Federal, LXI Legislatura, México, DF., 23 de marzo de 2011. Disponible en línea: <http://gaceta.diputados.gob.mx/Gaceta/61/2011/mar/20110323-VII.html#Dictamenes>

CÁMARA DE SENADORES. *Diario de los Debates*. Poder Legislativo Federal, LXI Legislatura, México, DF. 8 de marzo de 2011. Segundo Periodo Ordinario. Diario 11. Disponible en línea: <http://www.senado.gob.mx/?ver=sp&mn=3&sm=2&id=2058&lg=61&ano=2>

COMISIÓN DE PUNTOS CONSTITUCIONALES DEL SENADO DE LA REPÚBLICA. *Memoria de Labores*. LX y LXI Legislaturas, Reforma Constitucional en materia de Derechos

Humanos, Proceso Legislativo. Disponible en:
<http://www.senado.gob.mx/content/sp/com/content/estatico/content/minisitios/pc/>

COMISIÓN IDH. Informe de admisibilidad 65/05. *Caso Rosendo Radilla Pacheco Vs. México*. Petición 777/01. 12 de octubre de 2005.

CONGRESO DE LA UNIÓN. *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, México, Diario Oficial de la Federación, Junio 10, 2011. Disponible en línea: SCJN. <http://www2.scjn.gob.mx/Leyes/ArchivosLeyes/00130212.pdf>

CORTE-IDH.

- *Asunto de Viviana Gallardo y otras*. Serie A No. 101.
- *Caso Almonacid Arellano y otros Vs. Chile*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de septiembre de 2006. Serie C No. 154.
- *Caso Barrios Altos Vs. Perú*. Fondo. Sentencia de 14 de marzo de 2001. Versión en francés. Serie C No. 75.
- *Caso Cabrera García y Montiel Flores Vs. México*. Excepción Preliminar, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 26 de noviembre de 2010. Serie C No. 220.
- *Caso Castañeda Gutman Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 6 de agosto de 2008. Serie C No. 184.
- *Caso del Pueblo Saramaka Vs. Surinam*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 28 de noviembre de 2007. Serie C No. 172.
- *Caso Garrido y Baigorria Vs. Argentina*. Reparaciones y Costas. Sentencia de 27 de agosto de 1998. Serie C No. 39
- *Caso La Cantuta Vs. Perú*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 29 de noviembre de 2006. Serie C No. 162.
- *Caso La Última Tentación de Cristo (Olmedo Bustos y otros) Vs. Chile*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 5 de febrero de 2001. Serie C No. 73.
- *Caso Myrna Mack Chang Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 25 de noviembre de 2003. Serie C No. 101.
- *Caso Radilla Pacheco Vs. México*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 23 de Noviembre de 2009. Serie C No. 209.
- *Caso Raxcacó Reyes Vs. Guatemala*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 15 de septiembre de 2005. Serie C No. 133.
- *Caso Tibi Vs. Ecuador*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 7 de septiembre de 2004. Serie C No. 114.
- *Caso Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) Vs. Perú*. Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 24 de Noviembre de 2006. Serie C No. 158. *Ciertas Atribuciones de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (arts. 41, 42, 44, 46, 47, 50 y 51 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-13/93 del 16 de julio de 1993. Serie A No. 13.
- *Caso Zambrano Vélez y otros Vs. Ecuador*. Fondo, Reparaciones y Costas. Sentencia de 4 de julio de 2007. Serie C No. 166.

- *Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados*. Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de septiembre de 2003. Serie A No. 18.
- *El Efecto de las Reservas sobre la Entrada en Vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*. Opinión Consultiva OC-2/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 2
- *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.
- *"Otros Tratados" Objeto de la Función Consultiva de la Corte (art. 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-1/82 del 24 de septiembre de 1982. Serie A No. 1.
- *Responsabilidad Internacional por Expedición y Aplicación de Leyes Violatorias de la Convención (arts. 1 y 2 Convención Americana sobre Derechos Humanos)*. Opinión Consultiva OC-14/94 del 9 de diciembre de 1994. Serie A No. 14.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

- *Sentencia caso Varios 912/2010*. 14 de julio de 2011. Publicada en Diario Oficial de la Federación del 4 de octubre de 2011
- *Sentencia que resuelve la Contradicción de Tesis 293/2011*. Engrose de sentencia concluido en abril de 2014, publicación pendiente.

TRIBUNAL DE JUSTICIA ELECTORAL DEL ESTADO DE BAJA CALIFORNIA. *Juicio Para la Protección de los Derechos Político Electorales del Ciudadano*, Expediente SUP-JDC-695/2007. Actor Jorge Hank Rhon.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN.....	3
-------------------	---

CAPÍTULO I

NOCIÓN E INTERPRETACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS. DIRECTIVAS PRINCIPALISTA VS NORMATIVISTA

1. DIRECTIVAS TEÓRICAS PRINCIPALISTA Y NORMATIVISTA.....	28
1.1. Perspectivas teóricas modernas: los neoconstitucionalismos	
1.2. El constitucionalismo principalista	
1.3. El constitucionalismo normativo	
1.4. Cuadro comparativo entre los constitucionalismos principalista y normativista	
2. EL ETERNO DEBATE IUSNATURALISTAS VS IUSPOSITIVISTAS.....	40
2.1. La definición del Derecho	
2.2. Derecho y Moral	
2.3. Validez del Derecho	
2.4. Plenitud o completitud del Derecho	
2.5. Principios inherentes, principios positivos, y reglas	
3. ANTAGONISMOS ENTRE LAS DIRECTIVAS PRINCIPALISTA Y NORMATIVISTA.....	67
3.1. Nociones principalistas y normativistas de los derechos humanos	
3.2. Teorías de la interpretación aplicables, según principalistas y normativistas	
3.3. Interpretación y subsunción, desde el constitucionalismo normativo	
3.4. Interpretación y ponderación, desde el constitucionalismo principalista	
4. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.....	100
4.1. Reseña del proceso de reforma constitucional	
4.2. El debate en torno al artículo 1º constitucional	

CAPÍTULO II
INCORPORACIÓN Y JERARQUÍA DEL DERECHO
INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS. DIRECTIVAS
DUALISTA VS MONISTA

1. EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS..... 109
 - 1.1. Características básicas del Derecho internacional de los derechos humanos
 - 1.2. El Derecho interamericano de los derechos humanos
2. DIRECTIVAS TEÓRICAS DUALISTA Y MONISTA..... 113
 - 2.1. Dualismo: Derecho interno e internacional son autónomos y tienen rasgos diversos
 - 2.2. Monismo: Los dualismos en el Derecho, no son jurídicos sino ideológicos
 - 2.3. Monismo: Derecho interno e internacional integran un solo Derecho y comparten rasgos comunes
3. CLÁUSULAS CONSTITUCIONALES DE INCORPORACIÓN DEL DERECHO INTERNACIONAL, EN EL DERECHO COMPARADO..... 126
 - 3.1. Tipología de las cláusulas constitucionales de incorporación de tratados internacionales
 - 3.2. El modelo mexicano de incorporación y jerarquía de los tratados internacionales, previo a la reforma de 2011
4. ANTAGONISMOS ENTRE LAS DIRECTIVAS DUALISTA Y MONISTA..... 135
 - 4.1. Consecuencias de la directiva dualista
 - 4.2. Consecuencias de la directiva monista
 - 4.3. El caso “Varios 912/2010”, relativo al Caso “Radilla Pacheco Vs. México” resuelto por la Corte-IDH
 - 4.4. El caso “Contradicción de Tesis 293/2011”
5. PRECEDENTES JUDICIALES DE OTROS PAÍSES.....157
 - 5.1. Inglaterra. Caso Hirst
 - 5.2. Colombia. Casos C481 de 1998, C355 de 2006 y C370 de 2006
 - 5.3. Venezuela. Casos “Ley de Vagos” y “Reincorporación de Magistrados”
 - 5.4. Argentina. Casos Ekmekdjian, Giroidi, y Carranza Latrubesse
 - 5.5. Costa Rica. Caso Ricardo Fliman

CAPÍTULO III

PRIMACIA DE LAS NORMAS DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTIVAS PRO PERSONA VS SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

1. LAS ANTINOMIAS O CONFLICTOS NORMATIVOS.....	181
1.1. Concepto y tipología	
1.2. Casos de antinomias aparentes y reales	
1.3. Criterios para la resolución de antinomias	
2. DIRECTIVA TEÓRICA DEL PRINCIPIO PRO PERSONA.....	196
2.1. Concepto	
2.2. Tipología	
2.3. Su desarrollo jurisprudencial por la Corte Interamericana de Derechos Humanos	
2.4. Su desarrollo jurisprudencial por la SCJN	
3. DIRECTIVA TEÓRICA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	207
3.1. Concepto	
3.2. Su desarrollo jurisprudencial por la SCJN	
4. ANTAGONISMOS ENTRE LAS DIRECTIVAS PRO PERSONA Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	212
4.1. Dimensión teórica del antagonismo entre estas directivas	
4.2. Casuística de antagonismos entre estas directivas	
5. PRECEDENTES JUDICIALES DE OTROS PAÍSES.....	225
5.1. Caso Solange I	
5.2. Caso Solange II	
5.3. Caso Bananas	

CAPÍTULO IV

CONTROL JUDICIAL DIFUSO DE NORMAS RELATIVAS A DERECHOS HUMANOS. DIRECTIVAS DE FEDERALISMO DISTRIBUTIVO Y DE FEDERALISMO COOPERATIVO

1. NOCIÓN DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.....	235
1.1. Concepto de control de constitucionalidad	
1.2. Tipología de los sistemas y medios de control de constitucionalidad	

1.3.	Concepto de control difuso de constitucionalidad	
1.4.	Antecedentes y Derecho comparado	
2.	DIRECTIVAS TEÓRICAS DEL FEDERALISMO DISTRIBUTIVO Y DEL FEDERALISMO COOPERATIVO	237
2.1.	Federalismo distributivo prevaleció hasta antes de la reforma de 2011	
2.2.	Noción de federalismo distributivo o de ámbitos normativos diferenciados	
2.3.	Distribución de facultades legislativas y jurisdiccionales en el federalismo distributivo	
2.4.	Noción de federalismo cooperativo o de ámbitos normativos coincidentes	
2.5.	Distribución de facultades legislativas y jurisdiccionales en el federalismo cooperativo	
3.	ANTAGONISMOS ENTRE LAS DIRECTIVAS TEÓRICAS FEDERALISTAS.....	272
3.1.	Consecuencias de la directiva de federalismo distributivo	
3.2.	Consecuencias de la directiva de federalismo cooperativo	
3.3.	La posición de la SCJN	
4.	¿Y EL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD?.....	288
4.1.	Noción y evolución del control de convencionalidad	
4.2.	Noción y evolución del control difuso de convencionalidad	
4.3.	Estatus del control de convencionalidad, previo al 2011	
4.4.	El control de convencionalidad después de 2011: subsumido al de constitucionalidad	
	CONCLUSIONES.....	313
	SIGLAS Y ABREVIATURAS.....	327
	BIBLIOGRAFÍA Y OTRAS FUENTES DE INVESTIGACIÓN.....	329