

**REFLEXIONES SOBRE
LA CONSTITUCIÓN MEXICANA
Y
LA PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS.
A CIEN AÑOS DE LA CONSTITUCIÓN DEL 17**

Luis Gerardo Samaniego Santamaría

Enrique Uribe Arzate

Coordinadores

2016



DIRECTORIO

UNIVERSIDAD DE QUINTANA ROO

Mtro. Ángel Ezequiel Rivero Palomo
Rector

Mtro. Jorge Alberto Chan Cob
Secretario General

Dr. Yuri Hulkín Balam Ramos
Director

División de Ciencias Sociales y Económico Administrativas
Universidad de Quintana Roo, México
División de Ciencias Sociales y Económico Administrativas

Luis Gerardo Samaniego Santamaría
Enrique Uribe Arzate
Coordinadores

Comité editorial:

Pedro Rubén Torres Estrada (*Instituto Tecnológico
y de Estudios Superiores de Monterrey, México*).
Javier Ruipérez Alamillo (*Universidad de la Coruña, España*).
Lucio Pegoraro (*Universidad de Bolonia, Italia*).
Mariela Morales Antoniazzi (*Instituto Max Planck, Alemania*).
Ricardo Zuluaga Gil (*Universidad Católica de Oriente, Colombia*).

Rigor Científico:

Siguiendo los criterios editoriales, los capítulos de esta obra han sido dictaminados mediante el sistema doble par ciego, lo que respalda su carácter científico.

© Universidad de Quintana Roo
Blvd. Bahía s/n. Col. Del Bosque
C.P. 77019, Chetumal, Quintana Roo, México

© Luis Gerardo Samaniego Santamaría
© Enrique Uribe Arzate
Primera Edición, /First edition, 2016.

ISBN: 978-607-9448-30-1 Universidad de Quintana Roo

Editado en México/Edited in Mexico



DCSEA
DIVISIÓN DE CIENCIAS SOCIALES Y
ECONÓMICO ADMINISTRATIVAS

CONTENIDO

P A R T E I

PROSPECTIVA DEL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN EL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917

¿REFORMA O NUEVA CONSTITUCIÓN EN EL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917?

Enrique Uribe Arzate

Alejandra Flores Martínez 13

¿REFORMA O REEMPLAZO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA EN 2017?

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez 34

P A R T E II

REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

SOBERANÍA Y APERTURA DEL ESTADO MEXICANO AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

José Ma. Serna de la Garza* 57

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD-CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO.

*Dr. Luis Gerardo Samaniego Santamaría 85

PRÓLOGO

La *Red Internacional de Estudios Constitucionales* nació del interés por generar un espacio para la reflexión y el debate sobre las cuestiones de mayor actualidad en el ámbito constitucional. No cabe duda que mucho se ha dicho sobre los temas que vertebran esta materia y que van desde la renovación de los textos constitucionales hasta la mejor manera de asegurar los derechos de los habitantes; pero también cierto que las afirmaciones y las novedades jurídicas, no siempre han caminado por el mejor sendero.

De cara a la necesidad de debatir sin sujeción a lugares comunes y más allá de cualquier concesión o grosera autocomplacencia, destacados constitucionalista de México y de otros países, se han sumado con interés a este proyecto que intenta encontrar mejores respuestas a la complejidad de lo constitucional, en un mundo lastrado por la impudicia y el abuso de poder, la violación a derechos humanos como divisa y la reiteración de las inercias y la obsolescencia jurídica. Ante este panorama, es claro que el tiempo actual, amenazante, volátil e impredecible, requiere con urgencia de estos ejercicios que hacen coincidir las preocupaciones de juristas de lugares tan diversos en geografía, distantes, incluso diferentes en formación y edades, pero todos coincidentes en madurez, coetáneos y solidarios. Esta ha sido, sin duda, la mayor aportación de la *Red Internacional de Estudios Constitucionales* que inició con cuatro Universidades y que hoy agrupa a más de una docena de ellas de México y de otros países como Colombia y España.

El libro que el lector tiene en sus manos (o en su dispositivo móvil, según sea el caso), da cuenta de esta cauda de inquietudes que han convocado a destacados juristas -también y quizás aún más, ciudadanos comprometidos-, preocupados por discutir y poner en la agenda jurídica, temas en los que la sociedad actual necesita claridad y sólidos asideros. Los trabajos aquí reunidos, son el resultado del Coloquio realizado en noviembre de 2015, en la insuperable Ciudad de Cancún, bajo los auspicios de la Universidad de Quintana Roo, México. Luego del correspondiente proceso de revisión y dictamen, se han incluido los trabajos de algunos ponentes que

lo mismo han abordado temas sobre los mecanismos de protección eficaz de los derechos humanos que otros igualmente acuciantes como la estructura y funcionamiento del Estado constitucional, de cara a la crisis institucional que no nos permite sacudirnos lastres tan perniciosos como la ilegalidad, el abuso de poder, la corrupción, la impunidad y la ausencia e insuficiencia de mecanismos de control constitucional.

El referido *status quo*, evidente en México y en cualquier país de Latinoamérica, no es ajeno a otros lugares de Europa ni a ningún país donde la democracia ha tenido desarrollos notables; en unos y otros, los problemas de las sociedades complejas, tienen diversas manifestaciones que acaban por ser visualizadas desde la lente especializada de los juristas y, de manera muy destacada, por quienes han abrazado las cuestiones constitucionales como centro de su quehacer y de sus indagaciones científicas. Por ello, el tratamiento de los temas contenidos en esta obra, adquiere mayor pertinencia, pues no se trata de meras elucubraciones ajenas a la realidad, ni de exploraciones teóricas sin un anclaje en la vida de todos los días. Por el contrario, todo lo aquí vertido por la pluma de los especialistas, encuentra su razón principal en la necesidad de hacer ciencia útil, prospectiva y propositiva.

Vale decir que la mayor parte de los trabajos aquí contenidos, tienen un sólido respaldo en la habilitación académica de sus autores; casi todos son Doctores en Derecho y gozan de prestigio indiscutible en sus países. Los de México, son reconocidos por la Secretaría de Educación Pública como profesores con perfil deseable, integrantes de Cuerpos Académicos y, asimismo, son investigadores nacionales avalados por el Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, como investigadores nacionales. En este sentido, la constitución de esta *Red Internacional de Estudios Constitucionales*, ha sido un feliz acontecimiento que ha hecho posible la coincidencia en tiempo y lugar, de los destacados juristas que la integran; al mismo tiempo, ha permitido el debate franco, respetuoso, y hasta el desencuentro que siempre es bienvenido cuando la discusión es de alto nivel.

**LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS,
SU CONSTITUCIONALIZACIÓN PARA UNA MEJOR DEFENSA Y PROMOCIÓN**

Dra. Marina del Pilar Olmeda García

Dr. Pablo Jesús González Reyes**

Mtra. Marina del Pilar Ávila Olmeda***

Mtro. Sergio Gilberto Capito Mata **** 115

**LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES.
LOS PROBLEMAS. (UNA PROPUESTA DE ESQUEMA ARGUMENTATIVO
EN DERECHO LABORAL, DESDE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.)**

Ramiro Contreras Acevedo* 146

**DE LA DEFENSA POLÍTICA A LA DEFENSA JURISDICCIONAL DE LA
CONSTITUCIÓN. LA VERTIENTE AXIOLÓGICA DEL ESTADO DE DERECHO**

Isidro de los Santos Olivo* 177

Lo mismo en Cancún que en Cali, Colombia y en otros lugares de México, la apertura y la generosidad con que han concurrido los miembros de la Red, han propiciado la aparición de obras como ésta que inaugura la *Colección Vida Constitucional*. A fin de cuentas, el tiempo que es sólo una pálida referencia a la realidad, sirve muy bien para referenciar la vida tangible, frágil y mudable que debe ser propensa a la generación de nuevas y mejores propuestas para el día de mañana.

LOS COORDINADORES

México, Octubre de 2016.

PARTE I

PROSPECTIVA DEL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO EN EL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN DE 1917

¿REFORMA O NUEVA CONSTITUCIÓN EN EL CENTENARIO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA DE 1917?

Enrique Uribe Arzate*
Alejandra Flores Martínez**

SUMARIO: I. *A modo de introducción*; II. *Quid de lo constitucional*; III. *Las decisiones políticas fundamentales en contexto*; IV. *Globalización e impronta del Estado constitucional*; V. *A modo de conclusión. Fuentes de consulta.*

I. A MODO DE INTRODUCCIÓN

A partir de las reformas de los últimos años, la constitución mexicana ha comenzado a delinear nuevos derechos y, de la mano con ello, nuevas tareas -como la transparencia y rendición de cuentas- que constituyen un asunto vital para el Estado constitucional. También, en los años recientes, el texto constitucional ha resentido una cantidad abrumadora (y preocupante) de reformas que desde nuestra perspectiva, ameritan una reflexión detenida y desapasionada, para intentar hallar su justificación y sentido desde la teoría constitucional.

De lo que aquí referimos, se desprende un debate central que simplemente nos lleva a preguntarnos, ¿qué contenidos esenciales vertebran a nuestra ley suprema?; ¿hay nuevas decisiones políticas fundamentales en el texto?; ¿las incontables reformas constitucionales han deformado su diseño original? En el punto nodal de la cuestión, nuestras reflexiones se focalizan en la pertinencia de definir “lo constitucional”.

Aunado a esta importante cuestión epistemológica, no podemos pasar por alto la presencia de nuevos fenómenos locales e internacionales que influyen en el quehacer

* Doctor en Derecho por la Universidad Nacional Autónoma de México. Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México. Integrante del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel II

** Doctora en Derecho por la Universidad de Zaragoza, España. Profesora e investigadora de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma del Estado de México, Integrante del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel I

radicales que no pocas veces se han traducido y se siguen traduciendo, en claros desafíos para el ejercicio del poder público².

Así las cosas, lo estatal es hoy, objeto de serios cuestionamientos. Unos –los de fuera- que minan su autodeterminación; otros –los de su interior- que retan su autoridad. Ante un escenario así de complejo, los ciudadanos tenemos la sensación de “ausencia de Estado”. Los comentarios en general, se asientan en la percepción de que no hay quien ponga orden, incluso de que el Estado está fracturado³.

Y en este orden de ideas, ausente el Estado y evidenciada la fragilidad de su poder, queda también subsistente la ausencia del Derecho, la carencia de la fuerza vinculante y coercible⁴ que desde siempre ha identificado al orden jurídico para el gobierno de los hombres. En esta tesitura, la Constitución no está exenta de crítica; su armazón, sus contenidos esenciales, las reformas coyunturales sin orientación ni orden; todo esto contribuye a plantear una crisis constitucional a cien años de la promulgación de nuestra Carta Magna.

Más aún, queda subsistente la cuestión sobre los fundamentos jurídicos de la potestad (y su autoridad) del Estado; y con ello, todo el andamiaje jurídico, particularmente el orden constitucional, está sometido a críticas y cuestionamientos; algunos de éstos carecen de sustento, pues se trata de alegatos metajurídicos difícilmente atendibles; otros, en cambio, tienen suficientes razones asentadas en la crítica categórica a la burda urdimbre de un derecho que no pocas veces es antagónico a la justicia y a la libertad.

² El caso más elocuente en el plano internacional es el de Cataluña que se ha planteado el reto de llevar a cabo el proceso de secesión del Estado español; en México, una crisis silente se puede advertir en las prácticas del derecho consuetudinario y hasta en fenómenos –propicios para el debate-, como las elecciones según los usos y costumbres

³ Más allá de la dura expresión del “Estado fallido”, nosotros preferimos resaltar la *crisis de la institucionalidad constitucional* en el Estado, como reto y oportunidad. Esta expresión es útil para señalar que el asiento constitucional, la estructura y atribuciones de los órganos constitucionales, son inoperantes o, en el menos grave de los supuestos, su mediano funcionamiento no alcanza para cumplir sus objetivos

⁴ La abierta oposición al gobierno de grupos de interés como los profesores de la CNTE, son muestra fehaciente de la inaplicabilidad del derecho y la ineficacia de las instituciones; es inadmisibles la ausencia de autoridad en casos como este que socavan al Estado y niegan el poder del derecho

Por donde se le mire, el orden constitucional del Estado está a debate.

Ante este panorama, la Constitución del Estado, fuerza imbatible e incuestionable y poderoso elemento de articulación social, es hoy uno de los tópicos que mayores debates suscita. Sobre esta afirmación, basta con señalar que México vive esta polémica de cara al centenario de su Constitución de 1917. Más de 600 reformas - algunas de ellas incluso atentatorias a la manufactura original del texto constitucional que consagró derechos sociales para los más vulnerables-, dan cuenta de una discusión en la que los mexicanos tenemos que ponernos de acuerdo sobre el sentido y horizonte que se avizora para la patria.

Hoy, la sociedad mexicana enfrenta este desafío: ¿Qué es nuestra Constitución?; ¿en qué se ha convertido el texto constitucional?; ¿cómo definimos *lo constitucional*?

Ese es el interés manifiesto en estas páginas.

II. QUID DE LO CONSTITUCIONAL

Sin duda, uno de los asuntos más acuciantes en estos tiempos de crisis (visible en todos los campos), gira en torno a la definición y funcionamiento del Estado. El derecho del Estado no es la excepción; también sometido a críticas y escrutinio y a nuevas exploraciones que buscan el *quid* de lo jurídico y de lo constitucional, las reglas de convivencia definidas por la obligatoriedad y la coerción, pasan por momentos de crisis. De este modo, voces como poder, constitución, ley, comienzan a sonar lejanas, imprecisas y vagas y de esta vaciedad conceptual y práctica, la consecuencia inmediata la vivimos en las incongruencias y los abusos de poder.

El Estado de Derecho no puede dar respuesta a las nuevas demandas y exigencias (a veces inusitadas y en otras ocasiones previsibles) que por la dinámica de estos fenómenos requieren formas distintas de responder y, evidentemente, respuestas nunca antes escuchadas por los habitantes. Lo mismo en los procesos electorales que pretenden ser el cauce natural de los procesos democráticos, que en la cotidianidad

del Estado-tipo y lo someten a duras presiones dentro y fuera de sus fronteras; y en la misma vertiente, la necesidad de afianzar los derechos esenciales mediante un adecuado sistema de justicia constitucional. En suma, el tipo de Estado que hasta ahora hemos conocido, vive momentos de crisis e importantes transformaciones.

Si la globalización es el proceso de interacción de los bienes y las mercancías; y si este proceso se ha proyectado a la cultura y otras manifestaciones del saber, el Estado -creación humana a fin de cuentas y concomitante a su época y a su contexto-, tampoco se puede sustraer a esta dinámica en la que hoy se debate la institución política por antonomasia. Lo global desde afuera hacia el interior del Estado y las manifestaciones locales desde la propia estructura estatal, cuestionan fuertemente el ser del Estado, la legitimidad de sus instituciones, la hegemonía de su orden jurídico. Por eso, nuestro planteamiento inicial se incrusta en las reflexiones sobre el ser de *lo constitucional* en México y lo que la ley fundamental contiene en sus letras, en sus decisiones políticas fundamentales.

Así pues, el Estado se enfrenta a dos poderosas fuerzas que lo jalonan en sentidos opuestos: por un lado, los procesos de globalización e integración económica, política y hasta estratégica que lo llevan a formar parte de organizaciones y bloques regionales, continentales o hemisféricos; por el otro, los procesos relativos a los reajustes locales que intentan recuperar y/o asumir la capacidad de decisión en cuestiones esencialmente domésticas. En lo primero, el *Estado de Derecho* que no ha sido, enfrenta la poderosa fuerza de lo metaestatal: instituciones y tribunales de corte internacional, organizaciones no gubernamentales, los mismos problemas que rebasan sus fronteras estatales; todo ello, mezclado o separado, se configura como inmejorable oportunidad para la crítica de lo estatal¹ y hasta para inmiscuirse en sus asuntos. En lo segundo, la asunción de la identidad propia de los grupos originarios, la defensa de sus costumbres y, por supuesto, su cosmovisión esencialmente distinta a la del Estado y sus instituciones, han generado manifestaciones sumamente

¹ Un claro ejemplo de esto, se expresa en las decisiones de los Tribunales y Cortes Internacionales; en el caso de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, hemos llegado al extremo de concebir la existencia de "normas inconvencionales" en el Estado, cuando en principio, los distintos *corpus* del ordenamiento estatal, deben arropar normas jurídicas en estricto apego a la constitucionalidad, garante del respeto a los derechos humanos

de los reclamos que cada vez con mayor empuje le espetan los ciudadanos a sus gobernantes, a sus mandatarios.

Con todo esto, parece que la constitución -modelada en la dualidad de dogmas para los habitantes y estructura para el Estado- ha perdido su sentido primigenio, pues ya no representa la vía plena ni el contexto idóneos para la expresión de los ciudadanos. Lo constitucional vale hoy, lo mismo que cualquier otra norma y tal vez menos, porque las leyes más modestas (con sus salvedades) tienen una aplicación más constante que las prescripciones de la Carta Magna; *vgr.*, un Reglamento de Tránsito que impone multas a los conductores de vehículos, el Código Civil que enmarca los contratos de matrimonio, la Ley Federal del Trabajo que facilita la celebración de contratos individuales y colectivos de trabajo, etc. De manera pasmosa, la Constitución no tiene una aplicación inmediata, cuando su texto, sus parámetros y sus principios esenciales, deberían ser parte de nuestra vida cotidiana y a toda hora.

De la mano con estas reflexiones, podemos decir que atrás quedaron manifestaciones señeras como la patria, el bien, la igualdad; y no porque hayan sido sustraídas del *corpus* constitucional, sino paradójicamente porque al permanecer en el texto de la *lex fundamentalis*, su inaplicación, su evidente ausencia de la vida de todos los días, ocasionó que se enmohecieran. Hoy, las referencias a principios imbatibles como los arriba citados, parecen hacer eco de épocas pretéritas y de ensoñación, como si su inserción en el máximo ordenamiento del pueblo y del Estado, no representara las más caras aspiraciones de nuestro entramado colectivo social; la historia misma de nuestro pueblo.

Por el contrario, los principios constitucionales son vistos incluso, como *rara avis* en el contexto de la Carta Magna. Prescripciones e ideales asentados en la zona de lo irrealizable, fundamentalmente cuando el principal obligado que es el aparato gobernante, muestra desinterés, cuando no, franca resistencia a cumplir y hacer cumplir lo que la Constitución mandata.

pública. Por eso, la pertinencia de un análisis que intenta recuperar el sentido de *lo constitucional* y el rumbo en una patria cada vez más escasa.

¿Qué significa la Constitución?; ¿qué significa *lo constitucional*?; ¿cuáles son sus alcances en la vida de hoy?

En un intento por responder a preguntas de tal envergadura, diremos que la Constitución es esencia; es el ser de un pueblo, la manifestación cimera de sus aspiraciones y el instrumento insuperable para el eslabonamiento de las demandas y aspiraciones de las distintas generaciones de un pueblo.

En el contorno de estas reflexiones, resulta oportuno señalar que es necesario volver la mirada hacia otras manifestaciones atípicas del derecho que las leyes no contemplan y que, desde luego, desbordan las letras de cualquier texto jurídico. Nos referimos a los modos de conformación de lo jurídico que inexorablemente, tiene otras vías de expresión. En seguimiento de esta idea, referirnos a lo jurídico-constitucional -más allá de la norma constitucional-, conlleva un interesante ejercicio de tipo hermenéutico y heurístico.

En el centro de esta cuestión apenas avizorada por la Teoría Constitucional, podemos señalar que la revisión del texto constitucional se advierte como una tarea inaplazable. Tenemos un *corpus* con 136 artículos que fácilmente son reformados por el poder revisor; prescripciones normativas de tal calado, deberían tener mecanismos de prevención y defensa lejanos a la posibilidad de reforma, cuando existiera la posibilidad de trastocar algún precepto referente a contenidos esenciales. Lamentablemente un escenario parecido no está contemplado en nuestro texto constitucional y por eso, las reformas son una constante con el consabido riesgo de alteración de lo esencial de nuestra Constitución centenaria.

En seguimiento de esta idea, consideramos que las condiciones actuales nos fuerzan a idear una concepción distinta de lo constitucional y de los mecanismos de control y defensa del desiderátum vital vaciado en el texto de la Carta Magna. Este

ejercicio hermenéutico nos llevará, indefectiblemente, a distinguir al menos dos grados diferentes de normas constitucionales: unas que contienen decisiones fundamentales; otras, que sirven de complemento, explicación y puesta en práctica de lo prescrito por los otros numerales de contenido esencial.

El resultado del citado ejercicio hermenéutico que hace viable la identificación de estas dos categorías constitucionales, da paso al ejercicio heurístico que nos permite generar la distinción doctrinal entre las *normas constitucionales esenciales* y las *normas constitucionales reglamentarias*.

Las normas constitucionales esenciales, *son las que contienen en su discurso jurídico, decisiones políticas fundamentales*.

Las normas constitucionales de tipo reglamentario, son aquellas que *recogen los modos de operación de las decisiones políticas fundamentales*.

Las primeras normas, son las que en realidad expresan *lo constitucional* de la constitución normativa; las segundas, nada tienen que hacer en el articulado de la Carta Magna. Por esta falla en el diseño constitucional, debemos padecer las incontables reformas al texto normativo y la necesidad de su cotidiana adecuación a los *cambios constitucionales* que trascienden hasta el texto de la *lex legum*.

Para mayor comprensión de esto, podemos afirmar que lo constitucional tiene una manufactura de múltiples variables que se materializan en normas, hechos, aspiraciones, política, costumbres, cultura, etc. Cuestiones de orden antropológico, económico, internacional, mediático, social y muchos otros de diversa naturaleza, influyen y definen los recientes derroteros de lo constitucional, al margen de la actividad de adecuación y puesta al día que lleva a cabo el Poder Constituyente Permanente.

Cuando nadie se interesaba por la transparencia y la rendición de cuentas, la Carta Magna era omisa al respecto; cuando los homosexuales comenzaron a exigir la posibilidad de unirse legalmente, la Constitución-norma tuvo que adecuar su texto a

Por otro lado, la fría recepción que las más jóvenes generaciones hacen de estos principios, da cuenta de la frivolidad con que la cosa pública es conducida en la actualidad. Los gobernantes no hacen resonar con su actuación cotidiana, la fuerza de la Constitución como el más preciado bien de los habitantes de ayer y de hoy.

Como una cuestión de suyo ordinaria, el abuso de poder y las complicidades, han inundado el ser del Estado; el gobierno –orden articulador del Estado- está fracturado, carece de dirección y la ausencia de políticas públicas de largo alcance, cede el paso a la improvisación y a los yerros que esta conlleva. Aunado a esto, la imprecisión normativa, sus vaguedades y hasta lo que Valadés llamó la normogogia⁵, muestran la cara visible de una sociedad estancada, carente de fuerza y motivación para detonar el potencial que desde hace mucho, nos tendría que haber puesto en los ojos del mundo como un país en pleno desarrollo.

Dejando de lado la parte que le toca al gobierno, los ciudadanos intentamos aprehender dicho estado de cosas; sin embargo, la realidad es tan abrupta que irrumpe intempestiva en nuestras reflexiones. Poco tiempo tenemos para digerir lo que aconteció, porque ya mañana hay nuevos asuntos que enfrentar y tratar de asimilar. De este modo, bien entrado ya el siglo XXI, seguimos empantanados en las indefiniciones, en la falta de orden y dirección, en la ausencia de liderazgos auténticos que den rumbo a la *res pública*.

Sólo en vía de ejemplo, la Constitución mexicana incansablemente reformada y, por lo mismo, inexorablemente deformada, no camina de la mano con la sociedad que aún la mira como la única fuente infalible de poder y derechos; de poder para quienes ocupan los espacios públicos; de derechos para los habitantes, siempre tan vulnerables y expuestos a los abusos y las corruptelas. De todo esto, la experiencia nos enseña que el máximo desiderátum jurídico ha sido desbordado por las prácticas ilegales y por las decisiones inconstitucionales de los administradores de la cosa

⁵ Esta voz fue usada por Diego Valadés, Presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, durante el discurso inaugural que pronunció en el Congreso que el citado Instituto realizó en la Universidad Externado de Colombia del 15 al 18 de septiembre de 2015. La *normogogia*, representa el uso sesgado que conscientemente se hace de la norma; Según Valadés, los demagogos juegan y simulan con la democracia; los normogogos son peores, pues juegan y simulan con la ley

la aparición de nuevos derechos, o por lo menos, a las nuevas orientaciones de los derechos que su texto ya reconocía. La igualdad tiene ahora varios matices.

Ante estas nuevas expresiones de lo constitucional que debe recoger, reconocer y defender los derechos de los diferentes y de los iguales, la Constitución-norma ha tenido que ser reformada. Lo mismo pasó ante la pertinencia de avalar la reelección para ciertos cargos de elección popular; por esa causa, la Constitución-norma tuvo que ser reformada.

Por su parte, las normas constitucionales de tipo reglamentario, tratan cuestiones de orden operativo; *vgr.*, cómo llevar a cabo el día de la jornada electoral, cómo realizar el nombramiento de los Ministros de la Corte, cuál es el plazo para intentar una acción de inconstitucionalidad, etc. Todo esto, nada tiene que hacer en el texto de la Constitución

Con base en estas afirmaciones, el natural desdoblamiento de *lo constitucional* del texto y lo reglamentario de la Constitución, nos apremia a llevar a cabo una modificación sustancial e inédita que permita asentar en el texto constitucional solamente lo esencial, y pasar todo lo tangencial y los incontables pormenores de requisitos, plazos, nombramientos, instalación, características y hasta formalidades no esenciales, a lo que en el Instituto de Investigaciones Jurídicas han llamado una Ley de Desarrollo Constitucional⁶.

Este es, en nuestra opinión, el nuevo diseño del constitucionalismo de hoy. Las Constituciones y concretamente la nuestra, no pueden abandonar su sitio de *corpus* esencial para ubicarse en el nivel de ordenamiento reglamentario; por lo mismo, expuesto a las reformas de lo nominal, de lo coyuntural y de la letra que a veces trasciende hasta la incorrección y las nimiedades. Y por supuesto, nuestra Carta Magna en letras, no debe seguir expuesta a las reformas fáciles que en medio de la irreflexión, pueden trastocar temas vitales de nuestra Constitución-esencia⁷.

⁶ Vid. <http://www2.juridicas.unam.mx/constitucion-reordenada-consolidada/>

⁷ En el marco de estas cuestiones, vale la pena detenernos a reflexionar sobre “lo constitucional” de una reforma que es capaz de alterar algo tan esencial como el principio de “no reelección”. La reforma

se dijo, para convertirla en un auténtico Tribunal Constitucional; otra modificación permite hoy la reelección –cuando este fue uno de los principales detonantes de la Revolución de 1910-; otra, convirtió al IFE en INE, quitándole su carácter federal para permitir la intromisión de “la federación” en los asuntos locales; otra, en materia procesal introdujo los juicios orales y las Salas de Audiencias al estilo anglosajón, cuando la impartición de justicia en México tiene necesidades más apremiantes como la capacitación a los jueces y la erradicación de la corrupción.

Así como estas, han venido otras reformas constitucionales que han cambiado la fisonomía primigenia de la nación mexicana. Todavía recordamos la absurda reforma de 1992 que pretendía reactivar el campo mexicano y que hoy, dos décadas después, sólo sirvió para empobrecer más a los campesinos y más todavía a los ejidatarios. Ni qué decir de las reformas en telecomunicaciones y en materia energética; sus consecuencias las viviremos en los años siguientes.

Otra forma de trastocar la identidad constitucional es la denominada mutación constitucional operada por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Un ejemplo de tal situación es el criterio de la Corte para considerar constitucional el arraigo. Son muchos los argumentos desde los principios políticos-jurídicos fundamentales de nuestro texto constitucional para determinar que esta figura transgrede el derecho de los presuntos responsables a ponerlos sin demora o dentro de un plazo razonable ante autoridad judicial⁸, la obligación de descubrir el hecho delictivo por parte del Ministerio Público antes de la primera entrevista con el presunto responsable, así como la violación al principio de presunción de inocencia; etc. Con esta decisión, la Corte desconoció la protección de los derechos fundamentales refrendado con la reforma constitucional en esta materia en el año 2011. Si bien es cierto, que no podemos apostar por una inmutabilidad absoluta del texto constitucional, también lo es que debe operar una interpretación que respete el *noúmeno identitario constitucional* para contar con una dialéctica coherente con los valores

⁸ Ferrusca Peláez, Mercedes, “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones al derecho humano a la libertad, la detención y el arraigo”, en *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014

constitucionales. Aunado a esto, nuestro máximo intérprete de la Constitución hizo a un lado los criterios más protectores del derecho a la libertad vertidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos. En este sentido, nos preguntamos si es suficiente la redacción de un *precepto* en la Constitución para que su *contenido* sea constitucional; si una *figura jurídica* puede calificarse de constitucional, con la sola decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, ¿acaso no importa que dicho criterio se desapegue de los principios jurídico político fundamentales?

Sobre este punto, es oportuno citar a Jorge Carpizo cuando refirió que en el derecho constitucional, como en general en todas las ciencias sociales, los actos no pueden desligarse de las teorías. La congruencia constitucional juega un papel trascendente en el desarrollo cotidiano de la realidad democrática. De tal forma, que los principios jurídicos fundamentales son las ideas rectoras del actuar de los poderes públicos y de los ciudadanos⁹.

Con estos ejemplos, queda manifiesta la necesidad de redireccionar el sentido de nuestra Carta Magna y de sus contenidos esenciales; el apremio por dar coherencia al entramado jurídico y constitucional de México para retomar el camino del desarrollo en el ánimo de generar bienestar para los habitantes y erradicar la miseria de más de la mitad de la población.

De modo tal que la recuperación del sentido primigenio de nuestra Constitución, debe ser escudriñado desde la existencia de ciertas decisiones fundamentales –tal vez sea más correcto decir “fundacionales”- que desde los primeros ejercicios constituyentes empezaron a dar a México su propia fisonomía. La nueva voz que aquí acuñamos, pretende ser útil para distinguir las decisiones esenciales que nacieron con la Constitución, de las que el devenir y las transformaciones compelen a introducir en el texto constitucional.

Como sabemos, uno de los autores más interesados en esta temática fue Carpizo, quien identificó seis decisiones políticas fundamentales en la Carta Magna de 1917.

⁹ Carpizo, Jorge, “Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana”, *Revista Derecho del Estado*, núm. 27, julio-diciembre, 2011, p. 13

III. (NUEVAS) LAS DECISIONES POLÍTICAS FUNDAMENTALES EN CONTEXTO

En inconcuso que el entramado social tiene una fuerte vinculación con lo que se dice desde la Constitución. Temas esenciales como las condiciones y requisitos para ser considerados nacionales, para ser elegibles para algún cargo de elección popular, o reglas para el acceso a la administración pública; o asuntos de diferente cariz como los derechos humanos y el acceso a la justicia, la alimentación y la educación; los derechos de los menores, la equidad de género; todo esto se dice desde la Constitución.

La Constitución es, en muchos sentidos, origen, diseño y proyección del Estado; es, también, el *corpus* esencial, el punto de partida del ser y deber ser de la cosa pública; fuente de derechos humanos y sus garantías; trazo firme, definido para el porvenir. Esto es lo que representa la Constitución para el Estado y para el pueblo del Estado. Para el primero -que se hace visible en los gobernantes-, origen y fundamento; límite infranqueable; para los segundos, simplemente el venero de sus derechos y garantías.

Sin embargo, la práctica cotidiana no expresa esto que debiera ser un asunto cotidiano e invariable. Por eso, nos preguntamos sobre lo que hoy en día representa la Constitución para el pueblo y cuál es el alcance de “lo constitucional” en el marco de los procesos de integración regional y mundial que, al parecer, exigen como condición previa e insoslayable, el derrumbe de las identidades nacionales y, con ello, la desaparición o cuando menos, la atenuación de la fuerza y presencia de las instituciones vernáculas.

Sólo para citar un ejemplo, en México, las profusas reformas constitucionales han variado el sentido de diversas instituciones, a saber: la reforma que modificó la integración y número de Ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, según

respectiva dio muestras de la avilantés del Congreso de la Unión, al modificar los artículos que regulan este asunto esencial para México

Empero, transcurridos casi cien años de la promulgación del citado texto constitucional, nos preguntamos si a esas *decisiones políticas fundamentales/fundacionales*, podemos agregar otras de reciente formación.

Los ejercicios de orden hermenéutico que hemos llevado a cabo, nos indican que efectivamente, el ordenamiento mexicano ha tenido un desenvolvimiento relevante en los últimos años, a partir del cual, es posible señalar que el desarrollo constitucional por sí mismo nos conduce a la identificación a la manufactura de nuevas exigencias y nuevos modos de operación de lo estatal que conlleva la generación de nuevas decisiones fundamentales que se agregan a las que en este documento hemos llamado las *decisiones fundacionales*.

En este orden de ideas, podemos sostener que entre las tareas asignadas a los órganos Constitucionales Autónomos, es posible destacar algunas que constituyen “nuevas” decisiones políticas fundamentales; tal vez, el término correcto sea *nuevas tareas constitucionales de orden esencial* para México. Sin la necesidad de esgrimir un argumento mayor, podemos señalar que la transparencia y la rendición de cuentas forman parte de este nuevo catálogo de tareas fundamentales; asimismo, el control del poder y, al menos, la función electoral. Con esto, la trilogía funcional del poder, la famosa división de poderes, resulta impráctica, inviable y poco menos que arcaica para el tiempo que vivimos.

Lo que resulta patente, es la limitación evidente del lenguaje que intenta identificar tres poderes, donde las funciones –particularmente las de orden vital- son más de tres e incluso de naturaleza dual o mixta (véanse los casos de las atribuciones interorgánicas y de carácter híbrido).

Ante lo palmario que esto resulta, la generación de nuevas realidades constitucionales nos apremia a su configuración normativa y a su delineación en un lenguaje constitucional cercano, entendible y aprehensible. Aquí se pone de relieve la importancia del lenguaje que nos permite acercarnos a lo constitucional (al menos a partir del texto) y que la sociedad en general, y los operadores jurídicos en especial,

IV. GLOBALIZACIÓN E IMPRONTA DEL ESTADO CONSTITUCIONAL

Por si no fuera suficiente con la problemática arriba apuntada, estamos inmersos en un mundo agitado por la incidencia normativa entre los ordenamientos constitucionales y los instrumentos internacionales, para regular determinadas materias que se consideraban exclusivas del Estado. El fenómeno de la mundialización aunado a la búsqueda de uniones políticas o de otra índole con el propósito de hacer un frente común y mitigar ciertas problemáticas, parecen diluir el papel del Estado y de *su* Constitución. Bajo la perspectiva de algunos constitucionalistas se trata de una pérdida de la realidad constitucional, pues mientras hasta hace no mucho tiempo, el problema de la validez y la eficacia de los preceptos constitucionales se podía presentar como expresión del fenómeno de una normativa que se enfrentaba a una realidad poderosa -rebelde y resistente a dejarse dominar por el Derecho-, lo que sucede ahora, como consecuencia irremediable de los procesos de la mundialización económica y de la reducción de los espacios políticos, es que esa realidad (objeto de regulación), se sitúa en otros ámbitos que la tradición normativa del Derecho Constitucional desconoce o intencionadamente ignora. Llevando el razonamiento hasta sus últimas consecuencias, el Derecho Constitucional comienza a quedarse sin realidad constitucional¹⁰.

Nos queda claro que en el contexto global existe una irreductible pugna entre la mundialización económica y el Estado; es decir, entre la lógica del cálculo y la ganancia y la lógica de las valoraciones políticas constitucionales de la acción estatal¹¹. Este enfrentamiento se hace patente con el enorme aumento de la desigualdad que ha acompañado la difusión del liberalismo de mercado. Esto es importante porque, además de sus implicaciones morales, el aumento de la desigualdad puede menoscabar gravemente el bienestar social, poner en peligro la estabilidad y el progreso económicos y socavar la cohesión política¹². Una de las

¹⁰ Cfr. De Vega García, Pedro, “Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual”, *Revista de Estudios Políticos*, No. 100, 1998, p. 31

¹¹ Jáuregui, Gurutz, “Estado, Soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI”, *Revista de Derecho Político*, No. 44, 1998, pp. 45 y ss.

¹² Informe sobre el comercio y desarrollo, 2014 de UNCTAD, reportó un aumento de la desigualdad en Europa y Latinoamérica

situaciones más peligrosas es el retroceso en la protección de los derechos fundamentales¹³; tarea principal de todo Estado Constitucional.

Pero, sobre todo, contemplamos como lo expresa Pedro de Vega la vuelta atrás en el entendimiento y la realización de los llamados derechos sociales que, en nombre de la racionalidad tecnocrática de la mundialización, ya no sólo sufren los embates de una existencia precaria y vergonzante, sino de los derivados de unas argumentaciones teóricas en las que se niega incluso su propia razón de ser¹⁴.

En América Latina el proceso de integración está marcado por divisiones internas, la existencia de más de 80 acuerdos sectoriales, la proliferación de más de 40 protocolos, tratados y declaraciones, el fracaso de esquemas de integración a nivel Caribe, Centroamérica, Sudamérica, América del Norte y Panamericano¹⁵. Aunado a la necesidad de consolidar la democracia, fortalecer el Estado constitucional, garantizar el respeto a los derechos humanos, promover una economía abierta y equilibrada que además contribuya a reducir la desigualdad y la pobreza en la región. En la actualidad, la doctrina constitucional en su mayoría apuesta por *un ius commune interamericano en materia de derechos humanos*¹⁶, la nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos¹⁷ o *un ius commune americanus*¹⁸.

¹³ Según el Consejo General del Poder Judicial español en el año 2012 se ejecutaron 101.034 lanzamientos hipotecarios

¹⁴ Cfr. De Vega... *Op. cit.*, p. 39

¹⁵ Pampillo Baliño, Juan Pablo, "La Integración Jurídica y el ius commune americano como proyecto de utopía para la tradición jurídica occidental", *Anuario Facultad de Derecho*, número VI, pp. 91 y ss.

¹⁶ Fix-Zamudio, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer-Mac-Gregor (Coord.), Porrúa, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2002, 165. Hitters, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, número 7, 2009, pp. 109-128. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>. Sagües Néstor Pedro, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano", en *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, tomo II, Von Bogdandy, Armin, Ferrer-Mac-Gregor, Eduardo & Morales-Antoniuzzi, Mariela (Coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM-Max Planck Institut, México, 2010, p. 449. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf>

¹⁷ García-Sayán, Diego, *Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos*, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005, p. 324. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>, http://www.corteidh.or.cr/tablas/diego_06.pdf

¹⁸ Pampillo Baliño... *Op. cit.*, pp. 91 y ss.

deben atender con prestancia para hacer que la realidad pueda ser traducida, comprendida y vivenciada desde el texto fundamental.

A partir de estas consideraciones, no resulta arriesgado sostener que la vida humana y su sociedad cultural y política, deben tomar en cuenta las expresiones de reciente cuño, para enriquecer el desiderátum de las nuevas decisiones fundamentales que en cada Estado tienen particularidades inconfundibles. Así, en México, el control del poder (sus vicios) y sus vías de reproche penal, político y administrativo, la rendición de cuentas, la transparencia, la no reelección (a pesar del debate que suscita), el referéndum y su tipología, la libertad y sus límites, la seguridad (tarea inmanente del Estado) y otras cuestiones de similar envergadura, configuran hoy, las nuevas decisiones fundamentales que deben ser recogidas por el orden jurídico-constitucional para distinguirlas de las demás normas constitucionales (con mayor fuerza de las que son de tipo reglamentario).

Ergo, la cuestión se focaliza en la exploración sobre la posibilidad de que a las decisiones políticas fundamentales "de tipo fundacional", se puedan agregar otras que van emergiendo o se van configurando de acuerdo al desarrollo de la sociedad y a la propia dinámica del ejercicio del poder. Este tópico no es asunto menor, pues el carácter fundante de la norma constitucional, nos llevaría a decir que no puede haber más decisiones políticas fundamentales que las inscritas en el texto primigenio, obra y resultado del acto constituyente originario del Estado. Por otro lado, está la idea de que la Constitución nunca es un producto acabado e inalterable, que la sociedad y sus nuevas necesidades y exigencias, requieren la permanente actualización del texto constitucional y, con ello, la concomitante actualización de sus conceptos esenciales.

Esta es la cuestión teórica que subyace en la inacabada discusión entre los partidarios de la reforma constitucional como un proceso consustancial a la Constitución misma y aquellos que sostienen la naturaleza inalterable de las cláusulas pétreas de la Carta Magna. ¿Cambio o permanencia?; ¿reforma o mutación?

De este modo, es común ahora escuchar en las reuniones de especialistas una justificada preocupación por el nuevo derrotero que habrán de tomar los asuntos del Estado en este nuevo escenario mundial y regional, donde la globalización ha echado raíces y las cuestiones concernientes al ejercicio del poder público, parecen escapar del control antes absoluto de la *potestas* del Estado.

A pesar de esta situación compleja y desalentadora, resulta necesario estudiar desde la teoría constitucional, las circunstancias -alteradas como consecuencia de la mundialización- y las estructuras del Estado, para plantear si todavía pueden ser rescatadas, a fin de que la organización jurídico política por antonomasia recupere la coordinación de las relaciones desde el marco de su identidad constitucional y legitimando su papel como primer garante, aunque insistimos, no único, de los derechos fundamentales. De ahí que se sugiera reforzar la identidad constitucional redefiniendo su ingeniería a través de la inclusión de otras decisiones políticas fundamentales que soporten y proyecten al Estado hacia relaciones justas con agentes económicos y con otros Estados.

Para el diseño del Estado constitucional en el contexto de la globalización se debe partir de la idea que no se puede defender una nueva concepción de lo constitucional sin comprender la naturaleza jurídico-política de ésta desde sus albores¹⁹. Es un error querer abrigar novedades constitucionales desconociendo los elementos fundantes que le dan sustento; desde el enfoque epistemológico de las reflexiones que nos ocupan, la primera premisa de investigación es conocer los principios jurídico-políticos que fundaron nuestra Constitución en el año 1917. La situación contraria nos lleva al absurdo de formar un Derecho Constitucional de situación dejando de lado la ideología fundacional democrática de la misma²⁰.

V. A MODO DE CONCLUSIÓN

El contexto mundial actual, hace evidente el apremio por hacer que el Estado funcione mejor y cumpla con sus tareas esenciales, entre las que sin duda, atenuar las penurias de los habitantes, ocupa un lugar preponderante.

Nos parece que el diseño del Estado constitucional amerita, un impulso definitivo que le otorgue solidez y eficacia. Una de las herramientas inmanentes a este proceso, es la transparencia, la rendición de cuentas y un adecuado sistema de responsabilidades que dé viabilidad a los derechos de los habitantes y eficacia a sus garantías. De la mano con esta exigencia de orden pragmático, los reclamos se sitúan en la configuración de un nuevo modelo teórico que facilite la aprehensión y comprensión de lo constitucional fenoménico que las reformas constitucionales no alcanzan a explicar.

En nuestra concepción y a fuer de comprender esto como una aproximación incipiente y apenas germinal, es necesario desdoblar lo constitucional en dos órdenes: Por un lado, lo *constitucional nuclear* que se sitúa en el desiderátum vital de la Carta Magna, es decir, en las decisiones políticas fundamentales (las *fundacionales* y las de reciente manufactura) y, por otra parte, lo *constitucional tangencial* que se materializa en la gran cantidad de reglas y pormenores que nada tienen que hacer en el texto de la *lex legum*. Es hora de emprender esta gran reforma a favor de la comprensión científica, integral y refinada de lo constitucional, sacando al mismo tiempo de las letras de la Constitución-texto lo que la cotidianidad y la vida vertiginosa de nuestra sociedad, son capaces de modificar a cada hora y a cada golpe de timón de la irreflexión y las inercias.

¹⁹ Flores Martínez Alejandra, "El neoconstitucionalismo mexicano en materia de derechos humanos, verdad o ficción desde la teoría de Robert Alexy", en *El Neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy*. Homenaje en su 70 aniversario, Porrúa, México, 2015, p. 7

²⁰ Véase De Vega... *Op. cit.*

FUENTES DE CONSULTA

CARPISO, Jorge, "Los principios jurídico-políticos fundamentales en la Constitución mexicana", *Revista Derecho del Estado*, núm. 27, julio-diciembre, 2011

DE VEGA GARCÍA, Pedro, "Mundialización y Derecho Constitucional: la crisis del principio democrático en el constitucionalismo actual", *Revista de Estudios Políticos*, No. 100, 1998

FERRUSCA PELÁEZ, Mercedes, "Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones al derecho humano a la libertad, la detención y el arraigo", en *Criterios y jurisprudencia interamericana de derechos humanos: influencia y repercusión en la justicia penal*, Instituto de Investigaciones Jurídicas, México, 2014

FIX-ZAMUDIO, Héctor, "Breves reflexiones sobre el concepto y el contenido del derecho procesal constitucional", en *Derecho Procesal Constitucional*, Eduardo Ferrer-Mac-Gregor (Coord.), Porrúa, Colegio de Secretarios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2002

FLORES MARTÍNEZ, Alejandra, "El neoconstitucionalismo mexicano en materia de derechos humanos, verdad o ficción desde la teoría de Robert Alexy", en *El Neoconstitucionalismo en la teoría de la argumentación de Robert Alexy*. Homenaje en su 70 aniversario, Porrúa, México, 2015

GARCÍA-SAYÁN, Diego, *Una viva interacción: Corte Interamericana y Tribunales Internos*, en *La Corte Interamericana de Derechos Humanos. Un cuarto de siglo: 1979-2004*, Corte Interamericana de Derechos Humanos, San José, Costa Rica, 2005. Disponible en:

<http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>,
http://www.corteidh.or.cr/tablas/diego_06.pdf

Siguiendo a Jorge Carpizo, diremos que para evitar tener un Derecho Constitucional de situación se requiere tener conciencia de la razón y *telos* de los principios rectores fundantes de la Constitución mexicana de 1917 desde dos perspectivas: principios jurídico-políticos fundamentales propios del régimen democrático y los propios de la evolución política de México. En esta última perspectiva es donde podemos preguntarnos si desde la evolución política de México a cien años del nacimiento de la Constitución, existen otros principios jurídico políticos, según los grados de madurez histórica y de conciencia democrática en el país. Asimismo, si conforme a los requerimientos de un ordenamiento jurídico complejo en la globalización, es necesaria una nueva ingeniería constitucional que permita anclar a la Constitución mexicana en una proyección nacional e internacional dentro del siglo que caminamos.

Desde el posicionamiento teórico de este trabajo es crucial alimentar los principios jurídico políticos de *natura* constitucional, a partir de la evolución política de México para contar con una identidad constitucional fuerte y conforme a los retos que le impone la globalización. Así podríamos proponer el reconocimiento y abrigo constitucional de nuevas decisiones políticas fundamentales en los siguientes términos:

PRINCIPIOS JURÍDICO POLÍTICOS DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA PROPIOS DE LA EVOLUCIÓN POLÍTICA DE MÉXICO A CIEN AÑOS DE SU PROMULGACIÓN

a) Evolución Interna

Transparencia y rendición de cuentas

Garantías constitucionales

Derechos Humanos

b) Evolución Externa (visión global)

Relaciones internacionales justas

Protección progresiva a los derechos humanos

Relaciones internacionales coordinadas no subordinadas

HITTERS, Juan Carlos, "Control de constitucionalidad y control de convencionalidad. Comparación. Criterios fijados por la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en *Estudios Constitucionales*, número 7, 2009. Disponible en: <http://www.scielo.cl/pdf/estconst/v7n2/art05.pdf>.

JÁUREGUI, Gurutz, "Estado, Soberanía y Constitución: algunos retos del Derecho Constitucional ante el siglo XXI", *Revista de Derecho Político*, No. 44, 1998

PAMPILLO BALIÑO, Juan Pablo, "La Integración Jurídica y el ius commune americano como proyecto de utopía para la tradición jurídica occidental", *Anuario Facultad de Derecho*, número VI

SAGÜÉS, Néstor Pedro, "El control de convencionalidad como instrumento para la elaboración de un ius commune interamericano", en *La justicia constitucional y su internacionalización: ¿hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*, tomo II, Armin von Bogdandy, Eduardo Ferrer-Mac-Gregor & Mariela Morales-Antoniuzzi (Coords.), Universidad Nacional Autónoma de México, UNAM-Max Planck Institut, México, 2010. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2895/15.pdf>

Para lograr lo anterior, se proporciona una visión general del constitucionalismo latinoamericano en el que podemos advertir que la mayoría de los países han expedido una nueva Constitución. Se expondrán cuáles son los problemas de tipo técnico que presenta el texto constitucional mexicano, se describen y valoran diversas posiciones de constitucionalistas, personajes y grupos políticos respecto al tema que nos ocupa, para después poner énfasis en la fuerza que tienen actualmente los poderes fácticos y la influencia que pudieran desplegar en un Congreso Constituyente mexicano. Finalmente, se exponen las conclusiones a las que se llega en este trabajo.

II. CONTEXTO LATINOAMERICANO

El estudio de la historia constitucional latinoamericana nos demuestra que han sido diversos los motivos por los que se han producido cambios en el ámbito constitucional al interior de cada país. Vamos a intentar explicar y aclarar qué entendemos por "cambio constitucional".

Dicha expresión tiene una pluralidad de significados dependiendo del marco teórico que se utilice,²¹ por ejemplo, Alfonso Da Silva se refiere "a los procesos de acomodación de las normas constitucionales a la realidad, no se incluye a las formas de rompimiento o de vaciamiento de la Constitución. Así, sólo hay dos formas de realizar esta acomodación: la reforma constitucional y la mutación constitucional."²² Sin embargo, advertimos que se usa en este trabajo en el sentido que lo hace Negretto, pues utilizamos su armazón teórico de la "elección constitucional", en la que la expresión alcanza la sustitución de una Constitución.

Este último autor menciona que tres tipos de acontecimientos políticos ofrecen incentivos para llevar a cabo un cambio constitucional, ya sea limitándose a reformar la Constitución o bien hasta llegar a su reemplazo: "Transformaciones políticas a nivel

²¹ Böckenförde, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000, p. 181.

²² Da Silva, José Alfonso, "Mutaciones constitucionales", trad. de María del Pilar Hernández, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 1, Julio-Diciembre 1999, pp. 2 y 3. www.juridicas.unam/publica/rev/const/const/1/tes/tes1.htm

del Estado o del régimen, cambios en el equilibrio de poderes entre actores partidarios, y crisis institucionales derivadas de un desempeño deficiente de la Constitución.”²³

El primer caso ocurre al fundarse un Estado o al haber un cambio de régimen; el segundo, cuando las instituciones ya no son funcionales al grupo en el poder y, el tercero, cuando se presenta una crisis de gobernabilidad, legitimidad o representación.

Bajo dicho patrón de análisis encontramos que un buen número de Estados latinoamericanos, por diversos motivos, llegaron a realizar procesos constituyentes que dieron como resultado la expedición de nuevas Constituciones. Uruguay encaja en el primer caso, esto es, con la transición del régimen autoritario al democrático. Conviene recordar que en el siglo pasado América Latina estuvo caracterizada desde el punto de vista político por el autoritarismo. Sabemos que éste puede pasar por diversas manifestaciones que van desde el patrimonialismo, pasando por el cacicazgo hasta llegar a formarse Estados totalitarios.²⁴ En la región latinoamericana, concretamente, en el caso citado el poder se transmitió, no por elecciones competitivas, sino a través de la intervención militar.

El 27 de junio de 1973 se dio un golpe de Estado en Uruguay, se disolvieron las Cámaras del Congreso para dar paso a la formación de un Consejo de Estado. La dictadura cívico-militar, junto con otros gobiernos como los de Chile, Argentina, Paraguay, Bolivia y Brasil, establecieron cooperación de inteligencia militar y en 1975 se concretó en la llamada “Operación Cóndor”, que se encargó de llevar a sus extremos la “Doctrina de la Seguridad Nacional”, que no aceptaba a los movimientos de izquierda y los consideraba como sus enemigos, por ende, llevaron a cabo acciones encubiertas que terminaron por sembrar terror y muerte, como fue el caso aludido.

²³ Negretto, Gabriel L., *La política del cambio constitucional en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015, pp. 69 y 70.

²⁴ Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional mexicano y comparado*, 2ª. ed., México, Porrúa, 2001, p. 283.

¿REFORMA O REEMPLAZO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA EN 2017?

Miguel Ángel Rodríguez Vázquez*

SUMARIO: I.- Introducción; II. Contexto latinoamericano; III. Críticas al texto constitucional mexicano desde el punto de vista técnico; IV. Opciones del constitucionalismo mexicano; V. Conclusiones; Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN

El 5 de febrero de 2017 se cumplen cien años de la promulgación de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, lo que ha generado la discusión relativa a la conveniencia de expedir o no una nueva Constitución, de ahí lo oportuno de abordar este tema que es de gran relevancia para el pueblo de México.

La mayoría de los países latinoamericanos, por diversas causas, han realizado sus respectivos procesos constituyentes que arrojaron como resultado nuevas Constituciones. En el caso mexicano la incógnita por despejar consiste en dilucidar si se continuará por el camino de las reformas a través de las cuales se actualice el texto constitucional para que dé respuesta a los problemas actuales, tal como se ha hecho hasta el día de hoy desde 1917, o bien, si sigue el sendero andado por otros Estados de América Latina.

Este trabajo tiene como objetivo presentar una visión panorámica sobre los pros y los contras de expedir o no una nueva Constitución, tanto desde el punto de vista técnico como político y social, así como evaluar los riesgos que se corren y las ventajas que se pudieran obtener.

* Doctor en Derecho por la UNAM. Profesor-investigador en la Facultad de Derecho de la Universidad Juárez del Estado de Durango. Investigador nivel I del Sistema Nacional de Investigadores. Magistrado en Retiro. Miembro Asociado de la Sección Mexicana del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional.

Luego de diversos hechos que acontecieron, el 12 de noviembre de 1980 se realizó un plebiscito con la finalidad de someter a consideración al pueblo una nueva Constitución que sustituyera la de 1967, y con ello construir un nuevo orden constitucional para legitimar el control político de los militares, empero fue rechazada con un 56,83% para el NO y el 42,51% para el Sí.

Así pues, quedó de manifiesto la voluntad ciudadana de acabar con el régimen autoritario para dar paso a uno democrático. El primero de marzo de 1985, luego que se llevaron a cabo elecciones en noviembre del año anterior, llegó a la presidencia Julio María Sanguinetti.

Por tales razones, es que se pueden entender los motivos por los que en las Constituciones latinoamericanas encontramos un amplio catálogo de derechos humanos y de sus garantías, además los movimientos surgidos para su reparación, encontrar la verdad y la justicia, que son ideas que sustentan a la justicia transicional, la cual “está asociada con periodos de cambio político, caracterizados por respuestas legales que tienen el objetivo de enfrentar los crímenes cometidos por regímenes represores anteriores.”²⁵

Los otros dos casos, según Negretto por los que se dan los cambios constitucionales tienen que ver con Argentina y Colombia. En el primer país, el citado autor llega a la conclusión que la reforma constitucional se hizo por el interés que tenía el grupo en el poder de lograr la reelección inmediata del presidente de la República, por lo que se hizo con fines redistributivos. En cambio, en Colombia se creó una nueva Constitución en 1991 debido a una crisis política e institucional, fue “una respuesta colectiva de la élite política ante la incapacidad del Estado para contener la violencia política y los conflictos sociales a fines de los ochenta.”²⁶

²⁵ Teitel, Ruti, “Genealogía de la justicia transicional”, Artículo “Transitional Justice Genealogy”, traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. © (2003) The President and Fellows of Harvard College and Harvard Human Rights Journal, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Cambridge, Spring 2003, p. 1, <http://newpensamientopenal.com.ar/01092009/derechoshumanos02.pdf>

²⁶ Negretto, Gabriel L., *op. cit.*, nota 3, p. 220.

aspecto de participación ciudadana para fortalecer la democracia, como las consultas populares y los referendos, así como en el régimen político y ordenamiento territorial.²⁸

Llaman poderosamente la atención las reformas que se han hecho en diversos países con la finalidad de permitir la reelección inmediata del presidente, lo cual amerita un estudio completo que rebasaría el análisis que aquí se lleva a cabo, de ahí que únicamente me limite a mencionar que genera incentivos para que el titular del Poder Ejecutivo concentre más poder en detrimento de los titulares de los otros poderes, lo que de una manera u otra debilita al Estado constitucional y la consolidación de la democracia.

Entonces, por una parte, las constituciones latinoamericanas consagran aspectos progresistas como es el catálogo de derechos, pero, por la otra, hay un fortalecimiento de los titulares de los poderes ejecutivos, lo que puede ir en detrimento de los avances logrados, de ahí que coincidamos con Gargarella en el sentido de que “una reforma progresista de la Constitución no sólo requiere la introducción de nuevos derechos sociales, económicos y culturales, sino también la introducción de cambios profundos en el resto de la estructura constitucional que recibirá y dará marco a esos derechos que queremos vitales y activos.”²⁹

III. CRÍTICAS AL TEXTO CONSTITUCIONAL MEXICANO DESDE EL PUNTO DE VISTA TÉCNICO

A través de los años, el contenido del texto constitucional se ha incrementado en forma considerable, pero se ha descuidado la calidad por la falta de técnica constitucional, lo cual ha generado problemas para su conocimiento, interpretación y aplicación.

²⁸ Uprimny, Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, México, siglo veintiuno editores, 2011, pp. 117 – 122.

²⁹ Gargarella, Roberto, “Pensando en la Reforma Constitucional en América Latina”, en *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, México, siglo veintiuno, 2011, p. 105.

Para desarrollar este apartado es conveniente hacer el esfuerzo por definir lo que es la “técnica constitucional”, habida cuenta que se le menciona con frecuencia, empero no se explica cuál es su significado y se da por sentado que es clara la comprensión sobre la misma.

En su propuesta, Linares Quintana considera que respecto a la técnica constitucional que se debe cumplir con lo siguiente: adecuación a la realidad institucional, estabilidad, flexibilidad, fundamentabilidad, prudencia y el lenguaje.³⁰

A mi juicio, por técnica constitucional se entiende, para efectos de este trabajo: “*una serie de reglas que son utilizadas para formular un texto constitucional o introducirle reformas así como para su aplicación, con la finalidad de que sea claro, comprensible y sistematizado, con contenidos fundamentales congruentes con los objetivos fijados y con la pretensión de que incida en el terreno de lo fáctico.*”³¹

En cuanto a la formulación de un texto constitucional y las reformas que se le realicen, debe tenerse cuidado con la selección de los contenidos, en virtud de que son diferentes a los de una ley ordinaria, en la Constitución debe estar lo fundamental. Si aplicamos al pie de la letra lo anterior, encontramos que diversas disposiciones de nuestro texto constitucional vigente son francamente reglamentarias, como son los artículos 2, 3, 20, 27, 28, 41, 79, 99, 105, 107, 115, 116, 122 y 123 constitucionales. Asimismo ese contenido debe ser fijado en función de los objetivos que se persigan, por lo que debe estar presente el elemento teleológico, por ejemplo, el establecimiento del “orden jurídico fundamental de la comunidad.”³² Por otra parte, debe cuidarse el lenguaje, que sea claro y preciso, ya que las normas jurídicas son instrumentos de comunicación que contienen mensajes para sus destinatarios, de ahí que sea necesario evitar la ambigüedad y la vaguedad, pues éstas crean problemas de interpretación y, consecuentemente, de aplicación de las normas.

³⁰ Linares, Quintana, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, t. III, 1953, pp. 563 – 614.

³¹ Rodríguez Vázquez, Miguel Ángel, “Análisis del diseño constitucional en México”, ponencia presentada en la Universidad de San Luis Potosí, en el marco del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, el 4 de febrero de 2016.

³² Böckenförde, Ernst Wolfgang, *op. cit.*, nota 1, p. 159.

Los resultados de los procesos de cambio en Latinoamérica, si partimos de 1978, tal como lo han hecho otros constitucionalistas, se han concretado en la expedición de las siguientes constituciones: en Ecuador se comenzó en dicho año, luego Perú en 1979, Chile en 1980, Honduras en 1982, El Salvador en 1983, Guatemala en 1985, Nicaragua en 1987, Brasil en 1988, Colombia en 1991, Paraguay en 1992, nuevamente Perú en 1993, otra vez Ecuador en 1998, Venezuela en 1999, de nueva cuenta Ecuador en 2008 y Bolivia en 2009. México es de los pocos países que no ha expidido formalmente nueva Constitución, sino que continúa vigente la de 1917, aunque con centenas de reformas.

En las nuevas constituciones, sobre todo en las últimas, se reconocen jurídicamente las diferencias; además, del modelo tutelar de los indígenas se transita hacia el constitucionalismo multicultural, luego al pluricultural hasta llegar al plurinacional en las constituciones de Bolivia y Ecuador.²⁷

En cuanto al reconocimiento de derechos, no se contienen únicamente los derechos civiles y políticos, sino, además, los derechos económicos, sociales y culturales. También hay una serie de derechos novedosos como el reconocimiento de los derechos de la naturaleza, como es el caso de Ecuador que en el artículo 10 párrafo segundo de su Constitución establece: “La naturaleza será sujeto de aquellos derechos que le reconozca la Constitución”. Además, el artículo 71 párrafo primero consagra: “La naturaleza o Pacha Mama, donde se reproduce y realiza la vida, tiene derecho a que se respete integralmente su existencia y el mantenimiento y regeneración de sus ciclos vitales, estructura, funciones y ciclos evolutivos.”

Un aspecto de suma importancia para la formación de los bloques de constitucionalidad fue la recepción del Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Consecuentemente, para hacerlos efectivos se tuvieron que consagrar diversos mecanismos de control de constitucionalidad así como otros no jurisdiccionales. Asimismo se suscitaron cambios, como nos dice Uprimny, en el

²⁷ Yrigoyen Fajardo, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en César, Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina*, México, siglo veintiuno editores, 2011, p. 139.

Aunado a lo anterior, un texto constitucional debe observar sistematicidad con la finalidad de que haya seguridad y previsibilidad para los destinatarios de la norma sobre las consecuencias de su proceder, como resultado de la coherencia y completitud que debe observar.³³ Además, se debe guardar un orden, esto es, las disposiciones deberán estar colocadas en el lugar que les corresponda de conformidad con el diseño realizado.

Por último, al momento de hacerse el diseño constitucional es menester tomar en cuenta dos factores que deben estar presentes: la estabilidad y la flexibilidad. Esto es, se debe contener una cláusula que le dé rigidez a nuestra Constitución, pero sin que pierda la oportunidad de adecuarse a los cambios económicos, políticos, sociales y culturales, para que sea útil a la sociedad.

Ahora bien, ya centrándonos en las reformas constitucionales realizadas en nuestro país a la Constitución vigente, notamos que son constantes, a tal grado que hasta enero de 2016 (se publicó en el *Diario Oficial de la Federación* el día 29 y se reformaron 52 artículos) se han expedido 227 decretos que según el “Sumario de Reformas a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, se han hecho 684 reformas, a las que hay que agregar 9 a los artículos transitorios y 4 a los artículos transitorios de decretos de reforma, lo que da un total de 697 reformas.

El estudio académico realizado por el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México y el Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional denominado: “*Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*”, afirma que el texto constitucional es “cada vez más extenso, desordenado, asistemático y descuidado desde el punto de vista técnico”, por lo que se amerita realizar su “reordenación y

³³ Bulygin, Eugenio, “Teoría y técnica de la legislación”, en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía, *Elementos de técnica legislativa*, 4ª. ed., México, Porrúa, 2010, p. 90.

es lo que doctrinalmente y en derecho comparado conocemos como “leyes orgánicas”. Se trata de aquellas que tienen más jerarquía que las leyes ordinarias, pero se encuentran por debajo de la Constitución, cuyo propósito principal, dice Don Héctor Fix-Zamudio, “obedece a la necesidad de fortalecer la *constitucionalidad* de la Constitución.”³⁵ (2006: p. XIV). Con la creación de dichas leyes se pretende que disminuya el número de reformas constitucionales y tenga estabilidad el texto constitucional, sin que interrumpa el avance legislativo; además, se fortalece el principio de supremacía constitucional.³⁶ Como sabemos, Francia fue el primer Estado que consagró las leyes orgánicas constitucionales, concretamente, en el artículo 46 de la Constitución de 1958, pero para que puedan ser promulgadas, el Consejo Constitucional debe declarar su conformidad con la Ley Fundamental. En México, en caso de que se prevea su existencia, se propone exigir una consulta previa de constitucionalidad a la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En otros países han sido previstas en sus constituciones, por ejemplo, en España en el artículo 81 y en Chile en el artículo 83. En Colombia con el nombre de leyes estatutarias, en el artículo 152.

IV. OPCIONES DEL CONSTITUCIONALISMO MEXICANO

Aun cuando el proyecto que se presentó desde el punto de vista técnico está muy bien fundamentado, hay constitucionalistas y grupos políticos que van más allá del mismo y consideran que es la oportunidad para expedir una nueva Constitución. En primer lugar, nos referiremos a constitucionalistas destacadas que tienen posiciones encontradas, para después referirnos al aspecto político.

Jaime Cárdenas Gracia, desde hace ya varios años, ha sostenido que es necesario expedir una nueva Constitución, pero aclara que “no solo por razones estéticas, sentimentales o de cambio histórico, sino por motivaciones jurídicas de diseño institucional, de estabilidad y de gobernabilidad política.”³⁷ Para sustentar su punto de

³⁵ Fix-Zamudio, Héctor, “Prólogo”, Sepúlveda, Ricardo, *Las leyes orgánicas constitucionales*, México, Porrúa, 2006, p. XIV.

³⁶ Sepúlveda, Ricardo, *Ibid*, p. 166.

³⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, “Cuatro reflexiones en torno a una nueva Constitución”, en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 8, 2000, p. 53.

vista se centra en la crítica a los “defectos de la actual Constitución”, y los divide en tres: los que tienen que ver con la historia, los relativos al entramado institucional y con el nivel de consenso que suscita la Constitución. Propone el procedimiento para elaborarla y los ejes del nuevo texto.

Por su parte, Miguel Carbonell, en diversos foros y publicaciones ha planteado la posibilidad de crear una nueva Constitución. Su análisis parte que tenemos un texto constitucional muy detallista y prolijo. Afirma que muchas de las reformas se han hecho porque los legisladores quieren pasar a la historia y que su nombre sea recordado por generaciones, pero desconocen lo que debe contener una Constitución y han añadido al texto cuestiones poco esenciales. Al respecto, vislumbra dos caminos: uno “decretarse de *facto* una moratoria en materia de cambios constitucionales para que se le diera a la Constitución un respiro hasta febrero de 2017.”³⁸ El otro escenario es contemplar la posibilidad del “reemplazo radical de sus contenidos a través de la convocatoria a un Congreso Constituyente”.³⁹ Por lo que señala: “[...] Quizá sea tiempo de ir vislumbrando una opción de reemplazo radical de sus contenidos a través de la convocatoria a un Congreso Constituyente [...]”⁴⁰

Otros constitucionalistas se han manifestado en contra de una nueva Constitución, como Diego Valadés, actual presidente del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; también en su momento, en 2010, hizo lo propio Jorge Carpizo, ex presidente de dicho Instituto. A continuación vamos a exponer los argumentos que este último personaje esgrimió al respecto.

En *Cuestiones constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional* número 24 de 2011, se publicó un ensayo de Jorge Carpizo escrito en 2010 en el que expuso las razones por las cuales consideraba que no era necesario crear una nueva Constitución, textualmente afirmó lo siguiente:

³⁸ Carbonell, Miguel, *¿Por qué no una nueva Constitución?*, en *Nexos*, No. 434, 2014, p. 53.

³⁹ *Idem.*

⁴⁰ *Idem.*

consolidación”,³⁴ para optimizar a la Constitución, como dice Pedro Salazar, director del primero de los institutos citados, “hacerla más clara, ordenada y, por lo mismo, accesible a la lectura”.

Las razones por las cuales se hace dicha afirmación, las podemos localizar en el Estudio Introdutorio, en el que se señala que existen en el texto constitucional disposiciones duplicadas, uso variable e inconsistente de la terminología, disparidad en el alcance y profundidad de la regulación, desorden y falta de sistema en la materia regulada en los artículos constitucionales, deficiente ubicación de las disposiciones constitucionales, errores en la actualización del texto y disposiciones que son propiamente reglamentarias.

En efecto, luego de hacer un análisis minucioso del texto constitucional, podemos corroborar que existen tales fallas técnicas, por lo que urge su corrección por parte de especialistas en la materia constitucional para que sea un texto al que puedan acceder todas las personas para conocer sus derechos y hacerlos valer por la vía correspondiente.

Se aclara en dicho Estudio que no se pretende la “Constitución ideal”, sino solamente llevar a cabo su revisión técnica sin “suprimir normas ni alterar los acuerdos políticos que dan sustento a la Constitución vigente”. La propuesta pretende restarle 22.6% de su contenido, pues su volumen se ha incrementado considerablemente, de las 21,000 palabras de extensión que tenía en 1917, para julio de 2014 ya eran 63,649 y uno de los motivos para que tal hecho aconteciera, fue que se consagran diversas disposiciones que tienen carácter reglamentario y, por ende, no deberían estar en la Constitución.

Desde el punto de vista técnico es una buena opción realizar la reordenación y la consolidación del texto constitucional porque facilitaría su lectura e interpretación. La propuesta se complementa con la creación de “leyes de desarrollo constitucional”, que

³⁴ El estudio académico realizado por los aludidos institutos se denomina: “Hacia la reordenación y consolidación del texto de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos” y se encuentra en: <http://www2.juridicas.unam.mx/constitución-reordenada-consolidada/estudio-introdutorio>.

La creación de una nueva Constitución, no es un ejercicio teórico, no es una discusión académica, no es la expresión de buenos deseos o intenciones. Se crea una nueva Constitución cuando existe una ruptura –pactada o no- del orden jurídico, lo cual es un dato del mundo del ser, de la realidad y no del mundo del deber ser. Esa ruptura acontece porque la Constitución ya no rige jurídicamente a la sociedad, porque existe ingobernabilidad o por algunas de las otras causas de ruptura –pactadas o no- [...] El dato a retener es que una nueva Constitución se crea, más allá de que se quiera o no, cuando así tiene que acontecer ante la ruptura del orden jurídico [...]⁴¹

Junto con dicho argumento, el citado constitucionalista esgrime otros, como el relativo a que, a través de sucesivas reformas, nuestra Constitución se ha ido modernizando; que es difícil que lleguen a acuerdos las principales fuerzas políticas sobre las decisiones fundamentales y habría el riesgo de que se redacten normas muy ambiguas o deleguen al legislador ordinario aspectos sustanciales; que los problemas existentes no se han generado por la norma constitucional, sino por “prácticas y costumbres políticas viciadas”.

Aunado a lo anterior, hizo ver los peligros que acarrearía crear una nueva Constitución para los derechos sociales, como es la regresividad, y que “la tesis y el aspecto más importante de nuestra Constitución [...] es el de la justicia social”. No hay que olvidar que la Constitución mexicana de 1917 es pionera del constitucionalismo social.

En lo político, Cuauhtémoc Cárdenas, quien es uno de los líderes más prestigiados de la izquierda mexicana, en agosto de 2015, convocó a todos los sectores de la sociedad a realizar un proyecto de nación que se concretaría en la formulación de una nueva Constitución.⁴²

⁴¹ Carpizo, Jorge, “¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas”, en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 24, México, UNAM, 2011, p. 160.

⁴² <http://www.eluniversal.com.mx/articulo/nacion/politica/2015/08/19/cardenas-convoca-integrar-nuevo-proyecto-de-nacion>

En cuanto al cambio de equilibrio entre los actores partidarios, hasta ahora en el ámbito federal se han mantenido en el panorama político los tres principales partidos políticos, PRI, PAN y PRD, que conservan su fuerza electoral en las cámaras, aunque pudiera darse ese cambio con la aparición de MORENA para las próximas elecciones federales en donde se dispute la Presidencia de la República e incluso se espera la aparición de candidatas y candidatos independientes. Aunado a lo anterior, se hace la aclaración que si bien ha habido alternancia en la titularidad del Poder Ejecutivo Federal, así como en los locales, y se tiene también un Congreso más plural, consideramos que en el fondo no han estado muy distantes en las políticas públicas los dos primeros partidos, pues los grupos que los han encabezado desde hace ya algunos años, comparten el modelo económico que se implantó desde el último cuarto del siglo XX.

Por último, en cuanto a la gobernabilidad consideramos que si bien se han acrecentado los problemas políticos como la credibilidad en las instituciones y las personas que las dirigen, la violación a los derechos humanos, entre otros, no se remedian con la creación de una nueva Constitución, aunque se reconozca que es necesario realizar algunas reformas de envergadura, sino que se deben hacer cambios, para reconocerle mayor participación al pueblo en la toma de decisiones y para que tenga más control sobre la conducta de los gobernantes.

Sí creo que hay crisis de representación, sin embargo, no es la solución acabar con el sistema representativo, sino acrecentar la participación de la ciudadanía, empoderarla para que ejerza sus derechos y no sea vista únicamente como objeto del cual se sirven unos cuantos para alcanzar sus fines personales y de grupo, incluso fortalecer mecanismos de democracia semidirecta. Que la ciudadanía recupere el espacio público que está en buena medida ocupado por los poderes fácticos, incluso hay grupos que están al margen de la ley que representan un riesgo para el Estado y la sociedad civil, y que precisamente, su poder seguramente trataría de influenciar a una asamblea constituyente para que tomara decisiones en su beneficio como lo ha hecho actualmente con diversos órganos de gobierno.

Esos poderes fácticos, como dice Garretón: “procesan las decisiones propias de un régimen político, al margen de las reglas del juego democrático.”⁴³ Utilizan el dinero, el lobbyng y otros medios para ejercer influencia, por lo que serían un riesgo al momento de crear una Constitución, pues son grupos muy organizados, en tanto que el poder ciudadano, en el momento en que se escribe este ensayo y en los años previos, no ha sido un contrapeso para evitar reformas regresivas para los intereses nacionales y en perjuicio de algunos derechos humanos, concretamente, los que tienen que ver con la justicia social.

Lo anterior pudiera llevarnos a pensar que es necesario que exista un pacto entre las principales fuerzas políticas, lo que creemos que es indispensable, sin embargo, más que para cambiar la Constitución es para hacer el compromiso de aplicarla y cambiar la forma de hacer política y, aunque suene paradójico, para someterse a la legalidad, pues pareciera que el pacto que hay actualmente es de impunidad, de tolerar la corrupción, que se da todos los niveles y en todos los ámbitos.

Entonces, más que una nueva Constitución se necesita una nueva *constitucionalidad*, aunque reconocemos que debe estar acompañada de algunas reformas de importancia, entre ellas, la de cómo darle estabilidad a nuestro texto constitucional para que no sea reformado con la facilidad que se hace ahora con la finalidad de que los gobiernos adquieran legitimidad o por meras ocurrencias de las y los legisladores por circunstancias coyunturales.

Es verdad que es necesario que haya cambios constitucionales, pues hay algunas instituciones que no están respondiendo a las necesidades actuales, que no son útiles para resolver los problemas que nos aquejan, otras que necesitamos hacerlas más eficientes, también debemos evitar que sean cooptadas por los partidos políticos y por los poderes fácticos. Un ejemplo de lo primero lo constituye el ámbito municipal, el modelo bajo el cual está organizado es el del “Municipio Libre”, empero se debe

⁴³ Garretón M., Manuel Antonio, 2002, “La transformación de *la acción colectiva* en América Latina”, en *Revista de la Cepal* 76, 2002, p. 12.
http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/10797/076007024_es.pdf;jsessionid=604E5626953F91FAB1D42C0AF6FFCEE4?sequence=1

Como se puede observar hay argumentos de peso en las dos posturas. Nuestra posición es en el sentido de que sí es necesario hacer cambios constitucionales, pero la pregunta es ¿con qué profundidad?, ¿al grado tal de expedir una nueva Constitución o únicamente realizarle reformas?, ¿las reformas serían parciales, a determinadas partes del texto, o bien a todo el texto para convertirse en una reforma integral?

Para responder a dichas preguntas tomaré en cuenta el marco teórico establecido en el segundo apartado de este trabajo, es decir, si se trata de fundar un Estado o si se pretende un cambio de régimen; si existe un cambio en el equilibrio de poderes o si las instituciones ya no les son funcionales al grupo en el poder, o bien si existe una crisis de gobernabilidad, legitimidad o representación (Negretto).

Consideramos que no estamos en el caso de fundar al Estado mexicano, pues tal acontecimiento sucedió en la primera mitad del siglo XIX que fue cuando se expidieron los primeros documentos constitucionales, como el Decreto para la Libertad de la América Mexicana de 1813, el Acta Constitutiva de 1824 y la Constitución de 1824. Lo mismo aconteció en América Latina, cuando se dio la independencia y se formaron varios Estados y crearon sus constituciones.

En cuanto al cambio de régimen, el constituyente de Querétaro tomó la decisión de seguir por el camino de la democracia, lo cual ha sido refrendado con el paso de los años, y se han hecho reformas para tratar de perfeccionarla al tener una sociedad más informada y más plural. A pesar de ello consideramos que nuestra democracia es incipiente, pues si bien se han creado organismos como el Instituto Federal Electoral, ahora Instituto Nacional de Elecciones, o bien, como el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, que han ayudado a fortalecer la legalidad y la confianza ciudadana en los procesos electorales, lo cierto es que aún existen prácticas que no se han erradicado, sobre todo en las entidades federativas en donde el poder de los gobernadores impide la formación de una ciudadanía fuerte. Entonces, no se trata de cambiar el régimen democrático, sino de fortalecerlo y erradicar las prácticas autoritarias que han continúan estando presentes en diversos ámbitos.

discutir, si llegó el momento de cambiar su forma de organización, para dar paso, como lo propone Aracely Burguete Cal y Mayor, a un Municipio multimunicipal, lo cual se haría:

[...] Incorporando al orden constitucional la 'garantía de la diversidad' [...] Este cambio haría posible reconocer jurídicamente distintos diseños de municipios en México, incluyendo formas diversas en su integración, en el nombramiento y funcionamiento de la autoridad local, así como de la organización municipal, y con ello se abrirían las puertas hacia el reconocimiento de la institucionalidad de los municipios indígenas.⁴⁴

Respecto a lo anterior la Suprema Corte de Justicia de la Nación ya ha realizado avances en la controversia constitucional 32/2012 en la que cobró fuerza la discusión sobre la existencia de municipios indígenas.⁴⁵ Es necesario hacer más eficientes y eficaces a las instituciones de prevención y de procuración de justicia. Es necesario evitar que sean botín de los partidos políticos y que las vean como cuotas de poder, pues eso hace que no funcionen con eficiencia y que no sean eficaces. Obviamente, que tal medida sería parte del pacto al que nos referimos, pues puede crearse la norma mejor diseñada y con la técnica más depurada, empero si no hay voluntad política, de poco o de nada serviría. Las instituciones son muy útiles, ya que nos permiten que la vida cotidiana y la actuación de los gobiernos se lleven a cabo con regularidad y la haga previsible. Si a eso lo acompañamos de adecuadas políticas públicas, estamos seguros que mucho se avanzaría para superar nuestros problemas.

⁴⁴ Burguete Cal y Mayor, Aracely, "Municipios indígenas: por un régimen multimunicipal en México", en *Alteridades*, México, vol. 18, No. 35, 2007, p. 2.

⁴⁵ Rodríguez Vázquez, Miguel Angel, "Defensa por el municipio indígena de los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas, a través de la controversia constitucional", en Cabrera Dircio, Julio *et al*, *Las reformas constitucionales y su impacto en el municipio*, México, Fontamara/Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2015, p. 45 y ss.

FUENTES DE CONSULTA

BÖCKENFÖRDE, Ernst Wolfgang, *Estudios sobre el Estado de Derecho y la Democracia*, trad. de Rafael de Agapito Serrano, Madrid, Trotta, 2000.

BURGUETE CAL Y MAYOR, Aracely, "Municipios indígenas: por un régimen multimunicipal en México", en *Alteridades*, México, vol. 18, No. 35, 2007.

BULYGIN, Eugenio, "Teoría y técnica de la legislación", en Carbonell, Miguel y Pedroza de la Llave, Susana Thalía, *Elementos de técnica legislativa*, 4ª. ed., México, Porrúa, 2010.

CARBONELL, Miguel, *¿Por qué no una nueva Constitución?*, en *Nexos*, No. 434, 2014.

CÁRDENAS GRACIA, Jaime, "Cuatro reflexiones en torno a una nueva Constitución", en *Hacia una nueva constitucionalidad*, México, UNAM, Serie Doctrina Jurídica, Núm. 8, 2000.

CARPIZO, Jorge, "¿Se necesita una nueva Constitución en México? Algunas reflexiones y seis propuestas", en *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 24, México, UNAM, 2011.

DA SILVA, José Alfonso, "Mutaciones constitucionales", trad. de María del Pilar Hernández, en *Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, Número 1, Julio-Diciembre 1999, www.juridicas.unam/publica/rev/const/const/1/tes/tes1.htm

GARGARELLA, Roberto, "Pensando en la Reforma Constitucional en América Latina", en *El derecho en América Latina. Un mapa para el pensamiento jurídico del siglo XXI*, México, siglo veintiuno editores, 2011.

GARRETÓN M., Manuel Antonio, "La transformación de la acción colectiva en América Latina", en *Revista de la Cepal* 76, 2002. http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/10797/076007024_es.pdf;jsessionid=604E5626953F91FAB1D42C0AF6FFCEE4?sequence=1

LINARES QUINTANA, Segundo V., *Tratado de la Ciencia del Derecho Constitucional*, Buenos Aires, Plus Ultra, 1953, t. III.

NEGRETTO, Gabriel L., *La política del cambio constitucional en América Latina*, México, Fondo de Cultura Económica, 2015.

RODRÍGUEZ VÁZQUEZ, Miguel Ángel, "Defensa por el municipio indígena de los derechos de los pueblos y las comunidades indígenas, a través de la controversia constitucional", en Cabrera Dircio, Julio *et al*, *Las reformas constitucionales y su impacto en el municipio*, México, Fontamara/Universidad Autónoma del Estado de Morelos, 2015.

_____ "Análisis del diseño constitucional en México", ponencia presentada en la Universidad de San Luis Potosí, en el marco del VII Congreso Iberoamericano de Derecho Constitucional, el 4 de febrero de 2016.

SEPÚLVEDA, Ricardo, *Las leyes orgánicas constitucionales*, México, Porrúa, 2006.

TEITEL, Ruti, "Genealogía de la justicia transicional", Artículo "Transitional Justice Genealogy", traducido al castellano por el Centro de Derechos Humanos, Facultad de Derecho, Universidad de Chile. © (2003) The President and Fellows of Harvard College and Harvard Human Rights Journal, en *Harvard Human Rights Journal*, Vol. 16, Cambridge, Spring 2003, <http://newpensamientopenal.com.ar/01092009/derechoshumanos02.pdf>

UPRIMNY, Rodrigo, *Las transformaciones constitucionales recientes en América Latina: tendencias y desafíos*, México, siglo veintiuno editores, 2011.

V. CONCLUSIONES

La cercanía del centenario de la promulgación de la Constitución mexicana es buena oportunidad para discutir sobre los grandes problemas nacionales y sobre el proyecto de nación que queremos, lo cual repercutirá en el aspecto constitucional. Existen dos caminos a seguir: el primero que es por el que hemos transitado desde 1917, que consiste en la realización de modificaciones para adecuar el texto constitucional a las necesidades requeridas, en tanto que el segundo se refiere a la expedición de una nueva Constitución. Considero que, en efecto, como dijo Carpizo, no se trata de un ejercicio teórico o de buenos deseos seguir el segundo camino, sino que dependerá de que los diferentes sectores de la sociedad así lo determinen; sin embargo, por la correlación actual de fuerzas políticas, se debe reconocer que se correría el riesgo de que haya regresividad en el aspecto social e incluso se adopten medidas autoritarias so pretexto de la seguridad pública. Pero de lo que no queda ninguna duda es que, por lo menos, sí se debe hacer una revisión técnica de su texto para que sea accesible a las personas, me sumo a la idea de un texto reordenado y consolidado, asimismo detener la "ola de reformas", que por sí mismas no resuelven los problemas, pero pretenden legitimar a quienes detentan el poder, pues en México lo que hace falta es cambiar la forma de hacer política, eliminar la corrupción y acabar con la impunidad.

YRIGOYEN FAJARDO, Raquel, *El horizonte del constitucionalismo pluralista: del multiculturalismo a la descolonización*, en César, Rodríguez Garavito (coord.), *El derecho en América Latina*, México, siglo veintiuno editores, 2011.

TEITEL, Ruti G., "Transitional Justice Genealogy" en *Harvard Human Rights Journal*. Vol. 16, Spring 2003, Cambridge, MA.
<http://www.cdh.uchile.cl/media/publicaciones/pdf/18/59.pdf>

PARTE II

REFLEXIONES SOBRE EL SISTEMA JURISDICCIONAL DE PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

SOBERANÍA Y APERTURA DEL ESTADO MEXICANO AL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

José Ma. Serna de la Garza*

SUMARIO: I. introducción; II. El principio de soberanía en la Constitución mexicana; III. Derecho público y el concepto de soberanía; IV. La apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales; V. Principios constitucionales fundamentales y el sistema interamericano de derechos humanos; Fuentes de consulta.

I. INTRODUCCIÓN⁴⁶

En la era de la llamada globalización existen fenómenos y procesos que están produciendo transformaciones importantes en lo que es la base misma de las concepciones tradicionales del derecho constitucional. Es decir, una serie de procesos identificados con la globalización han venido afectando al Estado-nacional, y ello obliga a reflexionar sobre el impacto que esas transformaciones pueden tener no solamente sobre las normas del derecho constitucional de los estados nacionales, sino más en general, sobre el derecho público.⁴⁷

Lo dicho en el párrafo anterior bien puede aplicarse al Estado mexicano, mismo que en las últimas dos décadas se ha abierto hacia regímenes internacionales diversos.⁴⁸ A su vez, la mencionada apertura ha comenzado a generar cruces o intersecciones entre esos regímenes y el derecho interno. En particular, destacan las intersecciones que impactan a principios fundamentales contenidos en la Constitución mexicana de 1917.

* Investigador en el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM.

⁴⁶ El presente ensayo se basa en mi trabajo previamente publicado bajo el título "Soberanía y Apertura del Estado: una perspectiva mexicana", en el libro: Bogdandy, Armin von y Serna de la Garza, José Ma. (Coords.), *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*, UNAM, México, 2014.

⁴⁷ Este es el punto de partida de mi trabajo titulado *Impacto e Implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012, p. 1.

⁴⁸ El examen de cuáles son esos regímenes es el núcleo principal del presente ensayo, como se verá más adelante.

II. EL PRINCIPIO DE SOBERANÍA EN LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

El principio de soberanía en la trayectoria constitucional de México, sirvió para dotar de justificación e identidad al nuevo Estado surgido en 1821. Pero incluso desde antes de lograr la independencia de España, diversos textos constitucionales se refirieron a dicho principio como la base de todo el arreglo político-institucional, y como escudo contra cualquier intento de justificar posibles invasiones extranjeras. Tal es el caso, por ejemplo, de la Constitución de Apatzingán de 1814⁵² cuyo artículo 5 dispuso que "la soberanía reside originariamente en el pueblo, y su ejercicio en la representación nacional compuesta de diputados elegidos por los ciudadanos bajo la forma que prescriba la constitución." Asimismo, el artículo 11 de dicha Constitución estableció que las tres atribuciones de la soberanía son: "la facultad de dictar leyes, la facultad de hacerlas ejecutar y la facultad de aplicarlas a los casos particulares." Finalmente, el artículo 9 de la Constitución de 1814 dispuso que ninguna nación tiene el derecho "para impedir a otra el uso libre de su soberanía. El título de conquista no puede legitimar los actos de fuerza: el pueblo que lo intente debe ser obligado por las armas a respetar el derecho convencional de las naciones."

No haremos en este espacio una reseña del principio de soberanía como ha sido consagrado en los distintos textos constitucionales que ha tenido México.⁵³ Nos limitaremos a señalar que la Constitución mexicana vigente desde 1917 configura normativamente el concepto de soberanía en sus artículos 39, 40 y 41. En el artículo 39, se dispone que: "La **soberanía nacional** reside esencial y originariamente en el pueblo. Todo poder público dimana del pueblo y se instituye para beneficio de éste. El pueblo tiene en todo tiempo el inalienable derecho de alterar o modificar la forma de su gobierno." En el artículo 40 se establece que "Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y **soberanos** en todo lo concerniente a su régimen interior; pero

⁵² El nombre oficial es *Decreto Constitucional para la Libertad de la América Mexicana*, de 22 de octubre de 1814. Esta Constitución fue expedida por el grupo insurgente en plena lucha, pero no tuvo eficacia más allá del terreno que este grupo pisaba; ello no obstante, se le considera como el primer intento de organización constitucional independiente.

⁵³ Para un estudio de este tema ver Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, UNAM, México, 1979, pp. 162 y ss.

unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental.” Finalmente, en el artículo 41 se dispone que “El pueblo ejerce su soberanía por medio de los Poderes de la Unión, en los casos de la competencia de éstos, y por los de los Estados, en lo que toca a sus regímenes interiores, en los términos respectivamente establecidos por la presente Constitución Federal y las particulares de los Estados, las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del Pacto Federal.”⁵⁴

Como se puede ver, la concepción de soberanía en estos artículos se refiere al sustento democrático (soberanía popular) que legitima al Estado; a la vez que sirve de base para organizar el arreglo federal (los Estados son libres y soberanos en lo que atañe a su régimen interior).

Por otra parte, considero que puede hablarse de una especie de idea de “soberanía a la defensiva” que puede encontrarse en diversos artículos de la Constitución, y que en mi opinión tienen que ver con el pasado del país como colonia, los intentos de recaptura de la excolonia por parte de diversas potencias extranjeras, y el trauma de la pérdida de la mitad del territorio nacional ante Estados Unidos de América. Se trata de disposiciones como las siguientes:

1. La Cláusula Calvo contenida en el artículo 27 constitucional, cuya fracción I establece que el Estado podrá conceder a los extranjeros el derecho de adquirir el dominio de tierras, aguas y sus accesiones o para obtener concesiones de explotación de minas o aguas, “siempre que convengan ante la Secretaría de Relaciones en considerarse como nacionales respecto de dichos bienes y en no invocar, por lo mismo, la protección de sus gobiernos por lo que se refiere a aquéllos; bajo la pena, en caso de faltar al convenio, de perder en beneficio de la Nación, los bienes que hubieren adquirido en virtud del mismo.”

Esta disposición se identifica con la Doctrina Calvo, acuñada por el jurista argentino Carlos Calvo en el siglo XIX, que proponía dos principios básicos: el principio de no intervención entre los Estados; y el principio de estatus igual (y no especial o

⁵⁴ Los subrayados son nuestros.

Estos fenómenos representan un quiebre con el principio de soberanía como se le ha entendido a lo largo de décadas. Ya no se puede aceptar sin más la idea de que el poder soberano se expresa en el momento constituyente, produciendo así un instrumento esencialmente nacional, cuya fuerza como norma superior deriva de un pacto inicial y continuado de un pueblo que evoluciona orgánicamente a lo largo del tiempo, en respuesta a las percepciones nacionales, a las necesidades nacionales y a los valores nacionales.⁴⁹ Por ello es que algunos autores hablan de la “transformación” de la soberanía.⁵⁰ Y otros hablan de una “transfiguración” del Estado-nación soberano.⁵¹

La apertura del Estado mexicano a regímenes internacionales diversos, tal y como se expresa en las intersecciones entre esos regímenes y principios constitucionales básicos, nos lleva a preguntarnos cómo debiéramos de entender las estructuras fundamentales del derecho público en México de hoy. El presente ensayo representa un esfuerzo para dar una respuesta a esta interrogante, para lo cual lo hemos dividido en cinco partes.

En primer lugar, examinamos el principio de soberanía en la Constitución mexicana de 1917, como articulador del Estado y del poder en México, y más específicamente, como el fundamento del sistema democrático y del sistema federal. En segundo lugar, examinamos varias de las principales construcciones doctrinales creadas para dar un fundamento al derecho público mexicano (constitucional y administrativo). En este apartado, veremos cómo todas ellas encuentran tal fundamento en el principio de soberanía. En tercer lugar, haremos una breve mención de uno de los regímenes internacionales a los que México se ha abierto: el sistema interamericano de derechos humanos y su impacto en el sistema jurídico nacional.

⁴⁹ Uso aquí una concepción formulada por Saunders, Cheryl, “Use and Misuse of Comparative Constitutional Law”, *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, No. 1, 2006, p. 50.

⁵⁰ Bogdandy, Armin von, “Principios fundamentales del Estado y de las organizaciones supranacionales e internacionales” (en este volumen).

⁵¹ Kaplan, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2008, p. 411.

preferencial) para los inversionistas extranjeros. Su objetivo era evitar que los inversionistas extranjeros pasaran por encima de los tribunales nacionales del Estado anfitrión, invocando directamente la protección diplomática de sus gobiernos para resolver disputas relativas a sus inversiones y propiedades.

2. Existen límites en cuanto a la capacidad legal de los extranjeros para ser propietarios de bienes raíces dentro del territorio nacional. En este sentido, dispone el Artículo 27 constitucional, fracción I, párrafo segundo: “En una franja de cien kilómetros a lo largo de las fronteras y de cincuenta en las playas, por ningún motivo podrán los extranjeros adquirir el dominio directo sobre tierras y aguas.”

3. El Artículo 32 de la Constitución establece que el ejercicio de los cargos y funciones para los cuales, por disposición de la propia Constitución, se requiera ser mexicano por nacimiento, se reserva a quienes tengan esa calidad y no adquieran otra nacionalidad; y dispone asimismo que esta reserva también será aplicable a los casos que así lo señalen otras leyes del Congreso de la Unión. En este sentido, establece el artículo 32 en su párrafo tercero que en tiempo de paz, ningún extranjero podrá servir en el Ejército, ni en las fuerzas de policía o seguridad pública, y que para pertenecer al activo del Ejército en tiempo de paz y al de la Armada o al de la Fuerza Aérea en todo momento, o desempeñar cualquier cargo o comisión en ellos, se requiere ser mexicano por nacimiento.

En suma, el principio de soberanía ha sido fundamental como articulador del Estado y del poder en México, desde el comienzo mismo de su historia como Estado independiente. Su formulación como principio fundamental no difiere de cómo puede encontrarse en la experiencia constitucional de otros países, pero tiene peculiaridades que se explican por la experiencia histórica de México. Además, este carácter fundamental puede observarse en las principales construcciones doctrinales del derecho público mexicano (en sus vertientes constitucional y administrativa), como se verá a en la sección siguiente.

y que autoriza a las autoridades. Esto es así porque es “emanación de la más alta fuente de autoridad”.⁵⁹

Por otra parte, Tena aborda el tema de los límites del poder constituyente (y por implicación, del poder soberano). Así, identifica límites inmanentes (integrar un orden jurídico); limitaciones históricas (el reconocimiento de derechos fundamentales y la separación de poderes); limitaciones de carácter político (los factores reales de poder); y limitaciones de índole internacional (ve una tendencia a internacionalizar los derecho del hombre y el *jus belli*).⁶⁰

De manera interesante, Tena observa en su libro, escrito en los años cuarenta del siglo XX, el inicio de una tendencia hacia la relativización del principio de soberanía, en su vertiente exterior, y nos dice lo siguiente:

“La soberanía exterior, que había sido hasta hace poco un principio absoluto en la doctrina del Estado, ha empezado a ser enjuiciada a la luz de necesidades nuevas, de realidades que se imponen y de una conciencia social y política preparada por la primera Gran Guerra y vigorizada por la segunda. Toda limitación a la soberanía exterior tiene que repercutir inevitablemente en la autodeterminación interna.”⁶¹

Para Tena, lo que denomina el “dogma de la soberanía del Estado” había conducido a la separación entre el derecho internacional y el derecho interno, ya que aquél no conoce ni regula sino las relaciones entre los Estados, sin que pueda intervenir en las de cada Estado con sus súbditos, materia esta última reservada al derecho interno. Pero a su vez, las dos guerras mundiales habían revelado que la paz era incompatible con el antiguo principio de la soberanía absoluta y, sobre todo, dio razón a quienes sostenían que la conservación de la tranquilidad internacional depende, más bien que de la palabra de los gobiernos, de una atmósfera social donde imperen la libertad, la cultura y el bienestar general.⁶²

⁵⁹ Para emplear una expresión de Tena: la soberanía popular se expresa y personifica en la Constitución. *Ibid.*, pp. 11 y 16.

⁶⁰ *Ibid.*, p. 27.

⁶¹ *Ibid.*, p. 31.

⁶² *Ibid.*, pp. 32-33.

III. DERECHO PÚBLICO Y EL CONCEPTO DE SOBERANÍA

1. Derecho Constitucional

A. La soberanía según Felipe Tena Ramírez

El libro clásico de derecho constitucional mexicano de Felipe Tena Ramírez inicia el capítulo I abordando el tema de la soberanía. Nos explica que para acercarse al concepto de constitución, debemos tener en cuenta, previamente, el concepto de soberanía.⁵⁵ De esta manera, trata la evolución histórica del concepto, su carácter polémico, y la problemática relativa a la determinación de quién es el titular de la soberanía y al ejercicio jurídico del poder soberano.⁵⁶

Tena vincula el principio de soberanía popular con el ejercicio del poder constituyente:

“El pueblo, a su vez, titular originario de la soberanía, subsumió en la Constitución su propio poder soberano. Mientras la Constitución exista, ella vincula jurídicamente, no sólo a los órganos, sino también al poder que los creó. La potestad misma de alterar la Constitución (facultad latente de la soberanía), sólo cabe ejercerla por cauces jurídicos. La ruptura del orden constitucional es lo único que, en ciertos casos y bajo determinadas condiciones, permite que aflore en su estado originario la soberanía”⁵⁷

A partir de lo anterior concluye, siguiendo a Kelsen, que la soberanía, una vez que el pueblo la ejerció, reside exclusivamente en la constitución, y no en los órganos ni en los individuos que gobiernan.⁵⁸ Además, al ser expresión de la soberanía, la constitución es la norma suprema del ordenamiento, y en razón de ello es que está por encima de todas las leyes y de todas las autoridades: es la ley que rige las leyes

⁵⁵ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 18ª edición, México, 1981, p. 3.

⁵⁶ *Ibid.*, p. 7.

⁵⁷ *Ibid.*, p. 11.

⁵⁸ A Tena le preocupa dejar bien claro que ningún poder ni gobernante alguno es soberano, pues todos encuentran sus fronteras en la Constitución.

El referido autor observaba cómo después de la segunda guerra mundial, la comunidad internacional había empezado a dar pasos decididos para la construcción de un sistema global de protección de derechos humanos. Y esto lo interpretó como un nuevo intento de la Humanidad para rescatar de la órbita del poder público la dignidad y la paz de la persona. Tena fue premonitorio al dar la siguiente visión del futuro (la versión original del libro de Tena data de 1944, y después tuvo 18 ediciones):

“Los quebrantos que el derecho internacional ha producido en el concepto de soberanía, con miras a limitar a los Estados inclusive en su poder constituyente, están lejos todavía de extirpar a una doctrina de tan hondas raíces. Y aunque la partida será ganada, a lo que parece, por el derecho internacional, podemos asegurar que hasta estos momentos el derecho positivo no ha acogido norma alguna internacional como límite jurídico del órgano constituyente.”⁶³

Como se verá más adelante en el presente ensayo, esta última afirmación de Tena no es sostenible en la actualidad.

B. La soberanía según Ignacio Burgoa

Para Burgoa no es posible imaginarse al Estado, ni concebir su implicación o consistencia, sin los conceptos de “soberanía”, “poder constituyente” y “poder público”. Entre estos conceptos - afirma este autor- hay una “simbiosis intelectual”, y están lógicamente interrelacionados.⁶⁴ Y esto lo explica de la siguiente manera:

“Hemos aseverado que la nación o pueblo en sentido sociológico, como grupo humano real coherente, decide darse una organización jurídica y política, creando al Derecho que a su vez da vida al Estado como persona moral. La causación de estos efectos obedece a un poder, actividad o dinámica que tiene como fuente generatriz a la misma comunidad nacional. Mediante tal poder, la nación se autodetermina, es

⁶³ *Ibid.*, p. 38

⁶⁴ Burgoa, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, 13ª edición, México, 2000, p. 190.

decir, se otorga una estructura jurídico-política que se expresa en el ordenamiento fundamental o Constitución. La *autodeterminación* obviamente excluye la injerencia de cualquier sujeto distinto de la nación que pudiese imponer a ésta dicha estructura, o sea, que el poder que tiende a esta finalidad no está sujeto a ninguna potestad extraña a la comunidad nacional ni tampoco a la de cualquier grupo que dentro de ella esté comprendido. Por ello se afirma que el propio poder es soberano, en cuanto que no está sometido interior o exteriormente a ningún otro⁶⁵

De manera similar a Tena, Burgoa identifica el principio de soberanía popular con el poder constituyente: en cuanto que tiende a estructurar primaria y fundamentalmente al pueblo mediante la creación de una constitución en su sentido jurídico-positivo, o sea, como un conjunto de normas básicas y supremas.⁶⁶

Para Burgoa, la nación o pueblo, su poder soberano de autodeterminación o constituyente y el orden jurídico primario fundamental, concurren en una síntesis dialéctica para crear al Estado como institución pública suprema dotada de personalidad jurídica. El Estado tiene una finalidad genérica que se manifiesta en varios fines específicos sujetos al tiempo y al espacio. Para conseguir tal finalidad, debe el Estado estar investido de poder. Esta actividad no es sino el poder público o poder estatal que se desenvuelve en las tres funciones clásicas y se ejercitan mediante múltiples actos de autoridad. Pero el poder no es soberano, sino que está limitado por el orden jurídico (por ello es que identifica *autodeterminación* con *autolimitación*).⁶⁷

C. La soberanía según Jorge Carpizo

Jorge Carpizo nos explica que la soberanía es la diferencia específica del Estado moderno. Es su característica principal y a veces su verdugo -afirma- por entregar al hombre a la opresión y a la tiranía, en lugar de ayudarlo en su lucha por conseguir la libertad.⁶⁸ Después de hacer un repaso de la idea de soberanía en connotados

dicha Constitución no contenga ninguna disposición expresa sobre la soberanía externa. Ello no obstante, nos dice este autor que los diversos artículos de la Constitución en los que se habla de tratados internacionales (artículos 76.I, 89.X y 133), suponen el reconocimiento de que éstos sólo se dan entre Estados soberanos e iguales.⁷¹ Es decir, al hablar de tratados, la Constitución está reconociendo la existencia de Estados soberanos e iguales, y hacer esto equivale a aceptar la noción de soberanía externa.⁷²

2. Derecho Administrativo

A. Los fundamentos del derecho administrativo según José Ma. del Castillo Velasco

Del Castillo Velasco afirma que el hombre ha sido creado para vivir en sociedad, y que la sociedad necesita el ejercicio del poder público. La sociedad humana se divide en naciones independientes, cada una de ellas tiene una vida propia e intereses y conveniencias que le son particulares, y por tanto el derecho de exigir de otras naciones que de ninguna manera intervengan en esa vida. Esos intereses y conveniencias, esa vida propia de cada nación constituye su independencia y su soberanía, y se componen de todas las esferas de la actividad individual y social que giran dentro de la nación y cuyas órbitas no deben chocar entre sí.⁷³

Para la armonía de esas diversas esferas de actividad –afirma del Castillo Velasco– no bastan la acción de individuos aisladamente considerados. Es tarea del poder público, y es el deber del gobierno. Así, la ciencia administrativa provee el desarrollo y perfeccionamiento del individuo y de la sociedad, a la armonía de las diversas esferas de actividad que forman una nación libre y soberana, y respeta y fomenta y

⁷¹ Cuando Jorge Carpizo escribió estas ideas en su libro *La Constitución mexicana de 1917* (1979), no se había adicionado el artículo 89.X de la Constitución, en el cual se señala, desde la reforma de 11 de mayo de 1988, cuáles son los principios que debe seguir el Ejecutivo federal en la conducción de la política exterior de México, entre los que se encuentran la autodeterminación de los pueblos, la no intervención, la igualdad jurídica de los Estados, entre otros.

⁷² *Ibid.*, p. 194.

⁷³ Castillo Velasco, José Ma. del, *Ensayo sobre el Derecho Administrativo Mexicano*, tomo I, 1874. Versión facsimilar publicada por la UNAM, México, 1994, pp. 5-6.

⁶⁵ *Ibid.*, pp. 244-245.

⁶⁶ *Ibid.*, pp. 248-249.

⁶⁷ *Ibid.*, pp. 245 y 256-257.

⁶⁸ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, UNAM, México, 1979, p. 162.

asegura la actividad individual que es la base de la fuerza y del poderío de la prosperidad y engrandecimiento de las naciones.⁷⁴ Por ello es que el referido autor define al derecho administrativo como el conjunto de leyes y disposiciones que en cada nación (se entiende, soberana) forma su administración particular.⁷⁵

B. El fundamento del derecho administrativo según Gabino Fraga

El libro clásico de derecho administrativo de Gabino Fraga, define al derecho administrativo como la rama del derecho público que regula la actividad del Estado que se realiza en forma de función administrativa. Por ello es indispensable saber en primer término en qué consiste la actividad estatal; en segundo lugar, cuáles son las formas que el Estado utiliza para realizar esa actividad y caracterizar entre ellas a la función administrativa; y en tercer lugar, cuál es el régimen a que se encuentra sujeta dicha actividad.⁷⁶

En el capítulo II de su obra, se propone analizar los diversos criterios que la doctrina ha utilizado para dar un fundamento y para señalar el campo de aplicación del derecho administrativo. Nos explica Fraga que uno de esos criterios (predominante en el siglo XIX) es el de la existencia de la soberanía o poder público, visión según la cual es necesario un derecho especial para regular las relaciones entre el Estado y los particulares, porque tratándose de relaciones entre personas desiguales, una de ellas con voluntad superior a la de los individuos, (que en eso consiste la soberanía), resulta inadecuada la aplicación del derecho privado que sólo regula relaciones entre personas con voluntades iguales. Según Fraga, esta idea se complementaba con una distinción entre los diversos actos del Estado, separándolo en dos categorías: actos de autoridad y actos de gestión. En los primeros, el Estado obra dictando órdenes, prohibiciones, reglamentaciones, imponiendo unilateralmente su voluntad, mientras que en los segundos actúa como un particular podría hacerlo en la administración de su patrimonio. A partir de esta distinción, se concluía que el derecho administrativo

⁷⁴ *Ibid.*, p. 7

⁷⁵ *Ibid.*, p. 9.

⁷⁶ Fraga, Gabino, *Derecho administrativo*, Porrúa, 26ª edición, México, 1987, p. 13.

autores, desde Bodino y Rousseau hasta Jellinek, Kelsen y Heller (entre otros); y después de revisar el concepto de soberanía tal y como ha aparecido en los diversos documentos constitucionales que México tuvo a lo largo del siglo XIX, Carpizo nos da su interpretación del concepto de soberanía como se encuentra en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana de 1917.

De esta forma, al decir el artículo 39 que la soberanía nacional reside esencialmente y originariamente en el pueblo, se quiso señalar –nos dice Carpizo– que México, desde su independencia como pueblo libre, tiene una tradición, tradición que no encadena, sino que ayuda a encontrar a las generaciones presentes su peculiar modo de vivir. México es una unidad que a través de la historia se ha ido formando, y que como nación tiene una proyección hacia el futuro, sin olvidarse de su pasado y presente.⁶⁹

Para Carpizo, la soberanía es la base de todas las demás decisiones jurídico-políticas fundamentales contenidas en la Constitución. Y en el enunciado del artículo 40 que dice “Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una república representativa, democrática, federal...”, ve la idea de libertad como la idea motriz en el concepto de soberanía como está en la Constitución.⁷⁰

Y respecto el artículo 41, nos dice Carpizo que ante la imposibilidad de la democracia directa, como en las *polis* griegas, dicho artículo expresa que la soberanía se ejerce por medio de los poderes federales y de los poderes de los Estados, según las competencias que el pueblo les ha otorgado en la Constitución.

Por último, distingue Carpizo los conceptos de soberanía interna y soberanía externa. La primera, es la que se ejerce sobre una región determinada del globo terrestre, y es la línea que limita hasta dónde es aplicable válidamente el derecho de un Estado. Esta dimensión de la soberanía se manifiesta en los artículos 39, 40 y 41 de la Constitución mexicana (arriba referidos). Sin embargo, deplora Carpizo que

⁶⁹ *Ibid.*, p. 191.

⁷⁰ Carpizo sostiene que las decisiones jurídico-políticas fundamentales de la Constitución mexicana de 1917 son: los derechos humanos, la soberanía, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre la Iglesia y el juicio de amparo. *Ibid.*, p. 192.

solamente tenía su campo en la realización en los actos de autoridad, dejando los actos de gestión bajo un régimen de derecho privado.

Ahora bien, afirma Fraga que aun admitiendo la idea del poder soberano, es difícil admitir que el Estado tenga dos voluntades, una superior y otra igual a los particulares. Además, observa una falta de claridad en la distinción arriba referida, porque no existe ninguna actividad ejercida por el Estado de la que pueda decirse que sea inconcebible verla ejercitada por los particulares (incluso funciones de policía y justicia, que en algún tiempo han sido ejercidas por particulares). Y finalmente, nos dice Fraga que el Estado, incluso al realizar actos de gestión, siempre estará cumpliendo o ejecutando leyes y reglamentos administrativos y gozando de privilegios de los que no disfrutaban los particulares.⁷⁷

Por otro lado, Gabino Fraga considera la idea de un sector de la doctrina francesa que buscó colocar la noción de “servicio público” como fundamento, justificación y límite de la existencia del derecho administrativo. Pero desechó esta idea por limitada, al poner su atención en una sola vertiente de la acción administrativa (el servicio público) y no ver otras (como el poder de policía, el poder de fomento y el poder de intervención en la esfera de los particulares).

Propone entonces Fraga que con el concepto de *atribución* se puede sistematizar el derecho administrativo:

“...dicho concepto no excluye, sino por el contrario se compagina con las nociones de poder y de servicio público, ya que si la ley otorga la atribución al Estado es por una parte en razón de que tal otorgamiento se hace porque el Estado puede proceder en forma distinta de cómo proceden los particulares en sus mutuas relaciones y por la otra, porque sólo el propio Estado puede prestar servicios que, o bien exceden de las posibilidades de la iniciativa privada, o bien no tienen un carácter remunerativo pero que de todos modos son indispensables para satisfacer las necesidades públicas.”⁷⁸

⁷⁷ *Ibid.*, p. 21.

⁷⁸ *Ibid.*, p. 24.

una nación (frente a otras naciones) y que establece los principios básicos de su organización política. Asimismo, de dichos principios básicos derivan normas más específicas relativas a la estructura y funcionamiento de los órganos del Estado (Ejecutivo, Legislativo y Judicial). La justificación del ejercicio de poder por parte de estos órganos radica en la conexión con la Constitución, que es expresión del poder soberano. Por último, las normas que se refieren al poder Ejecutivo conforman el derecho administrativo, conectado estrechamente con el derecho constitucional, pero distinto en cuanto al objeto específico de regulación. El derecho público es así concebido como un circuito cerrado, en donde la interconexión entre los distintos componentes fluye en una trayectoria que no admite, en principio, salidas ni entradas de agentes externos.

Ahora bien, ¿qué pasa si el circuito cerrado comienza a dar señales de apertura?; ¿cuáles son las implicaciones de una posible apertura del sistema jurídico, en relación con los conceptos de soberanía, poder y autoridad públicos? En el siguiente apartado nos proponemos examinar algunos fenómenos que pueden identificarse como ejemplos de la apertura del sistema jurídico mexicano a regímenes internacionales diversos.

IV. LA APERTURA DEL SISTEMA JURÍDICO MEXICANO A REGÍMENES INTERNACIONALES

En los últimos 20 años, México ha experimentado una apertura de su sistema jurídico hacia regímenes internacionales diversos. Se ha tratado de una apertura de carácter más bien sectorial, pues no ha implicado el ingreso en una estructura normativa e institucional más densa y compleja como sería el caso, por ejemplo, de la Unión Europea.

Son varias las manifestaciones de la referida apertura.⁸¹ En primer lugar, se encuentra la influencia del sistema interamericano de derechos humanos. La

⁸¹ Para un análisis más a fondo de estos temas ver mi trabajo: *Impacto e Implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012.

ratificación de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) por parte de México,⁸² y el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH),⁸³ han significado la inmersión de nuestro país en una dinámica de interpretación y aplicación distinta en relación con los derechos humanos. Distinta, en la medida que se la compara con una forma tradicional de entender cómo y quién interpreta y aplica los referidos derechos en México.

El ingreso de México al sistema interamericano de derechos humanos ha significado, en primer término, la co-existencia de las “garantías individuales y sociales” (“Derechos Humanos” a partir de la reforma constitucional del 10 de Junio de 2011) previstas en la Constitución, con un catálogo paralelo de derechos humanos, previstos en la CADH y demás instrumentos que forman parte del sistema interamericano. Asimismo, con dicho ingreso el Estado mexicano (entiéndanse incluidos todos los poderes públicos) ha adquirido el compromiso internacional de respetar los derechos y libertades contemplados en la Convención⁸⁴ y *adaptar* el derecho interno al Pacto de San José, *adoptando* “...las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”⁸⁵

En segundo lugar, otra manifestación de la apertura se puede ver en el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), suscrito por los gobiernos de México, Estados Unidos de América y Canadá, que entró en vigor el 1º de enero de 1994.⁸⁶

⁸² México ratificó la Convención Americana de Derechos Humanos el 24 de marzo de 1981, misma que fue publicada en el Diario Oficial de la Federación (DOF) el 7 de mayo de 1981.

⁸³ México aceptó la competencia contenciosa de la CrIDH el 16 de diciembre de 1998, misma que fue publicada en el DOF el 24 de febrero de 1999.

⁸⁴ Artículo 1º de la CADH: “1. Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”

⁸⁵ Artículo 2 de la CADH: “Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.”

⁸⁶ Aquí nos hemos centrado en el TLCAN, pero en realidad México ha suscrito al menos 16 tratados o acuerdos de libre comercio más, tal y como aparece en la página web de la Secretaría de Economía de México (www.economia.gob.mx).

La noción de atribución implica un régimen especial, el del derecho público, que es exigido en la organización y funcionamiento del Estado, en tanto que éste tiene atribuciones diversas de las que corresponden a los particulares y que deben realizarse por medios de que éstos no disponen, como es “el uso del poder público de que el Estado dispone como derecho de la soberanía nacional.”⁷⁹

En cuanto a las relaciones del derecho administrativo y el derecho constitucional, nos dice Fraga que el derecho constitucional encierra todas las normas que se refieren a la estructura misma del Estado, a la organización y relaciones entre los Poderes públicos y a los derechos fundamentales de los individuos. En relación con el Ejecutivo, la Constitución solamente establece las bases principales de su organización, pero no llega al detalle de la misma. El Ejecutivo (y también el Judicial) requieren para su funcionamiento de una multiplicidad de órganos secundarios, entre los que necesariamente deben existir las relaciones indispensables para conservar la unidad del poder del que forman parte. Así, el derecho administrativo es derivado del constitucional. Pero entre ellos hay diferencias importantes, si bien son más cuantitativas que cualitativas. Finalmente, concluye Fraga que las leyes que regulan en detalle la organización de las autoridades administrativas, y las actividades patrimoniales del Estado, la actividad administrativa, han de tomar como base los principios constitucionales respectivos.⁸⁰

Como se puede ver en el breve repaso que hemos hecho de las opiniones de algunos de los juristas mexicanos más connotados, el concepto de soberanía ha sido la piedra de toque del derecho público mexicano. En una síntesis general, la narrativa se podría resumir de la siguiente manera: en el momento constituyente, se manifiesta el poder soberano del pueblo, al definir una norma de la más alta jerarquía para organizar al Estado. La conexión directa con ese poder soberano es la fuente de autoridad suprema de la Constitución y el gran título de legitimidad del poder (de los poderes constituidos). Se trata, además, de una norma que expresa la identidad de

⁷⁹ *Idem.*

⁸⁰ *Ibid.*, pp. 94-96.

Como se sabe, sus objetivos principales son: la eliminación de barreras al comercio de bienes y servicios y auspiciar condiciones para una competencia justa; el incremento de las oportunidades de inversión; la protección de la propiedad intelectual; el establecimiento de procedimientos efectivos para la aplicación del Tratado y la solución de controversias; así como el fomento de la cooperación trilateral, regional y multilateral. En este rubro, cabe recordar que México ha tenido que reformar su sistema jurídico de acuerdo a los estándares del TLCAN en múltiples materias (entre las que destacan, entre muchas otras, las materias de comercio exterior y régimen de la inversión extranjera).

En tercer lugar, debemos mencionar también el fenómeno que Stephen Zamora ha denominado como las 'presiones legislativas desde arriba', refiriéndose con ello a la influencia que instituciones como el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM) o el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) ejercen sobre países como México, al impulsar en ellos reformas jurídicas e institucionales. En este sentido, afirma Zamora que si bien es cierto que estas actividades no implican una asignación de poder legislativo *per se* a las autoridades internacionales, muestran cómo la competencia legislativa se ve influida por agencias más allá de las instituciones del gobierno nacional. E incluso, en el caso de México, afirma que estas instituciones financieras internacionales casi parecen ser como una cuarta rama del gobierno, influyendo el curso de la regulación económica en formas que la mayoría de la gente en los EUA (el profesor Zamora es estadounidense) encontrarían completamente inapropiada.⁸⁷

Puede mencionarse en esta misma línea el estudio de Sergio López Ayllón, quien vincula buena parte de los extensos y profundos cambios jurídicos ocurridos en México a partir de la década de los ochenta (privatización, desregulación, racionalización del marco regulatorio), a recomendaciones explícitas de organismos financieros internacionales; y al tránsito de una economía cerrada a una abierta.

⁸⁷ Zamora, Stephen, "Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997, pp. 640-641.

V. PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES FUNDAMENTALES Y EL SISTEMA INTERAMERICANO DE DERECHOS HUMANOS

El artículo 40 de la Constitución mexicana define cuáles son sus principios fundamentales en los siguientes términos:

"Es voluntad del pueblo mexicano constituirse en una República representativa, democrática, laica, federal, compuesta de Estados libres y soberanos en todo lo concerniente a su régimen interior; pero unidos en una federación establecida según los principios de esta ley fundamental."

Ahora bien, en México se han dado diversos debates en torno a cuáles son los principios fundamentales, y si pueden o no ser alterados por el proceso de reforma constitucional previsto en el artículo 135 de la Constitución mexicana. En esta discusión, la doctrina ha ofrecido distintas respuestas, lo cual demuestra el grado de subjetividad que ha imperado en la discusión sobre este tema. Por ejemplo, Carpizo ha señalado que las "decisiones fundamentales" de nuestro orden constitucional son: los derechos humanos, la soberanía popular, la división de poderes, el sistema representativo, el sistema federal, la supremacía del Estado sobre las iglesias y el juicio de amparo. Además, ha señalado este autor que dichos principios no pueden ser reformados por el poder revisor, "sino únicamente por el pueblo."⁹⁰

Por su parte, Rabasa señala como un principio que no puede ser cambiado por el poder reformador de la Constitución, el de la forma de gobierno. Mientras que Mario de la Cueva argumenta que el poder revisor no puede modificar la esencia de la Constitución que le dio vida. Este autor no aclara cuál es dicha "esencia", aunque sugiere que los derechos individuales y sociales son parte de ella. Por último, Burgoa considera como principios fundamentales la forma del Estado, la forma de gobierno, el sistema electoral, las garantías del gobernado, las garantías sociales, las garantías del trabajador, las declaraciones fundamentales en materia socioeconómica y cultural y el juicio de amparo, y propone que cualquier reforma a la Constitución que afecte

⁹⁰ Carpizo, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, Ed. Porrúa, México, 1983, p. 280.

sustancialmente alguno de estos principios, debiera ser sometida a referéndum popular, una vez cumplido el procedimiento establecido en el artículo 135 constitucional, para que entre en vigor.⁹¹

Para los efectos del presente ensayo, tomaremos como base el principio de protección de derechos humanos. Así, en las siguientes páginas examinaremos los puntos de intersección del sistema interamericano de derechos humanos con la Constitución mexicana de 1917.

Con la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 10 de junio de 2011,⁹² las condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Cridh) al Estado mexicano y la “recepción” que la Suprema Corte de Justicia de México (SCJ) ha hecho de las sentencias de la Corte Interamericana (en especial a través de la decisión de la SCJ en el expediente varios 912/2010), se han fijado nuevas coordenadas en el tema de derechos humanos en México. En la referida decisión se precisó que los juzgadores de todo el país (federales y locales) están obligados a verificar que las leyes que aplican se ajustan a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos (con el obligado empleo de los principios pro persona y de interpretación conforme, según lo establece el segundo párrafo del artículo 1º de la Constitución mexicana).

⁹¹ Rabasa, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, Ed. Porrúa, México, 1968, pp. 234-237; Cueva, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, Ed. Porrúa, México, 1982, pp. 127-174; y Burgoa, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, Ed. Porrúa, México, 1994. Todas estas obras son citadas por González Schmall, *op. cit.*, p.324.

⁹² Artículo 1 de la Constitución mexicana: “**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.”

Según López Ayllón, esto implicó adoptar y dar mayor peso a una serie de instrumentos internacionales, lo que a su vez obligó a adaptar las normas e instituciones internas al marco jurídico externo, especialmente en los sectores más expuestos al intercambio con el exterior.⁸⁸

Por su parte, en su estudio sobre el impacto de la globalización en la reforma del Estado en América Latina, Fix y Ayllón vinculan la significativa reforma institucional ocurrida en los países de la región desde el inicio de los ochenta, a los severos programas de ajuste diseñados, promovidos y monitoreados por organizaciones financieras internacionales como el BM y el FMI, lo que en algunos casos-afirman- implicó reformas normativas sustanciales.⁸⁹

Lo anterior nos lleva a establecer la siguiente hipótesis: frente a los fenómenos arriba referidos, la idea del Estado mexicano como una comunidad política que decide cuáles son sus normas jurídicas de manera autónoma, sin permitir injerencias externas, como si fuera un circuito cerrado, no corresponde a la realidad.

Para estimar los alcances de esta hipótesis, en la siguiente sección del presente ensayo nos proponemos examinar lo que denominamos los puntos de intersección entre los principios fundamentales previstos en la Constitución mexicana, y regímenes internacionales diversos que ya están teniendo un impacto en sectores específicos del sistema jurídico mexicano.

⁸⁸ “Una parte importante de las modificaciones en el subsistema jurídico mexicano se explica dentro de esta dinámica, particularmente en la legislación relacionada con los distintos sectores económicos. El ejemplo más evidente de esta situación se encuentra en la legislación aplicable al comercio exterior (incluyendo la operación de las aduanas), la inversión y la propiedad intelectual. Su evolución se explica fundamentalmente en su adecuación a las nuevas condiciones de operación del modelo económico y su articulación con el marco regulatorio internacional y las obligaciones de México derivadas de éste.” López Ayllón, Sergio, *Las Transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, UNAM, México, 1997, pp. 203-208.

⁸⁹ Reportan Fix-Fierro y Ayllón que entre diciembre de 1982 y abril de 1996, de un total de 198 leyes federales, 99 fueron renovadas, 57 reformadas (en algunos casos de manera extensa), y solamente 42, de importancia menor, permanecieron sin cambios. Es decir, cerca de 80 por ciento de la legislación federal mexicana fue totalmente nueva o modificada en un lapso de 15 años. Fix-Fierro, Héctor y López-Ayllón, Sergio, “The Impact of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997, pp. 792-795.

Asimismo, la SCJ dijo que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana sobre Derechos Humanos, los jueces, como parte del aparato estatal, deben velar porque sus disposiciones no se vean limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su objeto y fin. Por tal razón –afirmó la SCJ- el control difuso (de constitucionalidad y convencionalidad) debe realizarse entre las normas de derecho interno, en relación con la Constitución Federal y la mencionada Convención, tomando en cuenta no solamente su texto sino también a la interpretación realizada por la Corte Interamericana. En ese sentido, el Alto Tribunal resolvió que los jueces de todo el país podrán dejar de aplicar al caso concreto las normas que resulten contrarias a la Constitución Federal o los tratados internacionales de derechos humanos, sin que ello implique una declaración de inconstitucionalidad, que sigue reservada a la justicia federal.⁹³

La apertura hacia el régimen internacional (en este caso regional) de derechos humanos, ha tenido un impacto concreto en el principio de protección de derechos humanos de la Constitución mexicana. No estamos más en un esquema en el que los derechos humanos previstos en la Constitución forman una totalidad y un universo cerrado. Ahora los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales suscritos por México tienen rango constitucional y pueden ser invocados directamente ante los tribunales mexicanos por quienes se sientan afectados en sus derechos. Asimismo, el principio pro persona abre al juez la posibilidad de escoger entre el derecho interno y el derecho internacional en función del mayor alcance protector que tengan las normas; y el principio de interpretación conforme exige dar un contenido a los derechos humanos de fuente interna, a la luz de los derechos contenidos en los tratados.

El cambio de criterio de la Suprema Corte de México en relación con el llamado “fuero militar” es ilustrativo de lo que aquí se dice. En efecto, en su sentencia de 23 de noviembre de 2009, la CrIDH condenó al Estado mexicano por una serie de violaciones a la Convención Americana de Derechos Humanos, en conexión con la

⁹³ Comunicado 127/2011 de 14 de julio de 2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

“a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo”.

Esta regla ha permitido que los tribunales militares asuman competencia sobre prácticamente todos los delitos cometidos por soldados en servicio. A su vez, esto ha llevado a la impunidad de soldados que han cometido delitos comunes contra la población civil: los tribunales militares han tendido a proteger a los soldados involucrados en este tipo de situaciones, porque carecen de verdadera independencia e imparcialidad.⁹⁵

Ahora bien, en su sentencia en el caso Radilla, la CrIDH afirmó que la interpretación del artículo 13 de la Constitución mexicana debía ser coherente con los principios convencionales y constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia, contenidos en el artículo 8.1 de la Convención Americana y las normas pertinentes de la Constitución mexicana; y consideró que el artículo 57 del Código de Justicia Militar era incompatible con la Convención Americana por lo que el Estado mexicano debía adoptar, en un plazo razonable, las reformas legislativas pertinentes para compatibilizar la citada disposición con los estándares internacionales de la materia y de la Convención.⁹⁶

Lo anterior provocó dos efectos en México. Primero, el entonces presidente Felipe Calderón presentó una iniciativa ante el Congreso de la Unión, proponiendo una reforma a al Código de Justicia Militar.⁹⁷ Sin embargo, la iniciativa excluía de la jurisdicción militar solamente a tres delitos: la violación, la tortura y la desaparición forzada. En el caso de estos delitos, los soldados involucrados serían juzgados por los tribunales ordinarios que correspondiera, del fuero federal o del fuero común. No obstante, en todo otro caso en que los soldados cometieran otro tipo de delitos, “en

⁹⁵ Esto ha sido afirmado en el Informe de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso Ana Beatriz y Celia González Pérez v. México, 11.565, Informe No. 53/01, párrafos 80-82 (2000). En este caso, tres mujeres indígenas del Estado de Chiapas fueron violadas y torturadas por un grupo de soldados en 1994, con el objetivo de forzarlas a confesar que ellas eran miembros de un grupo guerrillero.

⁹⁶ Ver párrafos 338-342 de la sentencia del caso Radilla.

⁹⁷ Enviada al Senado el 18 de octubre de 2010.

servicio o con motivo de actos del mismo”, seguirían estando sujetos a la jurisdicción militar. Este proyecto de reforma legal no prosperó y quedó “congelado” en el Senado de la República.⁹⁸ Eventualmente, el 13 de junio de 2014 se reformó la fracción II del artículo 57 del Código de Justicia Militar, para quedar como sigue:

“Artículo 57.- Son delitos contra la disciplina militar:

I.- ...

II.- Los del orden común o federal, siempre y cuando no tenga la condición de civil el sujeto pasivo que resiente sobre su persona la afectación producida por la conducta delictiva o la persona titular del bien jurídico tutelado o puesto en peligro por la acción u omisión prevista en ley penal como delito, en los siguientes supuestos:

a).- Que fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo;”

El otro efecto de la sentencia del caso Radilla puede ser visto en el giro en la interpretación de la Suprema Corte al artículo 13 de la Constitución. Como ya dijimos, con anterioridad a dicha sentencia la SCJ había considerado de manera consistente que el artículo 57.II.a) del Código de Justicia Militar era constitucional. Pero en su decisión del 14 de julio de 2011 (Expediente Varios 912/2010), y en clara adopción del criterio de la CrIDH en el tema, sostuvo que la jurisdicción militar debería estar limitada solamente a delitos y faltas cometidas por soldados contra la disciplina militar, y que no podía ser extendida a miembros de las fuerzas armadas que cometiesen delitos “ordinarios” cuando estuviesen en servicio.

Los párrafos 42 y 43 de dicha decisión resumen la nueva interpretación de la Suprema Corte de la siguiente manera:

⁹⁸ Aunque recientemente, fuentes del Senado (con nueva integración a partir de la elección de 1 de julio de 2012), han manifestado la intención de retomar el tema de la reforma al artículo 57 del Código de Justicia Militar. Periódico *La Crónica*, Nota del 24 de marzo de 2013 (<http://www.cronica.com.mx/notas/2013/740035.html>)

desaparición del Sr. Rosendo Radilla,⁹⁴ así como a la denegación del debido proceso y acceso a la justicia respecto de éste y sus familiares. En este caso, el Estado mexicano fue condenado a indemnizar a la familia, y a investigar, perseguir y castigar a las personas responsables de la desaparición forzada del Sr. Radilla, así como a reformar el Código de Justicia Militar y el Código Penal Federal, para el efecto de hacerlos compatibles con las normas y estándares internacionales de derechos humanos.

Resulta importante abundar un poco más en este último componente de la sentencia del caso Radilla, puesto que la manera en que fue “recibida” y procesada por la Suprema Corte de Justicia, nos da una buena idea de los nuevos vientos que soplan en México, en relación con la protección judicial de los derechos humanos. Así, podemos recordar que del artículo 13 de la Constitución mexicana se desprende que la justicia militar se activa (tiene competencia) únicamente para procesar a miembros de las fuerzas armadas que comentan algún delito que atente contra la disciplina militar (como desacato a órdenes de superiores, motín, rebelión, traición y otros que por definición solamente pueden ser cometidos por miembros de las fuerzas armadas). La implicación de esta lectura del artículo 13 de la Constitución, es que si un militar comete un delito que no atenta contra la disciplina militar, el responsable deberá ser juzgado por los tribunales ordinarios que correspondan (es decir, los tribunales penales, sean federales o estatales).

Sin embargo, el Código de Justicia Militar establece una definición de “delitos y faltas contra la disciplina militar”, que extiende la competencia de los tribunales militares más allá del ámbito original y textual del artículo 13 constitucional. En efecto, el artículo 57.II.a) de dicho código incluye como delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal, cuando en su comisión haya concurrido cualquiera de las circunstancias que en seguida se expresan:

⁹⁴ El caso se refiere a la desaparición forzada del Sr. Rosendo Radilla, que tuvo lugar en el Estado de Guerrero en 1974, en el contexto de la llamada “guerra sucia” conducida por el ejército mexicano contra la guerrilla que operaba en dicha entidad federativa.

“42. De este modo, en estricto acatamiento a lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, para esta Suprema Corte de Justicia de la Nación la interpretación que corresponde al artículo 13 de la Constitución Federal, en concordancia con el artículo 2o. de la Convención Americana, deberá ser coherente con los principios constitucionales de debido proceso y acceso a la justicia contenidos en ella, y de conformidad con el artículo 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el cual, entre otras prerrogativas, prevé el derecho a comparecer ante un Juez competente.

43. Por tanto, el artículo 57, fracción II, del Código de Justicia Militar, es incompatible con lo dispuesto en el mismo artículo 13, conforme a esta interpretación a la luz de los artículos 2o. y 8.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Ello es así, porque al establecer cuáles son los delitos contra la disciplina militar, no garantiza a los civiles o a sus familiares que sean víctimas de violaciones a los derechos humanos, tengan la posibilidad de someterse a la jurisdicción de un Juez o tribunal ordinario.”

Como consecuencia de lo anterior, la SCJ ordenó que en adelante debería considerarse que el “fuero militar” no podrá operar bajo ninguna circunstancia frente a situaciones que vulneren derechos humanos de civiles; y que esta nueva interpretación debería observarse en todos los casos futuros que fueran del conocimiento de este tribunal, funcionando en Pleno o en Salas.

Además, el 21 de agosto de 2012 el Pleno de la Suprema Corte declaró la inconstitucionalidad del artículo 57, fracción II, inciso a), del Código de Justicia Militar por ser incompatible con lo dispuesto en el artículo 13 de la Constitución mexicana. Esta nueva interpretación se ve reflejada en la siguiente tesis de la Corte:

“FUERO MILITAR. EL ARTÍCULO 57, FRACCIÓN II, INCISO A), DEL CÓDIGO DE JUSTICIA MILITAR VIOLA EL ARTÍCULO 13 CONSTITUCIONAL.

El referido precepto ordinario, al establecer que son delitos contra la disciplina militar los del orden común o federal, cuando fueren cometidos por militares en los momentos de estar en servicio o con motivo de actos del mismo, viola el artículo 13

FUENTES DE CONSULTA

BOGDANDY, Armin von, “Principios fundamentales del Estado y de las organizaciones supranacionales e internacionales” en *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*, UNAM, México, 2014.

BOGDANDY, Armin von y SERNA DE LA GARZA, José Ma. (Coords.), *Soberanía y Estado Abierto en América Latina y Europa*, UNAM, México, 2014.

BURGOA, Ignacio, *Renovación de la Constitución de 1917*, Ed. Porrúa, México, 1994.

-----, *Derecho Constitucional Mexicano*, Porrúa, 13ª edición, México, 2000.

CARPIZO, Jorge, *La Constitución Mexicana de 1917*, UNAM, México, 1979.

-----, *La Constitución Mexicana de 1917*, Ed. Porrúa, México, 1983.

CASTILLO VELASCO, José Ma. del, *Ensayo sobre el Derecho Administrativo Mexicano*, tomo I, 1874. Versión facsimilar publicada por la UNAM, México, 1994.

CUEVA, Mario de la, *Teoría de la Constitución*, Ed. Porrúa, México, 1982.

FIX-FIERRO, Héctor y LÓPEZ-AYLLÓN, Sergio, “The Impact of Globalization on the Reform of the State and The Law in Latin America”, *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997.

KAPLAN, Marcos, *Estado y Globalización*, UNAM, México, 2008.

LÓPEZ AYLLÓN, Sergio, *Las Transformaciones del sistema jurídico y los significados sociales del derecho en México*, UNAM, México, 1997.

RABASA, Emilio, *La Constitución y la Dictadura*, Ed. Porrúa, México, 1968.

SAUNDERS, Cheryl, "Use and Misuse of Comparative Constitutional Law", *Indiana Journal of Global Legal Studies*, vol. 13, No. 1, 2006.

SERNA DE LA GARZA, José Ma. *Impacto e Implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, UNAM, México, 2012.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho constitucional mexicano*, Porrúa, 18ª edición, México, 1981.

ZAMORA, Stephen, "Allocating Legislative competence in the Americas: the Early Experience under NAFTA and the Challenge of Hemispheric Integration", *Houston Journal of International Law*, vol. 19, no. 3, 1997.

de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en tanto éste dispone que la jurisdicción militar está acotada única y exclusivamente a los delitos y faltas cometidos contra la disciplina militar y que en ningún caso y por ningún motivo podrá extenderse sobre persona que no pertenezca al Ejército, ya que si bien es cierto que la especificación y el alcance de la expresión "disciplina militar" corresponden al legislador ordinario, quien debe precisar cuáles son esas faltas y delitos, también lo es que el mandato constitucional establece dos restricciones que no permiten una libre configuración legislativa: a) está prohibida la jurisdicción militar sobre personas que no pertenezcan al Ejército; y b) cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un civil (paisano), conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. Ahora bien, la primera restricción constitucional es contundente en determinar que la justicia militar en ningún caso podrá juzgar penalmente a un civil, cuando éste tenga el carácter de sujeto activo de un hecho ilícito, mientras la segunda implica que cuando un miembro de las fuerzas armadas cometa un delito en perjuicio de un civil, invariablemente, debe conocer de la causa penal correspondiente un Juez civil; de ahí que si un Juez Militar conociera de un proceso donde la víctima u ofendido del delito sea un civil, ejercería jurisdicción sobre dicho particular en desacato al artículo 13 constitucional.⁹⁹

El referido ejemplo nos muestra cómo los órganos internacionales de protección de los derechos humanos convencionales (como la CrIDH), generan un discurso constitucional que interactúa con el discurso constitucional de los tribunales nacionales. Y en esta interacción, los contenidos de los derechos constitucionales se van definiendo a partir de impulsos internos y externos.

⁹⁹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Pleno, 10a. Época; Pleno; Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; pág. 366.

EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD-CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO.

**Dr. Luis Gerardo Samaniego Santamaría.*

SUMARIO: Introducción. I. *El control constitucional difuso en México.* II. *La reforma de 1934.* III. *Evolución de la interpretación del artículo 133 por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.* A) *Período visión amplia.* B) *Período visión restringida.* IV. *La reforma constitucional de 2011 y la nueva interpretación del artículo 133.* V. *El expediente Varios 912/2010 y los nuevos criterios del ejercicio del control convencional difuso ex officio en México.* VI. *Evolución jurisprudencial del Control constitucional-convencional difuso después de 2011.* A) *La supremacía de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución frente a las normas convencionales.* B) *La jurisprudencia de la SCJN como límite al ejercicio del control convencional difuso.* C) *La supremacía de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución frente a las Sentencias condenatorias de la CoIDH* D) *Control convencional difuso ex officio o a petición de parte? Conclusiones. Fuentes de consulta.*

INTRODUCCIÓN.

En el centenario de la Constitución mexicana de 1917,¹⁰⁰ resulta importante reflexionar sobre los grandes aportes que su texto nos ha otorgado para la construcción y fortalecimiento del Estado constitucional y democrático de derecho. Su vigencia ha permitido sentar las bases de las instituciones democráticas de nuestro

federación a través de diversos medios de control constitucional y a los jueces de los estados cuya obligación de preferir la norma constitucional federal sobre las disposiciones en contrario previstas en las leyes y constituciones de los Estados. No obstante el ejercicio del control constitucional se fue monopolizando por el Poder Judicial Federal, prohibiendo a los jueces ordinarios realizar control constitucional o convencional respecto de las leyes de los estados aplicables a cada caso concreto.

En la actualidad las reformas ocurridas en 2011 y la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso *Rosendo Radilla Pacheco* replantearon nuevamente el sistema de control constitucional en México, ya que además del complejo sistema de control constitucional a cargo del Poder Judicial Federal, se adoptó nuevamente el control difuso de la convencionalidad-convencionalidad a cargo de todos los jueces y tribunales del país. Desde su incorporación, los jueces nacionales han venido realizando una construcción interpretativa muy amplia, la cual no ha venido exenta de omisiones, contradicciones o resistencias. En el diálogo jurisprudencial sostenido entre los jueces nacionales y la Suprema Corte de Justicia de la Nación; y a su vez ésta con la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se han presentado diversos acuerdos y resistencias propios de cualquier diálogo. En la actualidad la evolución interpretativa del control difuso de constitucionalidad convencionalidad nos dan una muestra clara de los grandes avances y retrocesos que hemos tenido a lo largo de un siglo de vigencia constitucional y a su vez los grandes retos que representa el ejercicio del citado control para la defensa efectiva de los derechos humanos. Por ello, en el marco del centenario de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, resulta oportuno reflexionar sobre uno de temas que más ha cobrado vigencia en los últimos años en la defensa de los derechos humanos como lo es el denominado “*control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad*”.

*Doctor en Derecho Constitucional por la Universidad de Salamanca, España. Profesor-Investigador de Carrera de la Universidad de Quintana Roo, México. Miembro del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, Capítulo México-Quintana Roo. Miembro del Sistema Nacional de Investigadores del Consejo Nacional de Ciencia y Tecnología, México (SIN-CONACYT).

¹⁰⁰ El texto original de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que reforma la de 5 de febrero de 1857, se publicó en el Diario Oficial, Tomo V, 4ª. Época, No. 30, Lunes 5 de febrero de 1917, pp.149-161. El Congreso Constituyente se reunió en ciudad de Querétaro el 1o. de diciembre de 1916, en virtud del decreto de convocatoria de 19 de septiembre de ese mismo año, expedido por la Primera Jefatura, de conformidad con lo prevenido en el artículo 4o. de las modificaciones que el 14 del citado mes se hicieron al decreto de 12 de diciembre de 1914, dado en la H. Veracruz, adicionando el Plan de Guadalupe, de 26 de marzo de 1913.

I. EL CONTROL CONSTITUCIONAL DIFUSO EN MÉXICO.

El control constitucional difuso¹⁰² no es un tema nuevo en el constitucionalismo mexicano¹⁰³ ya que si bien la Constitución de 1824 no señaló nada al respecto¹⁰⁴, la Constitución de 1857 ya lo contemplaba en su artículo 126, mismo que aunque no fue incluido en el proyecto original enviado por Venustiano Carranza al Congreso Constituyente, posteriormente fue incorporado en el transcurso de los debates ocurridos entre 1916-1917 por la Comisión de Constitución, para aprobarse y pasar prácticamente inalterado su texto en el artículo 133 de la vigente Constitución de 1917, que entre otras cosas contempla la supremacía de la Constitución federal, las Leyes que de ella emanen y Tratados firmados por el Presidente de la República con aprobación del Senado; y el ejercicio del control constitucional-convencional difuso que autoriza a los jueces a observar la Constitución Federal, Leyes y Tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Leyes y Constituciones de los Estados.¹⁰⁵

¹⁰² Jiménez Asensio, Rafael. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2005, pp.31 y ss. El Control constitucional difuso ha formado parte del desarrollo constitucional moderno, pues desde su origen inglés en el caso Bonham resuelto por el juez Edward Coke en 1610, se señaló al referirse al *common law*, que los jueces podían declarar la nulidad de una ley del parlamento que fuera contraria a aquel. Sin embargo, no fue sino hasta el año 1803 en los Estados Unidos de América cuando el juez John Marshall resolvió el caso Marbury vs. Madison, cuando se estableció el control constitucional de las leyes por parte de los órganos jurisdiccionales que posteriormente se perfeccionó con la Sentencia del caso Fletcher vs Peck en 1810, en la que incluyo también las leyes de los Estados miembros.

¹⁰³ Ver: *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, 5° ed., Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, México, 2000, t. XII, p. 1192. El dictamen de la Comisión al presentar la propuesta señaló: "...Más importante aún es el artículo 123 [sic] de la Constitución de 1857, también suprimido en el proyecto, que establece la supremacía de la ley constitucional, de las leyes emanadas de ésta y de los Tratados hechos por el Ejecutivo con aprobación del Congreso. La ley americana en un precepto análogo, hace uso de la expresión enérgica diciendo que leyes como éstas son la ley suprema de la tierra. Así es entre nosotros también, y el artículo suprimido, además de esa grandiosa declaración, constituye la salvaguarda del Pacto federal y su lugar preferente respecto de las Constituciones locales, pues autoriza a los jueces a ceñirse a aquél, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en éstas: La Comisión ha recogido el artículo y se ha permitido incluirlo en el número 132...".

¹⁰⁴ Carpizo, Jorge. *La interpretación del artículo 133 constitucional*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año II, n°4, UNAM, México, enero-abril, 1969, pp. 7-8. Carpizo afirma que si bien no se estableció en forma muy clara en los textos de los orígenes del constitucionalismo mexicano, estos pueden notarse en artículo 161-III de la Constitución de 1824.

¹⁰⁵ Ver: Sánchez Gil, Rubén A. *El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la Tesis P/J 38/2002*, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, IIJ-UNAM, n° 11, México, 2004.

país. Como es de sobra conocido, la Constitución mexicana tiene como nota característica no solo el ser una de las Constituciones más longevas en la actualidad, sino también por haber sido la primera Constitución en el mundo en haber reconocido los derechos de tipo social, producto de las demandas sociales de la Revolución Mexicana iniciada en 1910, cuyos ideales se cristalizaron en el texto aprobado por el constituyente de Querétaro y publicada el 5 de febrero de 1917, por el Primer Jefe del Ejército Constitucionalista, encargado del Poder Ejecutivo, el General Venustiano Carranza.

En la actualidad el texto fundamental mexicano si bien ha sido el reflejo de luchas sociales y de la suma de los factores reales de poder traducidos en el pacto social de los mexicanos a lo largo de un siglo, también se ha venido transformando en un texto que poco se parece al aprobado originalmente, producto de las aproximadamente setecientas reformas que ha sufrido a través de los doscientos veintinueve decretos aprobados por el Poder de Reforma (Congreso de la Unión y Legislaturas de los Estados), lo que la ha convertido actualmente en una Constitución tres veces más extensa que el texto original y mucho más desordenada con contenidos de corte muy reglamentarios y a veces contradictorios.¹⁰¹

No obstante, las múltiples reformas que ha sufrido la Constitución del 17, uno de los principios básicos que se mantienen como parte de nuestra tradición constitucional, es sin duda el reconocimiento de un amplio catálogo de derechos humanos los cuales se extienden a los contenidos en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado Mexicano; y por supuesto los mecanismos de defensa para hacerlos efectivos a través de los diversos medios de control constitucional, tales como el juicio de amparo o del llamado control difuso de la constitucionalidad.

Nuestro país adoptó en la Constitución del 17 un sistema mixto o híbrido de control constitucional, al encomendarle el control constitucional al poder judicial de la

¹⁰¹ Al respecto ver: Fix Fierro, Héctor, Valadés, Diego (Coords.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto reordenado y consolidado (anteproyecto) y la Ley de Desarrollo Constitucional*, IIJ-UNAM-IIDC-Cámara de Diputados-Cámara de Senadores, México, 2015.

Cabe destacar que el citado artículo 126 de la Constitución de 1857 y el 133 de la Constitución de 1917, tuvo una fuerte inspiración -casi idéntica-, en el contenido del artículo VI. 2 de la Constitución de los Estados Unidos de América.¹⁰⁶

El artículo 133 fue aprobado por unanimidad de 154 votos en la sesión número 62 de la asamblea constituyente, celebrada el 25 de enero de 1917, con el siguiente texto:

“...Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella, y de todos los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, serán 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.”¹⁰⁷

II. LA REFORMA DE 1934.

A partir de la entrada en vigor de la Constitución de 1917, dicho artículo solamente ha sufrido en cien años una reforma ocurrida el 18 de enero de 1934,¹⁰⁸ en el sentido de que los tratados internacionales para ser ley suprema deberán estar conforme a la Constitución y que aquellos celebrados por el Presidente de la República deberán ser ratificados únicamente por la Cámara de Senadores y ya no por el Congreso, tal y como lo contemplaba el texto aprobado en 1917. Lo anterior, ya que el texto del artículo 133 fue transcrito literalmente de la Constitución de 1857, que contemplaba un sistema unicameral hasta 1875.

De esta forma, el principio de supremacía constitucional, las leyes que emanen de ella y tratados internacionales firmados por el Presidente y ratificados por el Senado,

¹⁰⁶ El artículo VI.2 de la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787, establece: “...Esta Constitución, y las leyes de los Estados Unidos que se expidan con arreglo a ella, y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los Estados Unidos, serán la suprema ley del país y los jueces de cada Estado estarán obligados a observarlos, a pesar de cualquier cosa en contrario que se encuentre en la Constitución o las leyes de cualquier Estado...”.

¹⁰⁷Ver: Diario de los Debates del Congreso Constituyente 1916-1917 en: http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/cpeum/DD_Constituyente.pdf

¹⁰⁸ Diario Oficial de la Federación del 18 de enero de 1934, pp. 206-208.

SALA”,¹¹⁰ donde señaló que tratándose de disposiciones manifiestamente contrarias a la Constitución federal, las autoridades comunes deberán abstenerse de aplicarlas.

Posteriormente en el año 1942, la SCJN al resolver el Amparo administrativo en revisión 1908/41, estableció la tesis: “CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, COMPETENCIA DEL TRIBUNAL FISCAL PARA EXAMINARLA Y ESTATUIR SOBRE ELLAS. SEGUNDA SALA”,¹¹¹ señalando que “...las Salas del Tribunal Fiscal de la Federación al resolver las cuestiones de su competencia pueden decidir conforme al artículo 133 de la Carta Magna, si la ley que apoya los actos impugnados es o no constitucional, ya que ningún ordenamiento secundario y ningún acto de autoridad, pueden prevalecer contra la Constitución”.

En la doctrina constitucional mexicana podemos encontrar posturas a favor del control constitucional difuso en México derivado del artículo 133. Martínez Báez consideraba en 1942 que “...la esencia misma de la actividad jurisdiccional estriba en la función definidora del derecho aplicable al caso concreto, luego todo juez y en todo proceso aplicará la norma que juzgue adecuada y en el lance de que ese precepto resulte anticonstitucional no lo debe cumplir, pues debe dar preferencia, primacía y prioridad a la ley fundamental. Para que los jueces locales no pudieran examinar la constitucionalidad de una ley, necesario sería texto expreso al respecto, pero no sólo no existe, sino que encontramos disposición que obliga al juez local a respetar la Constitución y no aplicar leyes que la contraríen o que se le opongan. Si se le negare al juez local la facultad para realizar dicha valoración, se le estaría negando algo que va contra la función misma de juzgar, se desvirtuaría la labor de quienes forman parte de la voz viva del derecho. Y la unidad de la interpretación constitucional no se afecta, porque la exposición del juez local es susceptible de reclamarse ante la justicia federal mediante el juicio de amparo”.¹¹²

¹¹⁰ Tesis aislada, Cuarta Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLVI, 5° época, 5 de noviembre de 1935, p. 2966.

¹¹¹ Tesis aislada, Segunda Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XLXXII, 5° época, 27 de abril de 1942, p. 2570.

¹¹² Martínez Baéz, Antonio. *El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes*, en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo IV, n° 15, México, 1942, pp. 245-248.

B) Periodo visión restringida.

Con el paso de los años la SCJN la postura restrictiva fue fortaleciéndose poco a poco al grado de prohibirles a los jueces ordinarios realizar control constitucional difuso. De esta forma, la Tercera Sala de la SCJN al resolver en el año 1960 el Amparo Directo 6098/55, estableció la tesis bajo el rubro: "CONSTITUCIÓN. SU APLICACIÓN POR PARTE DE LOS JUECES DEL FUERO COMÚN CUANDO SE ENCUENTRA CONTROVERTIDA POR UNA LEY ORDINARIA",¹¹³ señalando que "...si bien es verdad que las autoridades judiciales del fuero común no pueden hacer una declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, sí están obligadas a aplicar en primer término la Constitución Federal, en acatamiento del principio de supremacía que estatuye el artículo 133 de la propia Carta Magna cuando el precepto de la ley ordinaria contraviene directamente y de modo manifiesto, una disposición expresa del pacto federal".

Esta tendencia interpretativa de la SCJN respecto de la restricción del ejercicio del control constitucional difuso por parte de los jueces nacionales, se fortaleció en 1968 al resolver el Amparo Directo 1355/67, monopolizando completamente el ejercicio del control constitucional por parte del Poder Judicial Federal, al considerar que solo este Poder estaba facultado para hacer declaratorias de inconstitucionalidad, tal y como se observa de la tesis bajo el rubro: "CONSTITUCIONALIDAD DE LAS LEYES, EXAMEN DE LA, IMPROCEDENTE, POR LA AUTORIDAD JUDICIAL COMÚN",¹¹⁴ que señalaba que "...no existe jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación 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

¹¹³ Tesis aislada, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Vol. LX, 22 de febrero de 1960, p. 177.

¹¹⁴ Tesis aislada, Tercera Sala, *Semanario Judicial de la Federación*, Vol. CXXXV, 30 de septiembre de 1968, p. 37.

así como el ejercicio del control constitucional difuso por parte de todos los jueces del país, encuentran su fundamento en el artículo 133 de la Constitución de 1917.

III. EVOLUCIÓN DE LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 POR LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.

A lo largo de la vigencia de nuestro texto constitucional, la interpretación del artículo 133 por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), respecto del ejercicio del control constitucional difuso ha variado desde una perspectiva amplia a una restringida. Cabe destacar que aunque para efectos del presente trabajo se ha clasificado en dos periodos, lo cierto es que en la primera etapa de la vigencia constitucional del artículo 133 existieron visiones muy contradictorias respecto del ejercicio del control constitucional difuso.

A) Periodo visión amplia.

En los primeros años de vigencia del artículo 133, la SCJN al interpretar de manera literal el citado artículo constitucional, fijó una postura amplia y a favor del ejercicio del control constitucional difuso por parte de los jueces del país, tal y como se observa en el Amparo penal en revisión 2814/24, resuelto en el año 1926 en donde la SCJN estableció una tesis bajo el rubro: "CONSTITUCIÓN FEDERAL", señalando que aún cuando los Estados tienen la libertad para legislar en lo que concierne a su régimen interior, en ningún caso pueden contravenir las estipulaciones del Pacto Federal y los jueces de cada Estado se arreglarán a la Constitución Federal, leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados hechos y que se hicieren por el Presidente de la República, con aprobación del Congreso, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados.¹⁰⁹ Asimismo, la SCJN al resolver en el año 1935, el Amparo en revisión en materia del trabajo 5172/35, estableció la tesis de jurisprudencia bajo el rubro: "LEYES, FACULTAD DE LAS AUTORIDADES PARA DECLARARLAS ANTICONSTITUCIONALES, CUARTA

¹⁰⁹ Tesis aislada 282436, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación*, t. XIX, 5° época, 20 de julio de 1926, p. 117.

de considerar que sólo el Poder Judicial de la Federación puede calificar la constitucionalidad de las leyes a través del juicio constitucional de amparo”.

Con esta visión que restrictiva del contenido del artículo 133, la SCJN monopolizó el ejercicio del control constitucional al grado de establecer finalmente en el año 1999, dos jurisprudencias que resultaban obligatorias para las autoridades judiciales mexicanas. Así, bajo el rubro: “CONTROL JUDICIAL DE LA CONSTITUCIÓN. ES ATRIBUCIÓN EXCLUSIVA DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN”,¹¹⁵ la SCJN estableció jurisprudencia señalando que “...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”.

Del mismo modo, en ese mismo año de 1999, la SCJN emitió la jurisprudencia bajo el rubro: “CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN”,¹¹⁶ estableciendo que “...el texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que “Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y

¹¹⁵ Jurisprudencia, Pleno, 73/99 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, Novena época, Agosto de 1999, p. 18.

¹¹⁶ Jurisprudencia, Pleno, 74/99 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. X, Novena época, Agosto de 1999, p. 5.

IV. LA REFORMA CONSTITUCIONAL DE 2011 Y LA NUEVA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133.

Uno de los cambios más significativos que sufrió la Constitución de 1917, a través de sus múltiples reformas fueron las ocurridas el 6 y 10 de junio de 2011, relativas al replanteamiento de los derechos humanos dentro del texto constitucional. No solo cambió el término de “Garantías Individuales” por el de “Derechos Humanos y sus Garantías”, sino que incluyó dentro del mismo rango de jerarquía normativa a los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales firmados y ratificados por el Estado mexicano (*bloque de constitucionalidad-convencionalidad*), además de incorporó la obligación de todas las autoridades de promoverlos, respetarlos y garantizarlos bajo los principios *pro persona*, *interpretación conforme* y aquellos del derecho internacional de los derechos humanos.

Si bien dicha reforma no alteró el contenido del artículo 133, si modificó diversos artículos de la Constitución que ya hacían insostenibles los criterios restrictivos de la SCJN respecto del ejercicio del control constitucional difuso por parte de los jueces de los estados. Aunado a lo anterior, la Sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CrIDH) en contra del Estado mexicano en el caso *Rosendo Radilla Pacheco*, estableció la obligación a todos los jueces del país de realizar de oficio un ejercicio denominado como *Control Convencional Difuso*, realizando un contraste entre la norma aplicable al caso concreto sometido a su conocimiento y los derechos humanos contenidos en las normas convencionales aplicables en el Sistema Americano de Protección de Derechos Humanos.¹¹⁷ Esto es, la obligación de todos los jueces nacionales de cualquier materia y rango jerárquico, no sólo están obligados por el artículo 1º y 133 de la Constitución a realizar un examen de constitucionalidad dentro del ámbito de sus respectivas competencias y atribuciones, sino también deben hacerlo *ex officio*, debiendo preferir la aplicación de las normas que más protejan los derechos humanos de las personas e inaplicando en caso extremo las normas nacionales que sean contrarias o restrictivas de los

¹¹⁷ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, UNAM-Marcial Pons, España, 2013. p. 182.

derechos humanos previstos en los tratados internacionales de los que México sea parte, so pena de incurrir en responsabilidad internacional del Estado mexicano.¹¹⁸

En este sentido, si bien la obligación de los jueces a realizar el control convencional difuso *ex officio* surgió aparentemente a partir de la adopción en el texto constitucional a partir de 2011, lo cierto es que dicho tema ya había comenzado su construcción interpretativa mucho años antes con la resolución de algunos casos por parte de diversos tribunales del país en donde ya se venían utilizando los criterios jurisprudenciales de la CrIDH o los Tratados internacionales en materia de derechos humanos. Aunado a lo anterior, la construcción de las reglas del diálogo para la adopción de criterios jurisprudenciales interamericanos, comenzó en nuestro país cuando la SCJN con el fin de dar cumplimiento a la Sentencia condenatoria de la CrIDH en el Caso *Rosendo Radilla vs México* del año 2009, decidió abrir un expediente denominado Varios 912/2010, en donde además de reconocer expresamente la obligación de los jueces nacionales de ejercer el citado control convencional difuso *ex officio*, estableció el carácter vinculante para todos los jueces nacionales la jurisprudencia de la CoIDH emitida en aquellos casos en los que el Estado mexicano hubiese sido parte y como orientadora en aquellos en los que no lo fuera, fijando además los criterios a través de los cuales se debe llevar a cabo el ejercicio de dicho control convencional difuso. De lo anterior, se desprende que en el diálogo jurisprudencial entre la CrIDH y la SCJN, se adoptó el criterio de que cualquier autoridad jurisdiccional dentro del ámbito de sus respectivas competencias tienen la obligación de: 1) Velar por los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado mexicano (bloqueo de constitucionalidad-convencionalidad), aun a pesar de cualquier disposición en contrario que se pudiera desprender de la norma nacional aplicable al caso concreto, pudiendo desaplicar esta última, dando preferencia a las normas nacionales o interamericanas que más protejan o beneficien los derechos humanos;¹¹⁹ 2) Ejercer dicho control convencional, de manera oficiosa, utilizando los principios de

¹¹⁸ Ídem, p.186.

¹¹⁹ Bustos Gisbert, Rafael. "Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial", México, Porrúa, 2012. p. 76.

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 Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control 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".

El criterio adoptado por el máximo tribunal del país, termino por restringir el ejercicio del control constitucional difuso por parte de los jueces de los estados, ya que consideró que de la interpretación de diversos artículos constitucionales (103, 105, 107, y 124), se llegaba a la conclusión que el único facultado para ejercer el control constitucional de manera exclusiva era el Poder Judicial Federal, por lo que el contenido del artículo 133 que otorga a los jueces de los Estados a ejercer el control constitucional difuso, debía interpretarse a la luz de los demás artículos constitucionales que de acuerdo con la SCJN, indicaban la exclusividad del control constitucional al poder judicial federal a través de su competencia en el juicio de amparo, en las controversias constitucionales y en las acciones de inconstitucionalidad.

Estos criterios restringidos prevalecieron más de una década después hasta las reformas constitucionales del año 2011 a diversos artículos de la Constitución en materia de derechos humanos, que modificarían el sentido de la visión restrictiva de la SCJN.

interpretación conforme y pro persona,¹²⁰ esto es, sin necesidad de que lo invoquen las partes en conflicto, tratando de armonizar al máximo posible la interpretación de la norma con los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, así como en las jurisprudencias de la SCJN y la CrIDH, optando por la interpretación más favorable para el derecho humano en cuestión independientemente si éste es de fuente nacional o interamericana; 3) Al aplicar el principio pro persona, deberá preferir por un lado la protección más amplia de los derechos humanos independientemente de su fuente nacional o interamericana, y por otro, preferir la norma o interpretación que menos restrinja el derecho humano.

V. EL EXPEDIENTE VARIOS 912/2010 Y LOS NUEVOS CRITERIOS DEL EJERCICIO DEL CONTROL CONVENCIONAL DIFUSO EX OFFICIO EN MÉXICO.

Como se señaló en el apartado anterior, al resolver la consulta a trámite relativa al cumplimiento de la Sentencia del Caso Rosendo Radilla Pacheco, la SCJN decidió abrir el expediente Varios 912/2010, resolviendo el 14 de julio de 2011 que la Sentencias de la CoIDH es obligatoria para todos los jueces del país dado el carácter vinculante de la misma, dejando en consecuencia sin efecto las jurisprudencias 73/99 y 74/99, que prohibían a los jueces y tribunales ordinarios realizar el llamado control difuso a pesar del contenido expreso del artículo 133 de la Constitución del 17.

Como resultado se emitieron diversas tesis que delinearon las bases del ejercicio del citado control convencional difuso, tales como las que llevan por rubro: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD",¹²¹ en donde la SCJN señaló que "...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

Con la adopción de dichos criterios la SCJN, reconoció: 1) La sujeción de México a la jurisdicción interamericana y la obligatoriedad de su jurisprudencia para todas las autoridades del Estado mexicano; 2) Admitió por fin el Control Convencional Difuso en México; y 3) Fijo algunos parámetros y pasos a seguir en el ejercicio de dicho control a cargo de los jueces nacionales. Con ello se otorgó una nueva interpretación al artículo 133 restableciendo el llamado control difuso en México que durante muchos años dejó de realizarse por criterios jurisprudenciales, lo que permitió que rápidamente los jueces nacionales comenzaron a ejercerlo, realizando un ejercicio de contraste entre la norma aplicable a los casos concretos y las normas convencionales.

A pesar del avance significativo que representó la admisión jurisprudencial del control convencional-constitucional difuso en México, su ejercicio no ha estado exento de dificultades y resistencias al interior del país, ya que si bien la recepción de los criterios interamericanos por parte de los jueces nacionales en sus respectivas resoluciones ha tenido una gran recepción, también ha presentado dificultades en el diálogo jurisprudencial con otros jueces nacionales y en el diálogo con la SCJN; y ésta a su vez con la CoIDH. Lo anterior, ya que bajo los criterios interpretativos emitidos por la SCJN después de la reforma de 2011, comenzó un diálogo judicial en sede nacional donde los jueces nacionales en el ámbito de sus respectivas competencias comenzaron a adoptar una serie de criterios interpretativos respecto de los tratados internacionales frente a la norma nacional que en muchas ocasiones resultaron contradictorios con aquellos realizados por otros jueces de igual o mayor jerarquía, llevando al conocimiento del máximo tribunal mexicano a resolver los cuestionamientos sobre la articulación de dichos criterios interpretativos en conflicto. De esta manera, la SCJN al resolver los criterios contradictorios comenzó a moldear mediante su jurisprudencia el ejercicio del control convencional difuso por parte de los jueces nacionales.

¹²⁰ Figueroa Mejía, Giovanni Azael. "La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del Estado mexicano", en Astudillo, Cesar y Carpizo, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013, pp. 240 y ss.

¹²¹ Tesis aislada, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. III, t. LXVII/2011, Novena época, Diciembre de 2011, p. 535.

VI. EVOLUCIÓN JURISPRUDENCIAL DEL CONTROL CONSTITUCIONAL-CONVENCIONAL DIFUSO DESPUÉS DE 2011.

Desde la Sentencia condenatoria de la CoIDH en el Caso Rosendo Radilla Pacheco en contra del Estado mexicano del año 2009, y su posterior implementación por la SCJN en la Sentencia del Expediente Varios 912/2010, la evolución hermenéutica del Tribunal constitucional mexicano ha venido moldeando los acuerdos y resistencias en el diálogo jurisprudencial con la CrIDH (visión dualista vs visión monista), pasando por las contradicciones de tesis 293/2011 (restricción de derechos humanos), y 299/2013 (límites al ejercicio del control convencional difuso sobre la jurisprudencia de la SCJN), hasta llegar recientemente a la sentencia del Expediente Varios 1396/2011 relativas a las obligaciones del poder judicial respecto de las sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano en los Casos *Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega* (restricción de derechos humanos).¹²⁴

En sus inicios la recepción del *ius commune* interamericano de protección de derechos humanos¹²⁵ tuvo una gran aceptación por parte de la SCJN, estableciendo la jurisprudencia que permitió la articulación de la comunicación judicial entre los jueces nacionales en el sistema interamericano. Sin embargo, en la construcción hermenéutica poco a poco se comenzaron a presentar resistencias por parte de la SCJN, al observar el diálogo desde un punto de vista dualista, poniendo condiciones a los compromisos internacionales derivados de las convenciones suscritas por el Estado mexicano, basándose estrictamente en los principios de soberanía nacional, supremacía constitucional y la jerarquía absoluta de la SCJN frente al resto de jueces nacionales considerados de grado inferior.

¹²⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo. "Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un *Ius Constitutionale Commune Americanum*. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)", en Bogdandy, Armin von., *et al* (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México, UNAM, 2014, pp. 329-382. Asimismo ver: Serna de la Garza, José María. *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM-IIJ, 2012, pp. 244 y ss.

¹²⁵ Bogdandy, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una Mirada a un constitucionalismo transformador*, Bogotá, Colombia, Revista Derecho del Estado, n° 34, enero-junio, 2015, p.17 y ss

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".

Del mismo modo, se emitieron las siguientes tesis bajo el rubro: "PARÁMETRO PARA EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS";¹²² y "PASOS A SEGUIR EN EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS".¹²³

¹²² Tesis aislada, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. III, Décima época, Diciembre de 2011, p. 551. En esta tesis aislada se estableció que el parámetro del ejercicio del control convencional difuso por parte de los jueces nacionales son todos los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México sea parte, así como los criterios de la jurisprudencia de la CrIDH.

¹²³ Tesis aislada, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L. III, t. LXVII/2011, Décima época, Diciembre de 2011, p. 552.

A) La supremacía de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución frente a las normas convencionales.

La SCJN al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011, estableció de forma obligatoria en su jurisprudencia: 1) La no distinción de la fuente, ya sea constitucional o convencional, por la cual derivan los derechos humanos; 2) El reconocimiento de rango constitucional de los derechos humanos de fuente internacional; 3) La armonización a través del principio *pro persona* de las normas nacionales e internacionales; 4) La prevalencia de la Constitución cuando ésta prevea expresamente una restricción al ejercicio de Derechos Humanos; y 5) La obligatoriedad de toda la jurisprudencia de la CoIDH para los jueces mexicanos, siempre que la misma resulte más favorable para la persona.

Con ello se determinó que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los Tratados Internacionales de los cuales México es parte, constituyen el parámetro de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano, señalando que los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución como en los instrumentos internacionales no solo se relacionan complementariamente entre sí, sino que entre ellos no existe una relación de jerarquía, pues ambos se encuentran en la cúspide del sistema jurídico, esto es, ambos forman parte del mismo nivel de supremacía constitucional. En este sentido, la SCJN no solo confirmó la supremacía de la Constitución y los derechos humanos en ella contenidos, sino también la de los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales de los que México es parte, estableciendo en la jerarquía normativa por debajo cualquier otra norma de derecho interno e incluso las contenidas en los Tratados internacionales que no contengan derechos humanos. Con esta premisa queda claro que el objeto del control convencional difuso son los derechos humanos contenidos en el bloque de constitucionalidad-convencionalidad.

Por otra parte, el criterio fijado por la SCJN al resolver la Contradicción de tesis 293/2011, estableció que la jurisprudencia de la CoIDH es vinculante para todos los

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 encumbramiento 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”.¹²⁶

Este criterio se reforzó con la jurisprudencia 56/2014 de la SCJN bajo el rubro: “PRINCIPIO DE INTERPRETACIÓN MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. SU CUMPLIMIENTO NO IMPLICA QUE LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES NACIONALES, AL EJERCER SU FUNCIÓN, DEJEN DE OBSERVAR LOS DIVERSOS PRINCIPIOS Y RESTRICCIONES QUE PREVÉ LA NORMA FUNDAMENTAL”, que señala que “...si bien la reforma al artículo 1o. de la Constitución Federal, publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011, implicó el cambio en el sistema jurídico mexicano en relación con los tratados

¹²⁶Jurisprudencia, Pleno, 20/2014 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L.5, t. I, Décima época, Abril de 2014, p. 202.

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 ejercer 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 analizada, ésta se aplique, sin que tal circunstancia signifique que, al ejercer tal función jurisdiccional, dejen de observarse los diversos principios constitucionales y legales -legalidad, igualdad, seguridad jurídica, debido proceso, acceso efectivo a la justicia, cosa juzgada-, o las restricciones que prevé la norma fundamental, ya que de hacerlo, se provocaría un estado de incertidumbre en los destinatarios de tal función”.¹²⁷

B) La jurisprudencia de la SCJN como límite al ejercicio del control convencional difuso.

Los jueces ordinarios al ejercer el control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad adquieren un papel de suma importancia en la recepción del derecho internacional de los derechos humanos. Esto obliga a la SCJN a mantener un diálogo jurisprudencial constante con el Tribunal internacional, puesto que ambos tienen la misma finalidad de proteger los derechos humanos, por lo que la relación entre la SCJN como el resto de Cortes Supremas de los Estados de las Américas debe entenderse en términos de cooperación y colaboración,¹²⁸ esto es, la armonización de los estándares nacionales con aquellos fijados a nivel internacional, permiten que a través del diálogo jurisprudencial no solo se enriquezca la jurisprudencia nacional, sino también la protección de los derechos humanos. En consecuencia, la SCJN como los jueces nacionales deben contribuir a la recepción en el espacio de sus facultades de los criterios interamericanos del *ius commune* de

¹²⁷ Jurisprudencia, Segunda Sala, 56/2014 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L.6, t. II, Décima época, Mayo de 2014, p. 772.

¹²⁸ García Ramírez, Sergio. La “navegación americana” de los derechos humanos: hacia un *ius commune*, en Bogdandy, Armin. von., et al (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México, UNAM, 2014, p.488 y ss.

jueces nacionales, independientemente si el Estado mexicano haya sido parte o no en el caso del que emane la jurisprudencia, siempre que sea más favorable a las personas (principio *pro persona*), determinando que del cumplimiento del mandato constitucional en el artículo 1º, los operadores jurídicos deben atender lo siguiente: A) Cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; B) En todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional (*principio de interpretación conforme*); y C) De ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos (principio *pro persona*). Lo cual es completamente contradictorio con el criterio fijado en la misma resolución que señala que si existe una limitación a algún derecho humano en la Constitución los jueces nacionales se deben atener a ella independientemente de los que establezcan los tratados internacionales.

De esta forma se estableció de manera obligatoria para todos los jueces nacionales en el ejercicio del control convencional difuso observar la prevalencia de las restricciones constitucionales expresas de derechos humanos, debiendo optar por éstas cuando exista discrepancia con alguna disposición normativa que más ampliamente proteja los derechos de las personas contenida en alguno de los tratados internacionales de derechos humanos de los que el Estado mexicano es parte, sin hacer más exámenes de ponderación que el solo hecho de encontrarse la restricción de derechos humanos contenida en el texto constitucional.

Al resolver la Contradicción de Tesis 293/2011, la SCJN emitió la jurisprudencia P/J 20/2014, bajo el rubro: “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, señalando que “...el primer párrafo del artículo 1o. constitucional

derechos humanos, sin tratar de evadir el cumplimiento de los compromisos internacionales contenidos en la Convención Americana.

Una de las tensiones que ha provocado la recepción de los criterios interamericanos en las decisiones de los jueces estatales con la SCJN, al ejercer el llamado control convencional difuso, ha sido con el contraste que éstos realizan sobre la jurisprudencia emitida por el Alto tribunal con aquella emitida por la CrIDH y los tratados internacionales en materia de derechos humanos. En este sentido la SCJN, ha establecido algunos criterios para la articulación del diálogo entre los jueces nacionales inferiores y la propia SCJN, respecto de la aplicación de la jurisprudencia de la CrIDH, señalando que la aplicación de la jurisprudencia de la CrIDH por los jueces ordinarios debe hacerse en clave de “colaboración” y no de “contradicción” con la jurisprudencia nacional, de modo que los pronunciamientos que eventualmente implique una diferencia de criterio respecto a los alcances que pueda llegar a tener un derecho específico deberán ser resueltos en términos de cooperación con base en el principio *pro persona*.

La contradicción de criterios utilizados por dos tribunales colegiados de circuito sobre la posibilidad de que los jueces ordinarios en el ejercicio del control convencional difuso, puedan someter a su análisis de confrontación no solo los actos y las normas jurídicas, sino también la jurisprudencia de la SCJN, fue el objeto de debate de la Contradicción de tesis 299/2013. Por un lado, uno de los tribunales considero que los jueces nacionales no están facultados para realizar dicho examen de convencionalidad sobre la jurisprudencia de la SCJN, ya que esta les resulta de observancia obligatoria a todos los jueces del país; en tanto que por su parte el otro Tribunal consideró que dicho control de convencionalidad que deben realizar los jueces nacionales, se extiende no solo a los actos y las normas jurídicas, sino también la jurisprudencia cuando esta resulte inconvenientes.

Con base en ambos criterios contradictorios la SCJN resolvió el 14 de octubre de 2014 la contradicción de tesis 299/2013, tras formularse la siguiente pregunta: ¿La jurisprudencia de la SCJN puede ser objeto de control de constitucionalidad y/o

ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad *ex officio*, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica”.¹³¹

C) La supremacía de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución frente a las Sentencias condenatorias de la CoIDH.

Las resistencias de la SCJN en el diálogo jurisprudencial con la CoIDH, respecto de la prevalencia de las restricciones de derechos humanos previstas en la Constitución sobre cualquier otra norma convencional, se agudizaron en la sentencia del Expediente Varios 1396/2011, relativo a las obligaciones del poder judicial derivadas de las Sentencias condenatorias contra México en los Casos de Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú. Al resolver el citado expediente, la SCJN emitió la Tesis aislada XVII/2015, bajo el rubro: “SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES”¹³² en donde no solo ratificó el criterio adoptado al resolver la contradicción de tesis 293/2011, relativa a que los jueces nacionales deberán observar las restricciones de los derechos humanos contenidas en la Constitución, sin importar que un tratado internacional sea más favorecedor o menos restrictivo de los derechos

¹³¹ Jurisprudencia, Pleno, 64/2014 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L.13, t. I, Décima época, Diciembre de 2014, p. 8.

¹³² Tesis aislada, Pleno, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, t. XVII/2015, Décima época, 25 de septiembre de 2015, p. 552

de las personas (*negación del principio pro persona*), sino que inclusive amplió la jerarquía de las restricciones constitucionales de derechos humanos en aquellos casos en los que si en uno de los sentidos del fallo de una sentencia de la CrIDH contra del Estado mexicano implica el desconocimiento de una restricción constitucional, los jueces nacionales deberán optar por la restricción constitucional y desatender el fallo del Tribunal Internacional, en términos de la jurisprudencia 20/2014.

Con ello la Corte mexicana reafirmó su postura de otorgar una jerarquía superior a las restricciones constitucionales expresas de derechos humanos sobre las normas convencionales e incluso sobre las sentencias de la CrIDH, las cuales tienen el carácter obligatorio y vinculante para todas las autoridades del Estado mexicano en su conjunto incluida la SCJN.

Debido a estos fallos la SCJN se abrió nuevamente a debate el tema de las restricciones constitucionales o internacionales de los derechos humanos y los condicionamientos mínimos que requieren satisfacer fijados por los estándares mínimos en el sistema interamericano. En este sentido se ha establecido que los derechos humanos no son absolutos y estos pueden ser limitados o restringidos en ciertos casos previstos en el texto constitucional, tal y como se menciona en el artículo 1° de la carta magna. De tal manera que en su jurisprudencia ha fijado diversos criterios interpretativos sobre los requisitos que deben cumplir las restricciones de derechos humanos, la jerarquía de las restricciones constitucionales expresas de derechos humanos sobre las normas convencionales y los requisitos necesarios que deberán satisfacer las restricciones de derechos humanos en casos específicos, como el derecho de libertad, el derecho de acceso a la información, la libertad de expresión, el uso de la fuerza por parte de las policías, los derechos de tipo laboral o el acceso a la justicia entre otros.

convencionalidad *ex officio*, a cargo de los jueces nacionales, cuando se detecte que resulta violatoria de algún derecho humano contenido en la Constitución mexicana o en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano es parte? Ante este cuestionamiento, la SCJN fue tajante al resolverlo señalando que "...aún al margen de la posibilidad de que los jueces nacionales estén facultados para ejercer el control de convencionalidad, ello no les otorga potestad para decidir si una jurisprudencia de la SCJN transgrede o no una norma convencional...",¹²⁹ argumentando que la jurisprudencia de la SCJN es de aplicación y observancia obligatoria para todos los jueces nacionales, señalando que éstos no están autorizados por ninguna disposición legal para inaplicar la jurisprudencia emitida por el máximo tribunal. Señalando que lo más que pueden hacer los tribunales –argumenta la SCJN–, es decidir si la jurisprudencia de la SCJN es aplicable al caso concreto o no, en este caso se deberá hacer un análisis para que ese nuevo estudio del derecho humano planteado no afecte lo ya definido por el Alto Tribunal.¹³⁰

Derivado de lo anterior, la SCJN emitió la jurisprudencia 64/2014 bajo el rubro: "JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. NO ES SUSCEPTIBLE DE SOMETERSE A CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y/O CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO POR ÓRGANOS JURISDICCIONALES DE MENOR JERARQUÍA", señalando que "...la obligación de las autoridades jurisdiccionales contenida en los artículos 1° y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, de realizar un control de constitucionalidad y/o convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos y dar preferencia a los contenidos en la propia Ley Suprema y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario contenidas en cualquier norma inferior, no contempla a la jurisprudencia emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, porque el artículo 94 constitucional establece que será obligatoria para todos los órganos jurisdiccionales de conformidad con lo que disponga la ley y, en este caso, la Ley de Amparo así lo indica tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de

¹²⁹ Ver engrose de Contradicción de tesis 299/2013 SCJN.

¹³⁰ Cossío Díaz, José Ramón y Lara Chagoyan, Roberto. *¿Qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?* en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, año1, n°1, México, julio-diciembre, 2015. pp.193-228.

D) Control convencional difuso *ex officio* o a petición de parte?

Una de las características del Control convencional es su carácter *oficioso*. Desde el caso *Almonacid Arellano vs. Chile* que estableció la obligación de ejercer el control convencional difuso por parte de los jueces nacionales se determinó que debía de realizarse de manera *oficiosa*, sin esperar que las partes lo invoquen con el fin de salvaguardar los derechos humanos de las personas.

En nuestro país aunque el ejercicio del control convencional difuso realizado por los jueces nacionales se ha venido llevando a cabo de manera *oficiosa*, lo cierto es que también algunos órganos jurisdiccionales han sido omisos en algunos casos donde el justiciable ha invocado el ejercicio del citado control a su favor. Al respecto la primera sala de la SCJN estableció la jurisprudencia 36/2015 bajo el rubro: “AMPARO DIRECTO EN REVISIÓN. ES PROCEDENTE CUANDO EN LA DEMANDA SE ALEGA LA OMISIÓN DE LA RESPONSABLE DE REALIZAR EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD DE UNA NORMA GENERAL”,¹³³ donde estableció la procedencia del amparo directo en revisión siempre y cuando el quejoso se duela de la omisión de dicho control difuso en su demanda de amparo, vinculada con normas específicas de la ley secundaria; sea que ese planteamiento se analice o se omita por el tribunal de amparo.

El carácter *oficioso* del control difuso convencional-constitucional, implica efectivamente que ya sea que dicho control se invoque o no por las partes en una contienda judicial, el órgano jurisdiccional está obligado por el artículo 1 y 133 constitucionales, así como por la jurisprudencia obligatoria de la SCJN y de la CrIDH, a realizarlo con el fin de salvaguardar los derechos humanos de las personas. No obstante, los tribunales colegiados recientemente han emitido una jurisprudencia que resulta contradictoria con el carácter *oficioso* del citado control difuso. Así, la jurisprudencia XXVII, 3° J/11 bajo el rubro: “CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD. SI SE SOLICITA SU EJERCICIO Y NO SE SEÑALA

CONCLUSIONES.

El control constitucional difuso no es un tema nuevo en el constitucionalismo mexicano, su adopción en el artículo 126 de la Constitución de 1857, tuvo una fuerte inspiración en la fórmula empleada en el artículo VI. 2 de la Constitución norteamericana de 1787. La adopción del artículo 133 en el texto centenario de la Constitución de 1917, paso prácticamente inalterado del texto de 1857. A pesar de que la Constitución Mexicana en la actualidad tiene casi setecientas reformas que la han transformado al grado de parecerse muy poco al texto original, el texto del artículo 133 ha permanecido casi inalterado durante un siglo, ya que solo se ha reformado en una ocasión en 1934.

La supremacía constitucional y el ejercicio del control difuso de la constitucionalidad a cargo de los jueces de los estados han quedado plasmados en el texto del artículo 133. Su ejercicio e interpretación han sufrido diversos cambios a lo largo de un siglo en el constitucionalismo mexicano. Podríamos dividir la evolución interpretativa del artículo 133 en dos grandes etapas. La primera de 1917 hasta el año 2011 que incluye dos periodos; y la segunda del año 2011 hasta la fecha. En la primera etapa que va de 1917 hasta los años sesenta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación tuvo una visión amplia respecto al ejercicio del control constitucional a cargo de los jueces de los estados tal y como lo disponía expresamente el artículo 133, para pasar poco a poco a una visión restringida desde los años sesenta hasta a finales del siglo pasado, cuando la Corte mexicana monopolizó el ejercicio del control constitucional a cargo del Poder Judicial Federal, prohibiendo expresamente a través de jurisprudencias el control constitucional a cargo de los jueces ordinarios, contraviniendo los expresamente señalado en el texto constitucional del 17.

No sería sino hasta la reforma constitucional del año 2011 en materia de derechos humanos; y la Sentencia condenatoria de la Corte Interamericana de Derechos Humanos contra el Estado mexicano en el Caso Rosendo Radilla Pacheco, las que vinieron a sentar las bases que establecieron la obligación de todos los órganos jurisdiccionales de cualquier materia y grado jerárquico a realizar el llamado control

¹³³ Jurisprudencia, Primera Sala, 36/2015 *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, L.18, t. I, Décima época, Mayo de 2015, p. 166.

difuso de la constitucionalidad- convencionalidad en nuestro país. Desde la Sentencia condenatoria de la CrIDH en contra del Estado mexicano en el Caso Rosendo Radilla Pacheco del año 2009, y su posterior implementación por la SCJN en la Sentencia del Expediente Varios 912/2010, la evolución hermenéutica del Tribunal constitucional mexicano ha venido moldeando los acuerdos y resistencias en el diálogo con la CrIDH (visión monista vs visión dualista), pasando por las contradicciones de tesis 293/2011 (restricción de derechos humanos), y 299/2013 (límites al ejercicio del control convencional difuso sobre la jurisprudencia de la SCJN), hasta llegar recientemente a la sentencia del Expediente Varios 1396/2011 relativas a las obligaciones del poder judicial respecto de las sentencias condenatorias en contra del Estado mexicano en los Casos *Valentina Rosendo Cantú e Inés Fernández Ortega* (restricción de derechos humanos). En sus inicios la recepción del *ius commune* interamericano de protección de derechos humanos tuvo una gran aceptación por parte de la SCJN, estableciendo jurisprudencia que permitió la articulación de la comunicación judicial entre los jueces nacionales en el sistema interamericano, sin embargo, esta recepción poco a poco va presentando resistencias en los criterios interpretativos por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que limitan y moldean su ejercicio.

En el centenario de la Constitución del 17, resulta oportuno reflexionar sobre la evolución que ha tenido el control difuso de la constitucionalidad-convencionalidad y los grandes retos que representa en el futuro la articulación del ejercicio de dicho control en la defensa de los derechos humanos y en la construcción interpretativa a cargo de los jueces nacionales y de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

CLARAMENTE CUÁL ES EL DERECHO HUMANO QUE SE ESTIMA INFRINGIDO, LA NORMA GENERAL A CONTRASTAR NI EL AGRAVIO QUE PRODUCE, DEBE DECLARARSE INOPERANTE EL PLANTEAMIENTO CORRESPONDIENTE”,¹³⁴ señala que “...si bien el control difuso de constitucionalidad -connotación que incluye el control de convencionalidad-, que se ejerce en la modalidad *ex officio*, no está limitado a las manifestaciones o actos de las partes, cuando se solicita su ejercicio deben señalarse claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis, es decir, cuál es el derecho humano que se estima infringido, la norma general a contrastar y el agravio que produce, pues, de no ser así, el planteamiento correspondiente debe declararse inoperante, ya que fuera del cumplimiento del principio *iura novit curia*, el juzgador no está obligado a emprender un estudio "expreso" oficioso de los derechos humanos o preceptos constitucionales o convencionales que se le transcriban, o que genéricamente se invoquen como pertenecientes al sistema”.

Lo anterior resulta por demás contradictorio con el carácter oficioso del control convencional difuso, ya que al determinar la inoperancia de la petición del ejercicio del control difuso de constitucionalidad convencionalidad, cuando no se señale claramente los elementos mínimos que posibiliten su análisis, no sólo invalida esa característica, sino que al exigir que en la petición se señalen claramente los derechos vulnerados con las normas a contrastar y los agravios, en realidad está imponiendo que su ejercicio sea a petición de parte, lo cual evidentemente no señalan ni las disposiciones constitucionales, ni mucho menos los criterios jurisprudenciales de la CrIDH.

¹³⁴ Jurisprudencia, XXVII, 3°, J/11, Tribunales Colegiados de Circuito, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, L.15, t. III, Décima época, Febrero de 2015, p. 2241.

FUENTES DE CONSULTA

AAVV. *Derechos del Pueblo Mexicano, México a través de sus Constituciones*, 5° ed., t. XII. Cámara de Diputados del H. Congreso de la Unión-Miguel Ángel Porrúa, México, 2000.

BOGDANDY, Armin von. *Ius Constitutionale Commune en América Latina: una Mirada a un constitucionalismo transformador*, Bogotá, Colombia, Revista Derecho del Estado, n° 34, enero-junio, 2015.

BUSTOS GISBERT, Rafael. “*Pluralismo constitucional y diálogo jurisprudencial*”, México, Porrúa, 2012.

CARPISO, Jorge. *La interpretación del artículo 133 constitucional*, en Boletín Mexicano de Derecho Comparado, Año II, n°4, UNAM, México, enero-abril, 1969.

----- *Nuevos estudios constitucionales*, Porrúa, México, 2000.

COSSÍO DÍAZ, José Ramón y LARA CHAGOYAN, Roberto. *¿Qué hacer con la jurisprudencia que viola derechos humanos?* en Revista del Centro de Estudios Constitucionales, Centro de Estudios Constitucionales-Suprema Corte de Justicia de la Nación, año1, n°1, México, julio-diciembre, 2015.

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo. *Panorámica del Derecho Procesal Constitucional y Convencional*, UNAM-Marcial Pons, España, 2013.

----- “*Hacia la formación jurisprudencial interamericana de un Ius Constitutionale Commune Americanum. Eficacia de la sentencia interamericana y la cosa juzgada internacional (Sobre el cumplimiento del Caso Gelman vs. Uruguay)*”, en BOGDANDY, Armin von., *et al* (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México, UNAM, 2014.

LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS ENTIDADES FEDERATIVAS, SU CONSTITUCIONALIZACIÓN PARA UNA MEJOR DEFENSA Y PROMOCIÓN

*Dra. Marina del Pilar Olmeda García**

*Dr. Pablo Jesús Gonzáles Reyes***

*Mtra. Marina del Pilar Ávila Olmeda****

*Mtro. Sergio Gilberto Capito Mata *****

SUMARIO. I. Planteamiento. II. La Constitución y los Derechos Humanos. III. Universalidad y positivación de los Derechos Humanos. IV. Los Derechos Humanos en el Ordenamiento Constitucional. V. La positivación de los Derechos Humanos en las Constituciones locales de México. VI. Consideraciones finales. Fuentes Consultadas.

INTRODUCCIÓN

En este trabajo, se presentan los resultados de un análisis sobre el diseño constitucional de las entidades federativas de México, bajo la metodología de caso de estudio, con el objetivo de aportar orientaciones y recomendaciones para el mejoramiento del diseño constitucional en el ámbito de los Derechos Humanos de los Estados Iberoamericanos con sistema federal.

*Doctora en Educación, por la Universidad Iberoamericana y Estudios de Doctorado en Derecho Constitucional por la Universidad de Castilla La Mancha; Profesora - Investigadora de la Universidad Autónoma de Baja California, México; Integrante del Sistema Nacional de Investigadores; SNI-II; del Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional; de la Asociación Internacional de Derecho Administrativo y de las Redes Mexicanas e Internacional de Posgrado en Derecho; Es Autora de diversos libros entre ellos: Ética Profesional; Historia de las Instituciones Jurídicas y Evolución de la Constitución de Baja California.

** Doctor en Ciencias Sociales Aplicadas por el Colegio de la Frontera Norte COLEF, Maestría en Criminología por la Universidad California State University Fresno, Investigador en el Instituto de Investigaciones Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California.

***Profesora de la Universidad Autónoma de Baja California y de la Universidad Vizcaya de las Américas, maestra en derecho público por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey y estudiante de maestría en administración pública de la Universidad Autónoma de Baja California.

****Licenciado en Derecho, maestro en Derecho Constitucional y Amparo, candidato a Doctor en Derecho Penal. Ha sido director del Centro de Readaptación Social de Tlaxcala y director del Centro de Internamiento de Instrucción de Medidas para Adolescentes de Tlaxcala.

Los aportes que se presentan en este trabajo son producto de una investigación amplia que desde hace más de quince años se desarrolla en la Universidad Autónoma de Baja California, México, sobre derecho constitucional local. Los hallazgos reportan, que la evolución legislativa del constitucionalismo local no ha sido lo más acertado posible, al no integrar los Derechos Humanos en el sistema constitucional para la vida democrática.

Se identifica, que en el caso de México, si bien su Ley Fundamental se ha ido fortaleciendo con los avances del desarrollo internacional de los Derechos Humanos, así como los aportes de la doctrina, no obstante, el constitucionalismo local ha quedado a la saga. En la mayoría de las entidades federativas, sus Constituciones locales no tienen desarrollada la parte dogmática; estas Constituciones se limitan a remitirnos al reconocimiento de los Derechos Humanos de la Constitución Federal de la República.

Se reconoce en el constitucionalismo local mexicano un trabajo serio, producto del esfuerzo de ciudadanos comprometidos con su sociedad, que crearon sus estatutos jurídicos fundamentales, además de irlos adecuando a su dinámica y desarrollo regional, inspirados en el deseo sincero de lograr un instrumento jurídico-político que refleje y satisfaga las necesidades y aspiraciones de las comunidades que integran los estados federados. No obstante, en lo que se refiere a Derechos Humanos, las Constituciones locales de México, en su mayoría sólo han asumido lo dispuesto en el texto por la Constitución Federal, lo que no ha permitido un desarrollo más pleno de estos Derechos en sus textos Constitucionales.

Ahora bien, en consideración al significado y trascendencia que han alcanzado los Derechos Humanos en el mundo contemporáneo, se identifica la necesidad de que en el caso de los Estados Federados, que como consecuencia de este régimen de gobierno, tienen su propia Ley Fundamental local, se hace necesaria la incorporación y sistematización de este cuerpo normativo.

FIGUEROA MEJÍA, Giovanni Azael. "La presunción de constitucionalidad de la ley como criterio jurisprudencial. Especial análisis del Estado mexicano", en ASTUDILLO, Cesar y CARPIZO, Jorge (coords.), *Constitucionalismo. Dos siglos de su nacimiento en América Latina*, México, UNAM-Instituto Iberoamericano de Derecho Constitucional, 2013.

FIX FIERRO, Héctor, VALADÉS, Diego (Coords.). *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, texto reordenado y consolidado (anteproyecto) y la Ley de Desarrollo Constitucional*, IJ-UNAM-IIDC-Cámara de Diputados-Cámara de Senadores, México, 2015.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio. La "navegación americana" de los derechos humanos: hacia un ius commune, en BOGDANDY, Armin. von., et al (coords.) *Ius Constitutionale Commune en América Latina. Rasgos, potencialidades y desafíos*. México, UNAM, 2014.

JIMENEZ ASENSIO, Rafael. *El constitucionalismo. Proceso de formación y fundamentos del derecho constitucional*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

MARTÍNEZ BAÉZ, Antonio. *El indebido monopolio del Poder Judicial de la Federación para conocer de la constitucionalidad de las leyes*, en Revista de la Escuela Nacional de Jurisprudencia, Tomo IV, n° 15, México, 1942.

SÁNCHEZ GIL, Rubén A. *El control difuso de la constitucionalidad en México. Reflexiones en torno a la Tesis P/J 38/2002*, en Cuestiones Constitucionales, Revista Mexicana de Derecho Constitucional, IJ-UNAM, n° 11, México, 2004.

SERNA DE LA GARZA, José María. *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM-IJ, 2012.

En este sentido, el trabajo presentado en el Coloquio organizado por la Universidad de Quintana Roo y La Red Internacional de Estudios Constitucionales, con el tema; “*Reflexiones sobre la Constitución Mexicana y la Protección de los Derechos Humanos*”, tiene el propósito de fundamentar y motivar la idea de incorporar en forma sistematizada los Derechos Humanos en la Constituciones locales de las entidades federativas de México. Se intenta además en este trabajo, que a partir de la experiencia de Baja California observada en la investigación, realizada como estudio de caso, aportar orientaciones para otros Estados de la República.

I. PLANTEAMIENTO

En este trabajo, la evaluación de la positivación de los derechos humanos se realiza en tres planos: el doctrinal, con el objetivo de analizar la evolución y aportes de la teoría de la ciencia jurídica sobre los derechos; el normativo, incluyó el examen de los textos constitucionales locales y los catálogos de derechos humanos que en ellos se prevé; y en el contextual, se observa el entorno social, así como la forma que los derechos fundamentales se han ido, asumiendo con avances, retrocesos, dificultades y éxitos, en la realidad de las comunidades locales.

Después del diagnóstico y evaluación, y particularmente, para la etapa de propuestas y recomendaciones, fue necesario realizar el examen de los tratados, convenciones y otros acuerdos internacionales que han ido forjando el amplio desarrollo de universalización de los derechos humanos.

Se parte de que la Constitución de una entidad federativa, es el estatuto jurídico de la más alta jerarquía que norma la vida y el desarrollo de una comunidad estatal. Como la Ley Fundamental, la Constitución determina: la forma del Estado; la estructura, atribuciones y límites de actividad de los poderes públicos; los derechos humanos y los deberes de la sociedad en su conjunto y el de cada individuo en lo particular.

La evolución legislativa del constitucionalismo local se refleja como un trabajo del esfuerzo de ciudadanos comprometidos con su sociedad que crearon sus estatutos jurídicos fundamentales y que se han ido adecuando a su dinámica y desarrollo,

II. LA CONSTITUCIÓN Y LOS DERECHOS HUMANOS

Se parte de que, ciertamente el significado y trascendencia de la Constitución se ha expuesto y defendido por la doctrina constitucional como eje de estudio de todo el sistema jurídico, seleccionemos varias de estas afirmaciones. Carl Schmitt, elabora nueve significados distintos de la expresión “*Ley Fundamental*” de los cuales varios corresponden a “*Constitución*” y el autor sólo otorga ésta connotación al último de ellos¹³⁶. Por su parte Kelsen elaboró el concepto de Constitución desde dos puntos de vista el material y el formal: “*La Constitución en sentido material – ha dicho Kelsen está constituida por los preceptos que regulan la creación de normas jurídicas generales y, especialmente, la creación de leyes...mientras que La Constitución en sentido formal, el documento solemne que lleva este nombre, a menudo encierra también otras normas que no forman parte de la Constitución en sentido material*”¹³⁷. En el campo del derecho ha prevalecido la primera definición, que en expresión de George Jellinek *la Constitución abarca los principios jurídicos que designan a los órganos supremos del Estado, los modos de creación, sus relaciones mutuas, fijan el círculo de su acción, y, por último, la situación de cada uno de ellos respecto del poder del Estado*¹³⁸.

Como Ley Fundamental, la Constitución determina la forma del Estado, la estructura, atribuciones y límites de actividad de los poderes públicos, los derechos y los deberes de la sociedad en su conjunto, y el de cada individuo en lo particular. Por su parte, la Constitución de una Entidad federativa tratándose de un Estado federado, es el estatuto jurídico de la más alta jerarquía, que norma la vida y el desarrollo de una comunidad local.

El otro de los ejes centrales de este estudio, es la afirmación de que el avance significativo de los derechos humanos en el mundo contemporáneo ha diluido las

¹³⁶ Tena Ramírez, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, ed. Porrúa, 2000, pp. 20 - 21

¹³⁷ Kelsen Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. de Roberto J. Vernengo, México, UNAM 1979, pp. 129 y 272

¹³⁸ Jellinek, George, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, 5a edición, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2013, p. 413

estrictas fronteras de los Estados, convirtiéndolas en zonas de interrelación entre el orden jurídico internacional y el orden jurídico interno, transformando las concepciones tradicionales de la soberanía. Algunos autores califican a esta situación, refiriéndose como *“una nueva realidad jurídica global”*¹³⁹ y proponen la necesidad para esta nueva realidad, de un *“estado de derecho global”*¹⁴⁰. En esta visión, se ubica la posición mayoritaria de la doctrina, sobre la afirmación de la evolución *mutativa* de los derechos humanos, al sostener que actualmente está superada la concepción de la soberanía vigente con anterioridad a la Segunda Guerra Mundial. Al respecto, Giovanni Biaggini, sostiene que:

*“Desde el final de la Segunda Guerra Mundial, el derecho internacional alcanza en la solución de los problemas del presente, que ya no separan en su mayoría en las fronteras nacionales, un enorme incremento de su significación...La soberanía en el sentido clásico ya no corresponde a los estados constitucionales ius internacionales vinculados de formas diversas”*¹⁴¹. Por su parte Luigi Ferrajoli expone que:

*“En la historia de las relaciones con la institución de la ONU y de las cartas internacionales de derechos humanos, se produjo una ruptura de las que hacen época. La ruptura de ese Ancien Régime internacional nacido hace tres siglos de la paz de Westfalia, fundado en el principio de la soberanía absoluta de los Estados y que fue a quebrar con la tragedia de las dos guerras mundiales... el paradigma de la democracia constitucional no es otro que la sujeción del derecho al derecho”*¹⁴².

Ciertamente, a partir de la segunda mitad del siglo XX, como consecuencia del avance significativo de la universalidad de los derechos humanos, se generó su

¹³⁹ Cassese, Sabino. *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*, New York, Journal of International Law and Politics, 4ª edición, 2005, pp. 663-694.

¹⁴⁰ Palombella, Gianluigi, *The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory*, International Journal of Constitutional Law, Oxford, Portland, 7ª edición, Estados Unidos de America, 2009, pp.442-467.

¹⁴¹ Biaggini, Giovanni, *La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?*, en Anuario Iberoamericano de la Justicia Constitucional, 7ª edición, España, 2003, pp. 43-75.

¹⁴² Ferrajoli, Luigi, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, 4ª edición, Madrid, España, Trotta, 1999, pp. 52-55.

inspirados en el deseo sincero de lograr un instrumento jurídico-político que satisfaga las necesidades y aspiraciones de cada comunidad. No obstante, en México la gran mayoría de las cartas magnas de las entidades federativas en su estructura han sido creadas bajo el criterio de la Constitución federal, y en algunos casos mediante copias de las instituciones jurídicas establecidas a su vez en las Constituciones de otras entidades federativas. Con esto se minimiza la iniciativa, creatividad e identidad regional, con descuido del contexto y como consecuencia se implantan instituciones jurídicas con desapego de la realidad local.

Tratándose de los derechos humanos, esto no es la excepción, en gran parte en las Constituciones locales en México, no han sido positivados, sino que los reconocen mediante una remisión a la Constitución federal. En los estudios realizados, se observa que la creación de las Constituciones locales y sus múltiples reformas no han sido en algunos casos las más atinadas, ni han alcanzado a cubrir los propósitos esperados. Al respecto, el maestro Daniel Solorio Ramírez manifiesta que:

*“Seguidora constante y no siempre reflexiva de las reformas y adiciones a la Constitución federal, de la Baja California también ha sido reformada con frecuencia y pocas veces de manera juiciosa. Algunas reformas han tenido como propósito asimilar innecesariamente el orden jurídico local a reformas introducidas previamente en la Constitución federal. Con frecuencia se pierde el sentido de que no todas las reformas de la Constitución federal implican un deber ineludible para las entidades federativas”*¹³⁵.

Este es el planteamiento que justifica el estudio, es decir, la necesidad de reconceptualizar y sistematizar la integración de los Derechos Humanos en las Constituciones locales de México, como caso de estudio orientador para otros Estados con sistema federal, en consideración al alto significado y exigencias de respeto, defensa y promoción de estos derechos en el mundo contemporáneo.

¹³⁵ Solorio Ramírez, Daniel, “Nuestra reforma judicial”, Mexicali, México, *La Crónica de Baja California*, 5 de noviembre de 2005.

positivación en instrumentos internacionales que trascendieron al derecho interno de los Estados, dando un renovado impulso a su evolución político-constitucional.

En el caso mexicano, debe aceptarse que México es referente por su liderazgo como pionero en la consagración jurídica de los derechos humanos; en este sentido, al definir la vocación del pueblo mexicano por los derechos humanos en la Ley Fundamental nacional, el constituyente reafirmó valores supremos como la libertad, la igualdad, la solidaridad y la justicia. Profundicemos esta convicción en las Constituciones locales.

III. UNIVERSALIDAD Y POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

El derecho constitucional no es solamente una rama del derecho público, ni un modo de organizar la vida en sociedad y el funcionamiento del Estado, su alcance es mucho mayor: se está en presencia de un movimiento histórico y cultural que se vincula con la forma de vida que eligen las sociedades. La idea de un gobierno de derecho, no de hombres, planteó la necesidad de una ley suprema que no pudiera ser violada, ni por los gobernantes, ni por los ciudadanos, y que no admitiera la existencia de ninguna otra norma inferior que la contradijera. La idea de que una norma sea suprema, hasta para los más altos gobernantes, y que ninguna otra norma pueda oponerse resulta un principio jurídico superior, que adecuadamente implementado asegura en efecto, la vigencia del Estado de derecho.

De la misma forma que las Constituciones encabezan su orden normativo con declaraciones sobre derechos humanos, también el derecho internacional estableció en la cúspide de su pirámide jurídica a los derechos del hombre, así se delimitó en el artículo 103 de la Carta de las Naciones Unidas. Se entiende que los derechos humanos incorporados en las convenciones internacionales tienen la naturaleza de derecho mínimo y subsidiario. Son mínimos, porque enuncian la generalidad de los derechos y permiten a los Estados participantes de estas convenciones que incorporen el ejercicio de los mismos de la manera más conveniente a su derecho interno. Estos derechos enunciados en los tratados y pactos internacionales son

resolver la contradicción de tesis 293/2011, en la que sostuvo que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no generan relación jerárquica, y en el caso de que la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá atender a lo que determina esta Ley Fundamental, sin embargo, tratándose de la jurisprudencia que emita la Corte Interamericana de Derechos Humanos, sus efectos serán vinculantes para las y los jueces mexicanos, siempre que este precedente favorezca en mayor medida a la persona¹⁴⁴.

Con la promulgación de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio de 2011, que modificó el título primero, capítulo I y quince preceptos de la Constitución Política de los Estados Mexicanos. En esta reforma se determinó entre otros aspectos relevantes, en el artículo primero que indiscutiblemente, los derechos humanos establecidos en los tratados internacionales adquieren el orden jerárquico normativo de Ley Suprema, por disposición expresa de la propia Constitución mexicana. El constituyente mexicano fue más allá, al declarar que toda

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 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. Amparo en revisión 2119/99. 29 de noviembre de 2000. Cinco votos. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Leticia Flores Díaz. Amparo directo en revisión 1189/2003. Anabella Demonte Fonseca y otro. 29 de octubre de 2003. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo. Amparo directo en revisión 1390/2003. Gustavo José Gerardo García Gómez y otros. 17 de marzo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Humberto Román Palacios; en su ausencia hizo suyo el asunto José Ramón Cossío Díaz. Secretario: Jaime Salomón Hariz Piña. Amparo directo en revisión 1391/2003. Anabella Demonte Fonseca. 31 de marzo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Olga Sánchez Cordero de García Villegas. Secretaria: Ana Carolina Cienfuegos Posada. Amparo en revisión 797/2003. Banca Quadrum, S.A. Institución de Banca Múltiple. 26 de mayo de 2004. Unanimidad de cuatro votos. Ausente: Humberto Román Palacios. Ponente: Juan N. Silva Meza. Secretario: Luis Fernando Angulo Jacobo. Tesis de jurisprudencia 80/2004. Aprobada por la Primera Sala de este Alto Tribunal, en sesión de veintidós de septiembre de dos mil cuatro.

¹⁴⁴ Contradicción de Tesis 293/2011. Aprobada el pleno de la Suprema Corte de Justicia, en sesión de 26, 27, 29, de agosto y 2 y 3 de septiembre de 2013.
<http://www2.scjn.gob.mx/asuntosrelevantes/pagina/seguimientoasuntosrelevantespub.aspx?id=129659&seguimientoid=556>

interpretación de los derechos humanos “*se realizará favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia*” y exige a toda autoridad en México 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*”¹⁴⁵.

A mayor abundamiento, la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados impide invocar al derecho interno para incumplir un tratado, según lo establecido en el artículo 27. Así, por derivación lógica, ninguna norma interna, ni la propia Constitución pueden contradecir la normativa de los tratados ratificados; por lo que resulta recomendable en los Estados con tradición rígida la modificación en sus Constituciones, para incorporar esta disposición. Otro texto constitucional, digno de ejemplo por su acierto, respecto a la solución sobre el reconocimiento de los tratados internacionales, es el que consagra la Constitución española, en la cual se determina que, “*los derechos y libertades reconocidos en ella deben ser interpretados de acuerdo a los tratados internacionales que España hubiera ratificado*”¹⁴⁶.

En esta forma, los derechos humanos se han convertido en la piedra angular sobre la que deben asentarse todas las comunidades mundiales, en el entendimiento de que son el conjunto de normas en las que concurren de manera armoniosa principios

¹⁴⁵ 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.

¹⁴⁶ Constitución Española, Título I De los derechos y deberes fundamentales, Artículo 10.2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificadas por España.

también subsidiarios, porque no niegan ni limitan los derechos que internamente puedan haber sido declarados por los Estados miembros. Este criterio de declarar derechos permite que los Estados puedan ratificar los pactos con mayor facilidad.

Se reconoce así, que el derecho interno de un Estado se integra también por el derecho proveniente de los tratados, pactos y acuerdos ratificados, porque es suficiente la ratificación de un tratado para que éste se integre automáticamente al ordenamiento jurídico del Estado ratificante, ésta es la tradición jurídica. Lo que está fuera de la tradición jurídica es el proceso inverso, mediante el cual un tratado internacional reconozca al derecho interno. Así se determina en los tratados, en los que expresamente se consigna que las declaraciones no menoscaban otros derechos ya declarados internamente, éste es el carácter abierto de los tratados internacionales y esto explica también la gran generosidad con que se han acordado los tratados sobre derechos humanos, ya que toda la tendencia es asegurar lo más ampliamente posible y de la mejor manera la mayor cantidad de derechos fundamentales.

Cabe destacar el tema de la prevalencia de los tratados internacionales sobre el derecho interno de cada Estado; se encuentra que países con tradición de Constituciones rígidas como México y Estados Unidos de América, establecen que los tratados son infraconstitucionales. En el caso de México, las primeras Constituciones mexicanas no incorporaron en su texto la jerarquía de los derechos humanos pactados en los tratados, ni tampoco la Constitución de 1917 lo determinó. En la jurisprudencia mexicana de esta materia, se encuentra que la Suprema Corte de Justicia de la Nación sustentó un primer criterio 80/2004, en el que equipara los tratados internacionales conjuntamente con la Constitución Federal, a rango de Ley Suprema de toda la Unión¹⁴³. Asimismo, el máximo tribunal de nuestro país sustentó un nuevo criterio al

¹⁴³ Tesis de Jurisprudencia 80/2004. Aprobada por la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia, en sesión de 22 de Septiembre de 2004. 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

filosóficos, sociales, políticos, económicos, religiosos y culturales, con la finalidad de proporcionar al ser humano una convivencia pacífica y digna.

Expuesto el problema del reconocimiento de los derechos humanos, pasaremos al análisis de su incorporación en el orden jurídico, es decir, en los textos constitucionales y en los instrumentos internacionales, tanto declaraciones universales como pactos internacionales.

Se parte del principio, de que los derechos humanos no se encuentran independientes, por lo que no pueden ser objeto de consideraciones aisladas, sino que por el contrario responden históricamente a exigencias humanas dependientes y relacionadas; por esto, su incorporación como normas jurídico positivas se ha realizado en fórmulas que reflejan principios organizativos comunes.

Así, en la epistemología o método para la positivación e institucionalización de los Derechos Humanos, la doctrina, en particular autores reconocidos como G. Dietza, F. Muller, G. Morange y N. Luhmann, sostienen que la construcción de un sistema general de los derechos humanos debe ser una labor sistemática de la legislación y de la ciencia del derecho, a la que en última instancia les corresponde inspirar, criticar, y contribuir a la construcción de estos derechos. Otro aspecto que expone esta doctrina, es que el proceso del reconocimiento formal de los derechos humanos por el orden jurídico deberá ofrecer una propuesta de solución a los problemas que pudiera plantear su colisión, mediante el establecimiento de una relación jerárquica que responda al sistema de valores de la comunidad en que se formula.

Ahora bien, tratándose de Estados federados como al que se avoca este trabajo, la positivación e institucionalización de los derechos humanos no solo debe ser una exigencia de la Ley Fundamental federal, sino de cada una de las Constituciones locales, de las entidades federativas que integren ese Estado.

Otra consideración que debe puntualizarse en el análisis de este tema, es la justificación de la positivación de los derechos humanos, directamente por la mayor

conseguirlo son la primera ley fundamental y ley positiva de todos los Estados, es el establecimiento del poder legislativo”¹⁴⁹.

Las tesis expuestas explican la conexión que existe entre derechos humanos, el constitucionalismo y el gobierno de las leyes.

En la evolución de la positivación de los derechos humanos, se observa que se ha ido desarrollando a través de la historia en un proceso normativo que afecta a distintos niveles del orden jurídico, uno de ellos es el marco internacional. El otro nivel fundamental de la positivación, es el que se refiere al orden constitucional al interior de cada Estado, porque fue así como surgieron en buena medida los derechos humanos, como derechos humanos determinados en los instrumentos constitucionales nacionales. Tratándose de Estados federados, es una exigencia que las Constituciones locales de cada entidad federativa positivicen explícitamente con su amplitud y límites los derechos fundamentales de cada comunidad.

IV. LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ORDENAMIENTO CONSTITUCIONAL

Para proponer una alternativa viable que pueda aportar orientaciones sobre la sistematización para el reconocimiento de los derechos humanos, en la investigación se analizaron las teorías que explican su naturaleza y significado. Sobre los distintos enfoques desde los que se pueden estudiar los derechos, se encuentran la dogmática jurídica, que se basa en cómo están regulados en un determinado ordenamiento jurídico; una segunda perspectiva para estudiar los derechos es la que aporta la teoría de la justicia o la filosofía política para explicar los valores y la justificaciones de las necesidades para ser incorporadas al catálogo de derechos que establecen los textos constitucionales; una tercera perspectiva es la que ofrece la teoría del derecho para comprender que son los derechos humanos, en el intento de dar respuestas que sean aplicables a los ordenamientos jurídicos; y la cuarta perspectiva, es el enfoque sociológico que permite valorar el grado de efectividad de los derechos en una sociedad determinada.

¹⁴⁹ Locke, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, traducción de C. Mellizo, 1ª edición, Madrid, España, Ed. Alianza, 1990, p.140.

En esta investigación nos apegamos a una clasificación con alto reconocimiento doctrinal, la expuesta por Ernst Wolfgang Böckenförde¹⁵⁰, por la claridad metodológica que presenta, que facilita la interpretación de los derechos determinados en un ordenamiento constitucional concreto. Este autor identifica cinco tipos de teorías sobre los derechos fundamentales, la teoría liberal o del estado de derecho burgués, la teoría institucional, la teoría axiológica, la teoría democrático-funcional y la teoría del estado social. No es posible en este trabajo explicar las teorías, pero expresamos el conocimiento que todas aportan elementos para la comprensión de los derechos y lo importante en este punto es extraer y aplicar estos elementos para interpretar y comprender los derechos humanos en una Constitución determinada, como es el presente caso de las Constituciones locales.

Otro tema imprescindible en este estudio es el análisis de las principales tendencias filosóficas sobre la positivación de los derechos humanos, como parte de su proceso de universalización. Fue necesario examinar las corrientes doctrinales que han contribuido a plantear la importancia del reconocimiento formal de los derechos humanos. El criterio para el agrupamiento de las teorías se realizó con apego a las posturas doctrinales, estructurándolas en: teorías iusnaturalistas, teorías positivistas y teorías realistas.

El problema de la positivación de los derechos humanos se plantea considerando dos aspectos de diferente naturaleza, que revisten también diferentes implicaciones. Con la expresión positivación, por una parte, se refiere a quienes se han ocupado de ésta materia, que se centra en las construcciones teóricas, que han intentado explicar el proceso de positivación y que a la vez integran el marco ideológico de este proceso. En un segundo enfoque, el proceso de positivación de los derechos humanos se presenta con referencia a su institucionalización; referido esto a la positivación de los derechos humanos entendida como la formulación normativa a través de los canales formales de creación de ordenamientos jurídicos.

¹⁵⁰ Wolfgang Böckenförde, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden Baden, Alemania, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, 1993, p. 44.

eficacia que supone, e indirectamente por la vinculación al derecho y al poder. Al respecto, para Gregorio Peces-Barba Martínez, afirma que:

“Es evidente que se trata de una contradicción difícil de salvar teóricamente, la defensa al mismo tiempo de los derechos naturales y de su positivación, e incluso encontramos textos y declaraciones que lo abordan, como expresión del poder constituyente que no puede, por consiguiente, ser modificado por la autoridad legislativa, o por la asamblea “ya que ambas se constituyen de acuerdo con estos principios con el fin de mantenerlos” (concesiones y acuerdos de West New Jersey. Igualmente, en la Carta de privilegios de Pennsylvania)”¹⁴⁷.

Para salvar la contradicción planteada por Peces-Barba, debemos aceptar que la positivación sólo puede ser comprendida por su apego a los principios de la ética, la política y el derecho que integra la naturaleza humana, sin supresión de la identidad, ni del dominio de ninguna de ellas. Cabe recordar sobre la importancia de la positivación, la afirmación de Thomas Hobbes, quien ofreció una de las aportaciones intelectuales más importantes que explican cómo superar la contradicción de la positivación de los derechos humanos, en su obra más sobresaliente, *Leviatán*. Hobbes afirmó, *“corresponde a la soberanía todo el poder de prescribir las leyes, por cuya mediación cualquier hombre puede saber de qué bienes puede disfrutar y que acciones puede hacer sin ser molestado por ninguno de los demás súbditos”¹⁴⁸.*

Por su parte, John Locke, otro de los contractualistas destacados, en esta misma posición de pensamiento, sostiene que:

“Solo la ley puede positivizar la moralidad de los derechos, como expresión jurídica de un poder público y como expresión de la voluntad, que ésta es la finalidad de la positivación, como el fin principal de los hombres al entrar en sociedad el disfrute de sus propiedades en paz y seguridad. Como el gran instrumento y los medios para

¹⁴⁷ Peces Barba, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*, Colección Cursos III, 4ª Edición, España, Universidad Carlos III de Madrid, 1999, p.156.

¹⁴⁸ Hobbes, Thomas, *Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escohatado, Madrid, España, Ed. Nacional, 1980, p. 236.

El desarrollo del estudio de este tema, ciertamente es diferente conforme al enfoque con que se aborde. En este sentido, Antonio Enrique Pérez Luño expone en un trabajo sobre el fundamento de los derechos humanos:

*“Se señalaba por el presidente del certamen, que toda búsqueda de una fundamentación para los derechos humanos se enfrenta con el secular dilema de optar entre una justificación de esos derechos, derivada de un orden natural o trascendente (a la que parece oponerse desde el principio el hecho de que cualquier fundamento de ese orden es un producto histórico) y la simple aceptación del carácter positivo y empírico de cualquier declaración de derechos (de lo que debiera derivarse la ausencia de criterios para juzgar su valor y su desarrollo en la civilización)”*¹⁵¹.

Por su parte, José Antonio Ramos Pascua afirma que, *“sobre los derechos humanos se apoyan nuestros sistemas jurídico-políticos. Ellos les dan su sentido y legitimación. Un sistema político se considera legítimo si los representa e ilegítimo y hasta tiránico si los viola. Lo mismo se puede decir del Derecho. Se considera justo si lo reconoce y tutela, e injusto si no lo hace”*¹⁵².

El planteamiento expuesto presenta el problema doctrinal que reviste la positivación o reconocimiento formal por el orden jurídico de los derechos humanos, ya que si éstos son los derechos esenciales que el hombre posee por su condición de ser humano, y que como lo formularon los defensores de los derechos naturales, resulta innecesaria o al menos accesorio su positivación. Si en sentido contrario, se exigiera el requisito de la positividad, quedaría vulnerado el pretendido carácter natural de los derechos humanos.

Desde la dimensión institucional técnico-jurídica se intenta identificar las instituciones jurídico-políticas a través de las cuales se ha realizado la positivación; en

¹⁵¹ Pérez Luño, Antonio Enrique, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, España, Ed. Tecnos, 2001, 53.

¹⁵² Pascual Ramos, José Antonio, *La crítica a la idea de los derechos humanos*, texto levemente modificado de la ponencia presentada en el II Congreso Internacional sobre Derechos Humanos, Celebrada en Salamanca, España, del 26 al 29 de octubre de 1998.

pacto federal. La autonomía que se reconoce en los artículos 40, 41 y 135 como, *“una República... compuesta de Estados libres y soberanos... El pueblo ejerce su soberanía... por los Estados en lo que toca en sus regímenes interiores... las que en ningún caso podrán contravenir las estipulaciones del pacto federal”*. Por su parte, el artículo 135 consagra que las reformas y adiciones a la Constitución federal deberán ser *“aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados”*.

Sobre su organización política local, las entidades federativas conforme a lo dispuesto por los preceptos 115, 116 y 124 constitucionales, acogen la forma de gobierno bajo los principios del constitucionalismo nacional: división de poderes; ejecutivo, a través de gobernadores; legislaturas locales; poder judicial estatal; derecho electoral; tribunales contenciosos-administrativos; relaciones laborales; y, convenios entre federación y estados.

En el ámbito jurídico, las entidades federativas tienen facultades para emitir su propia normativa, a nivel constitucional, legal y reglamentario. La producción de este orden jurídico local descansa en la autonomía, sin rebasar los límites impuestos por la Constitución federal. No obstante, en la realidad la creación normativa y en particular sus Constituciones, han carecido de creatividad e iniciativa propia; en su mayoría, su diseño y contenidos han seguido el modelo federal y su evolución se ha realizado sin asumir las particularidades y necesidades locales.

En este diseño constitucional local de México, una carencia que resalta es la relativa a la limitada conceptualización, integración y sistematización de los derechos humanos. Se observa, que en las 32 entidades que constituyen la federación mexicana, si bien 26 de sus Constituciones integran un apartado propio para los derechos humanos, no obstante en su mayoría se limitan al reconocimiento que de estos derechos realiza la Constitución nacional; a manera de ejemplo en la Constitución de Baja California en su numeral siete se determina que, *“...acata plenamente y asegura a todos sus habitantes los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”*. Se observa en el análisis realizado sobre la sistematización de los Derechos Humanos en los textos

constitucionales locales de la Federación mexicana, la siguiente integración por número de preceptos:

Preceptos relativos a Derechos Humanos	Constituciones de Entidades Federativas de México
1. De 1 a 5 preceptos: 12 Constituciones locales	Baja California 1, Campeche 4, Colima 2, Chiapas 5, Distrito Federal 4, Michoacán 3, Morelos 5, Nayarit 2, Sonora 2, Tabasco 2, Tamaulipas 4 y Yucatán 5
2. De 6 a 15 preceptos: 12 Constituciones locales	Aguascalientes 7, Coahuila 6, Chihuahua 7, Guerrero 11, Hidalgo 9, Jalisco 6, Estado de México 15, Puebla 15, Querétaro 6, Sinaloa 7, Tlaxcala 13 y Veracruz 7
3. De 16 a 20 preceptos: 5 Constituciones locales	Baja California Sur 18, Guanajuato 17, Quintana Roo 20, San Luis Potosí 17 y Zacatecas 19
4. Más de 20 preceptos: 3 Constituciones locales	Nuevo León 27, Oaxaca 28 y Durango con 49

Lógicamente, pudiera ser irrelevante el mayor o menor número de preceptos relativos a los derechos humanos, lo importante es el contenido y la forma como se integran en las leyes fundamentales locales. Lo que se observa, es que son pocas las entidades federativas que han hecho un esfuerzo por crear un diseño y sistematización propio de los derechos y que no se han limitado a ratificar el mandato federal, porque como ya se dijo, ni siquiera se ha tenido el cuidado de transcribir en su texto constitucional local las disposiciones de los derechos nacionales. Las entidades federativas que han alcanzado un mayor tratamiento constitucional de los derechos humanos son Chiapas, Durango, Guanajuato, Nuevo León, Oaxaca y Quintana Roo.

este caso, parece resultar menos comprometido intentar describir un proceso, que valorarlo o fundamentarlo.

Estas perspectivas de enfoque, no obstante ser independientes, se encuentran vinculadas en su desenvolvimiento histórico. Por esto, resulta necesario que al delinear un planteamiento doctrinal del proceso de positivación de los derechos humanos, se requiere anticipar un punto de referencia para el estudio de su dimensión institucional.

En la evolución de la filosofía jurídica y política humanista, la lucha por el reconocimiento a la dignidad de la persona humana, puede considerarse como una tendencia a la positivación o reconocimiento formal por el derecho de las facultades que esta dignidad entraña. No nos fue posible, por los límites establecidos en este trabajo, incluir el análisis del desarrollo teórico, por lo que nos remitimos a la obra de la suscrita¹⁵³.

V. LA POSITIVACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN LAS CONSTITUCIONES LOCALES DE MÉXICO

El análisis en este apartado, se realiza como estudio de caso referido a México. En la historia constitucional de México, el sistema federal es una idea que cruza todo su recorrido, con cambios, transformaciones y visiones particulares en cada época. El maestro Fix Zamudio afirma que, “*cuando examinamos el régimen federal, tenemos forzosamente que convenir que hacia el parecen dirigirse todos los caminos de nuestro destino*”¹⁵⁴. En efecto, el régimen federal es un ideal que está presente en los movimientos sociopolíticos más importantes de México, la independencia, la reforma y la revolución, y se asumió a los textos constitucionales de 1824, 1857 y 1917.

Los elementos del Estado federal, se centran en dos características fundamentales: autonomía y la posibilidad de participar en toda determinación que incida sobre el

¹⁵³ Olmeda García, Marina del Pilar, *La universalización de los derechos humanos*, México, Ed. Bosch-UABC, 2014, p.53.

¹⁵⁴ Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Ed. Porrúa, 2010, p.1063

Ahora bien, del examen de la técnica legislativa sobre la forma en que se encuentra sistematizado el apartado dogmático en los textos constitucionales locales, se observa que 26 de las 32 entidades federativas incluyendo la Ciudad de México, estructuran un apartado especial en su Constitución, en los siguientes términos:

- Baja California.- Capítulo IV, "De los Derechos Humanos y sus Garantías" artículo 7.
- Baja California Sur.- Título Segundo, "De los Derechos Humanos y sus Garantías", artículos 7-20.
- Campeche.- Capítulo III "De los Derechos Humanos y sus Garantías", artículo 6, .
- Coahuila.- En su Capítulo II, "Derechos Humanos y sus Garantías", artículo 7 y 8.
- Colima.- Título Primero, Capítulo II, "De los Derechos Humanos", artículo 1.
- Durango.- Título Primero, Capítulo I, "De los Derechos humanos y sus Garantías", artículo 1-17.
- Guanajuato.- Título Primero, "De los Derechos Humanos y sus Garantías", Capítulo Primero, "Derechos Civiles, Políticos, Económicos, Sociales y Culturales", artículo 1-14.
- Guerrero.- Título Segundo, "Derechos Humanos y Garantías", artículo 3-6.
- Hidalgo.- Título Segundo, "De los Derechos Humanos y sus Garantías", artículo 4-10.

- Chiapas.- Título Segundo, "De los Derechos Humanos y la igualdad entre mujeres y hombres", Capítulo I "De los Derechos Humanos", artículos 3 y 4.
- Ciudad de México.- Título Segundo, "De los Derechos y Obligaciones de Carácter Público", artículo 16 y 17.
- Chihuahua.- Título II, "De los Derechos Fundamentales", Capítulo I, artículos 4 - 7.
- Estado de México.- Título Segundo, "De los principios constitucionales, de los Derechos Humanos y sus Garantías" artículos 1 – 20.
- Jalisco.- Capítulo III, "De los Derechos Humanos y sus Garantías", artículo 4-10.
- Nayarit.- Capítulo III, "De los Habitantes", artículo 7.
- San Luis Potosí.- Título Segundo, "De los principios Constitucionales", artículo 7.
- Sonora.- Título Preliminar, artículo 1 y 2.
- Tabasco.- Capítulo II, "De los Derechos Humanos", artículos 2 y 3.
- Tamaulipas.- Capítulo III, "De los Ciudadanos", artículo 7.
- Yucatán.- Título Preliminar, "De los Derechos Humanos y sus Garantías", artículo 1- 4.

Pasando ahora a Baja California, que es el estudio de caso de este trabajo, se encuentra que en su Constitución en el título primero se determina lo relativo al estado y su territorio, a la soberanía del estado, símbolos oficiales, derechos humanos así como lo relacionado a los habitantes del estado, sus derechos y obligaciones. Este

primer título está sistematizado en 5 capítulos que se integran en los preceptos del 1 al 10. En primer término, consideramos que el orden de los temas de este primer título no es el adecuado, en razón de que toda Constitución inicia con el elemento poblacional y los derechos humanos, es decir, con el reconocimiento de la población constituyente del estatuto jurídico fundamental, por lo que el tema del territorio debería pasarse al segundo o tercer apartado, para cerrar con los símbolos oficiales. Este es el orden que proponemos para este primer apartado de la Constitución local.

Un tema preocupante es el hecho de que los derechos humanos, si bien están constitucionalizados con un reconocimiento general bajo el criterio de remisión a la *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, con la ampliación o especificación de algunos derechos, en respuesta al contexto regional. Así está declarado en la Ley Suprema de Baja California, en el título primero, capítulo IV, artículo 7, bajo el rubro “De los derechos humanos y sus garantías”. Este precepto ha sido reformado mediante modificaciones o adiciones en 17 ocasiones, siendo la primera en 1992.

El trascendente tema de los derechos fundamentales no ha sido desarrollado en la Ley Suprema bajacaliforniana, ya que desde el primer texto constitucional de Baja California, su reconocimiento se realizó mediante la remisión a la ley suprema mexicana, en los siguientes términos: “El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes las garantías individuales y sociales consagradas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como los demás derechos que otorga esta Constitución”. Así, en cuatro renglones, en lo que viene siendo la primera parte del primer párrafo del actual artículo 7, se consagró la declaración de los derechos fundamentales inherentes a la persona humana. Este precepto se ha ido ampliando mediante diecisiete modificaciones constitucionales, sin que con ello se hubiere desarrollado una dogmática estatal propia de los derechos fundamentales. La última reforma a este artículo 7 constitucional, se realizó mediante decreto el 10 de abril de 2015, con el propósito de armonizar su contenido a la Constitución federal, referida a la reforma sobre derechos humanos realizada el 6 y 10 de junio de 2011, para quedar con el siguiente texto:

- Michoacán.- Título Primero, Capítulo I, “De los Derechos Humanos y sus Garantías”, artículo 1-3.
- Morelos.- Título Primero, Capítulo I, “De la soberanía, independencia, territorio y forma de gobiernos del estado y de los Derechos Humanos”, artículos 1-2.
- Nuevo León.- Título Primero, “De los derechos del hombre”, artículos 1-27.
- Oaxaca.- Título Primero, “Principios Constitucionales, Derechos Humanos y sus Garantías” artículos 1-22.
- Puebla.- Capítulo III, “De los derechos humanos y sus garantías”, artículos 7-17.
- Querétaro.- Título Primero, Capítulo único, “De los Derechos Humanos”, artículo 1-6.
- Quintana Roo.- Título Primero, Capítulo Único, “De los Derechos Humanos”, artículo 1-6.
- Sinaloa.- Título I Bis, “De los Derechos Humanos”, artículo 4 Bis.
- Tlaxcala.- Título II, “De los Derechos Humanos”, Capítulo I, “Disposiciones Generales”, artículo 14-18, Capítulo II, “De los Derechos Individuales”, artículo 18.
- Veracruz.- Capítulo II, “De los Derechos Humanos”, artículo 4-9.
- Zacatecas.- Título II, “De los Derechos Humanos”, Capítulo Único, “De los Derechos Humanos y sus garantías”, artículos 20-34.
- Aguascalientes.- Capítulo I, “Declaraciones”, artículo 2.

ARTÍCULO 7.- El Estado de Baja California acata plenamente y asegura a todos sus habitantes los derechos humanos reconocidos en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y en los Tratados Internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como las garantías para su protección, y los demás derechos que reconoce esta Constitución, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que establece la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos

La constitucionalización de los derechos humanos en esta Constitución local, además de la declaración general, en un primer apartado A, abarca algunos derechos como: el derecho a la vida a partir de la concepción; la institución del matrimonio; se integra así mismo un apartado sobre la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos en armonización con la Constitución federal; los derechos al deporte, la cultura física, medio ambiente adecuado; educación (en un solo párrafo); derecho humano al agua; y derecho a vivienda digna.

En un siguiente párrafo el apartado B del artículo 7 que se analiza, se constitucionaliza la Comisión Estatal de Derechos Humanos, estableciendo su organización y atribuciones. En un tercer apartado C, se constitucionaliza el importante tema de la transparencia y acceso a la información pública. Concluye la constitucionalización en este numeral siete, del trascendente tema de los derechos humanos con un último apartado D, con el tema de los juicios orales y medios alternativos de solución de controversias.

Como se observa, este es uno de los temas constitucionales de mayor exigencia del desarrollo de sus contenidos y sistematización, se observa que el constituyente local integra temas que el legislador no encontró otra ubicación en el texto constitucional, o que erróneamente son incluidos aquí. Los trascendentes derechos humanos a la vida, al agua, vivienda, medio ambiente, educación, entre los pocos derechos fundamentales constitucionalizados, deben desarrollarse adecuadamente, cada uno en su precepto correspondiente, además que existen muchos otros

exigencia de la dinámica social. Así, la positivación de los derechos humanos se ha ido desarrollando a través de la historia, en un proceso normativo que incide en distintos ámbitos y niveles del orden jurídico: universal, nacional y el que se aborda en este trabajo, el local.

Tercera. En el proceso histórico hacia el surgimiento del Estado constitucional, se emitieron importantes instrumentos jurídicos que aportaron las semillas de lo que después evolucionó hacia la construcción de los derechos humanos. La idea de los derechos fundamentales, sustentada en la visión de dignidad humana y de limitación del poder, se encuentra presente en toda la historia de la humanidad con manifestaciones diferentes. La lucha por el reconocimiento de la dignidad de la persona, es una constante del devenir histórico, desde las luchas por abolir la esclavitud, pasando por el reconocimiento de los derechos de los extranjeros, hasta la moderna proclamación de los derechos del hombre y del ciudadano de la Revolución Francesa.

Cuarta. En particular, a partir de la segunda mitad del siglo XX, los derechos humanos se han convertido en uno de los referentes más destacados de la vida jurídica y política. El texto internacional más relevante es la Declaración Universal de los Derechos Humanos, aprobada por la Organización de las Naciones Unidas en 1948. En el mismo sentido, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, ambos de 1966, afirman el reconocimiento de la dignidad inherente a todos los miembros de la familia humana.

Quinta. En el presente, se puede afirmar que no se ha cerrado el proceso de universalización de los derechos humanos y a nivel nacional los estados deben seguir avanzando. Tratándose del ámbito local, hay mucho más camino por recorrer, los estados federados tienen que hacer un esfuerzo por lograr que en sus entidades federativas se mejore la constitucionalización y regulación normativa de los derechos. El reconocimiento de los derechos humanos exige de nuevos desarrollos, desde una

perspectiva humanista y de solidaridad, particularmente en el ámbito de su protección y garantías, así como en el reconocimiento de algunos derechos colectivos.

Sexta. En el caso de la Constitución de Baja California, en esta investigación se encontró, que como sucede con la mayoría de las Constituciones de las entidades federativas de México, no se ha desarrollado el apartado dogmático. Esto es altamente preocupante, si bien los derechos humanos están constitucionalizados con un reconocimiento general bajo el criterio de remisión a la Constitución federal, con la ampliación o especificación de algunos derechos en respuesta al contexto regional. En efecto, el trascendente tema de los derechos fundamentales no ha sido desarrollado en la ley suprema bajacaliforniana, ya que desde el primer texto constitucional local su reconocimiento se realizó mediante la remisión a la ley suprema mexicana, así lo determinó desde su origen el artículo séptimo en su primer párrafo, primera parte. Es decir, en apenas cuatro renglones se consagró la declaración de los derechos inherentes a la persona humana en Baja California.

Séptima. Este precepto séptimo de la Ley Fundamental baja californiana, se ha ido ampliando mediante nueve reformas constitucionales, sin que con ello se hubiere desarrollado una dogmática estatal propia de los derechos fundamentales. La última reforma a este precepto se realizó con el propósito de armonizar su contenido a la Constitución federal, referida a la reforma sobre derechos humanos del 6 y 10 de junio de 2011.

Octava. Como se explica, este es uno de los temas constitucionales de mayor exigencia del desarrollo de sus contenidos y sistematización. Se observa que el constituyente local integra en este apartado temas de los que no encuentran otra ubicación en el texto constitucional, o que erróneamente son incluidos aquí. Los trascendentes derechos humanos a la vida, al agua, vivienda, medio ambiente, educación, entre los pocos derechos fundamentales constitucionalizados, deben desarrollarse adecuadamente cada uno en su precepto correspondiente, además que existen muchos otros derechos que no son incorporados en forma separada, como el derecho a la salud, entre otros.

derechos que no son incorporados en forma separada, como el derecho a la salud, entre otros. La Comisión Estatal de Derechos Humanos y el acceso a transparencia, debiera estar en la parte orgánica, la primera después del Poder Judicial como sucede en la Constitución federal, y en el caso de transparencia, en un precepto diferenciado.

Para concluir con este apartado, deseamos dejar asentado la importancia de desarrollar los derechos fundamentales en el texto constitucional de las entidades federativas de México. Las observaciones que se plantean para el diseño constitucional bajacaliforniano en este caso de estudio, es aplicable a la mayoría del resto de las entidades federativas de México, ésta es una demanda que los académicos del derecho han estado planteando con insistencia.

CONCLUSIONES

Primera. Los derechos humanos se han convertido en uno de los referentes más destacados de la vida jurídica y política de la humanidad, así lo acreditan los numerosos textos internacionales y constitucionales, además de la producción doctrinal casi inabarcable. En la historia de los derechos humanos encontramos variadas explicaciones sobre el concepto, la naturaleza y la importancia de estos derechos. Se han desarrollado así, amplias y con profundidad teorías que pueden ser ordenadas en dos principales corrientes de pensamiento jurídico, el iusnaturalismo y el iuspositivismo.

Segunda. No obstante las diferencias doctrinales, se encuentran convergencias en el pensamiento jurídico: se reconoce su necesidad e importancia, se elabora y sistematiza un concepto, se admite la trascendencia del estudio objetivo de sus fines y funciones y se plantea su estudio como una actividad concatenada a su mejor comprensión, reconocimiento, respeto y defensa.

Desde las diferentes perspectivas de enfoque sobre la positivación de los derechos humanos, se puede afirmar que la doctrina reconoce su necesidad, ya como un derecho natural, ya como su incorporación en el derecho positivo, o ya como una

Novena. Para concluir este trabajo, se ratifica la importancia de desarrollar los derechos humanos en el texto constitucional de nuestro estado. Ésta es una demanda aplicable a las demás Constituciones locales de México, que los académicos y profesionales del derecho han estado planteando con insistencia. Después de la parte dogmática, en sentido estricto, deberá continuarse con el desarrollo de los derechos económicos, sociales y culturales.

KELSEN Hans, *Teoría pura del derecho*, Trad. De Roberto J. Vernengo, México, UNAM, 1979.

LOCKE, John, *Segundo tratado sobre el gobierno civil*, traducción de C. Mellizo, Editorial Alianza, Madrid, España, 1ª edición, 1990.

ORTIZ Ahlf, Loreta, *Fuentes del derecho internacional de los derechos humanos*, compiladores Martín Claudia y otros en *Derecho Internacional de los derechos humanos*, México, Universidad Iberoamericana y Washington Collage of Law y Fontamara, 2009.

OLMEDA García, Marina del Pilar, *La universalización de los derechos humanos*, México, Ed. Bosch- UABC, 2014.

PALOMBELLA, Gianluigi, *The Rule of Law beyond the State: Failures, Promises, and Theory*, *International Journal of Constitutional Law*, Oxford, Portland, EUA, 7ª edición, 2009.

PASCUAL RAMOS, José Antonio, *La crítica a la idea de los derechos humanos*, texto levemente modificado de la ponencia presentada en el II Congreso Internacional sobre Derechos Humanos, Celebrada en Salamanca, España, del 26 al 29 de octubre de 1998.

PECES-BARBA, Gregorio, *Curso de derechos fundamentales, Teoría General*, 4ª Edición, Colección Cursos III, España, Universidad Carlos III de Madrid, 1999.

PÉREZ LUÑO, Antonio Enrique, *Derechos Humanos. Estado de Derecho y Constitución*, Madrid, España, Ed. Tecnos, 2001.

SERNA DE LA GARZA, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2012,

FUENTES DE CONSULTA

SOLORIO RAMÍREZ, Daniel, *Nuestra reforma judicial*, Mexicali, México, La Crónica de Baja California, 5 de noviembre de 2005.

TENA RAMÍREZ, Felipe, *Derecho Constitucional Mexicano*, México, ed. Porrúa, 2000.

WOLFGANG BÖCKENFÖRDE, Ernst, *Escritos sobre derechos fundamentales*, traducción de Juan Luis Requejo e Ignacio Villaverde, Baden Baden, Ed. Nomos Verlagsgesellschaft, 1993.

Normativas

CONSTITUCIÓN ESPAÑOLA, <http://www.congreso.es/consti/>, consultado en 1 de junio de 2015.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

CONSTITUCIÓN POLÍTICA DEL ESTADO LIBRE Y SOBERANO DE BAJA CALIFORNIA.

CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, Pacto de San José de Costa Rica,

<http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?IdOrd=22843&TPub=4>, consultado en 1 de junio de 2015.

CONVENCIÓN DE VIENA SOBRE DERECHOS DE LOS TRATADOS, <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?IdOrd=16060&TPub=4> consultado en 1 de junio de 2015.

Contradicción de Tesis 293/2011. Aprobada el pleno de la Suprema Corte de Justicia, en sesión de 26, 27, 29, de agosto y 2 y 3 de septiembre de 2013. Semanario

BANCO MUNDIAL, *Definiciones*, <http://www.bancomundial.org/temas/omd/index.htm>, consultado el 22 de junio de 2015.

BIAGGINI, Giovanni, *La idea de Constitución: ¿nueva orientación en la época de la globalización?*, en Anuario Iberoamericano de la Justicia Constitucional, España, 7ª edición, 2003.

CASSESE, Sabino, *Administrative Law without the State? The Challenge of Global Regulation*, N.Y.U. Journal of International Law and Politics, 4ª edición, 2005.

FERRAJOLI, Luigi, *Derechos y Garantías, La ley del más débil*, Trotta, Madrid, España, 4ª edición, 1999.

FIX-ZAMUDIO, Héctor, *Reflexiones comparativas sobre los sistemas interamericano y europeo de protección de los derechos humanos*, Coordinador Méndez Silva, Ricardo, *Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, tomo I, México, UNAM, 2008.

FIX ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, México, Ed. Porrúa, 2010.

HOBBS, Thomas, *Leviatán*, edición preparada por C. Moya y A. Escohatado, 1ª edición, Madrid, España, Editorial Nacional, 1980.

JELLINEK George, *La declaración de los derechos del hombre y del ciudadano*, trad. Adolfo Posada, estudio introductorio de Miguel Carbonell, 5ª edición, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 2013.

Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época, Libro 5, Tomo I, México, Abril de 2014, página 96.

DECLARACIÓN UNIVERSAL DE LOS DERECHOS HUMANOS, <http://www.un.org/es/documents/udhr/>, consultado en 1 de junio de 2015.

ESTATUTO DE LA CORTE INTERNACIONAL DE JUSTICIA, <http://www.icj-cij.org/homepage/sp/icjstatute.php>, consultado en 1 de junio de 2015.

JUSTIA México, *Legislación estatal de México*, <http://mexico.justia.com/estados/>, consultado en 16 de agosto de 2015.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS CIVILES Y POLÍTICOS, <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?IdOrd=22835&TPub=6>, consultado en 1 de junio de 2015.

PACTO INTERNACIONAL DE DERECHOS ECONÓMICOS, SOCIALES Y CULTURALES, <http://legislacion.scjn.gob.mx/Buscador/Paginas/wfOrdenamientoDetalle.aspx?IdOrd=13702&TPub=6>, consultado en 1 de junio de 2015.

Tesis: 1a./J. 80/2004, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena Época, Tomo XX, México, Octubre de 2004, p.264.

derechos humanos sean el eje constructor de la sociedad mexicana.¹⁵⁷ La problemática que se ha visto en materia laboral es que sí incorpora la parte normativa formal, pero se descuidan los mecanismos de control, es decir, de exigibilidad de este derecho humano. Todo ello se ve diariamente documentado en lo que pasa en las Juntas de Conciliación de las entidades federativas, con tal impacto que el ejecutivo ha enviado al Congreso de la Unión una propuesta llamada “justicia cotidiana”. Así desde el 27 de noviembre de 2014 el Centro de Investigación y Docencia Económicas y el Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, comienzan a organizar foros de consulta para elaborar un conjunto de propuestas y recomendaciones para garantizar un mayor y mejor acceso a la justicia laboral. Estos Diálogos por la Justicia Cotidiana son convocados, finalmente, en noviembre de 2015 por el Gobierno de la República y el CIDE.¹⁵⁸

I.- EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD COMO AMPLIACIÓN DE LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

Es un hecho que “el control de constitucionalidad constituye la principal herramienta para protegerse de abusos del poder estatal, un presupuesto básico del equilibrio de poderes y una garantía de la supremacía constitucional”¹⁵⁹, y que desde la reforma al

¹⁵⁷ Los profesores que participan en este libro han ofrecido abundantes ideas sobre este mismo tema. Véase, por ejemplo, Uribe Arzate, Enrique y Gutiérrez Silva, José Roberto. *El Control Difuso de Constitucionalidad en México, Sus Retos y Alcances*. Revista In Jure Anáhuac Mayab [online]. 2014, año 3, núm. 5, ISSN 2007-6045. Pp. 136-155. O también del mismo autor: Uribe Arzate, Enrique. El sistema de justicia constitucional en México. Porrúa, México 2006. Recuperado de: http://biblioteca.diputados.gob.mx/janium/bv/ce/scpd/LIX/sist_jus_const.pdf. Consultado el 16 de marzo del 2016 Pág. 62. Igualmente Uribe Arzate, Enrique. Lineamientos para la defensa constitucional de los derechos humanos. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2359/16.pdf>. Consultado el 16 de marzo del 2016. Pág 296 s.

Caso Gelman Vs. Uruguay. Supervisión de Cumplimiento de Sentencia. Resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos 20 de marzo de 2013, párr. 65. La Corte IDH empezó por definir que el “control de convencionalidad”, es “una institución que se utiliza para aplicar el Derecho Internacional, en este caso el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, y específicamente la Convención Americana y sus fuentes, incluyendo la jurisprudencia de este Tribunal.” Pelayo Moller, Carlos María. *Ibíd.*

¹⁵⁸ Centro de Investigaciones Económicas.2015. Recuperado de: http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf

¹⁵⁹ Highton, Helena. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En: Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización*. Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Tomo I. 2011. México. UNAM. Max Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de derecho constitucional. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/1.pdf>. Consultado el 30 de enero del 2015, Pág. 108

Art 1 constitucional del 2011, con el principio de convencionalidad, se amplía la protección de los derechos fundamentales.¹⁶⁰ Sin embargo, las cosas, en la realidad cotidiana, son más complicadas de lo que parecen.

Es un hecho que la reforma al Artículo 1 es, también, una apertura del sistema jurídico mexicano al ordenamiento internacional¹⁶¹ y a jurisprudencia de las jurisdicciones internacionales y hace que el sistema jurídico mexicano, funcione con un nuevo paradigma: “Las reglas del juego cambiaron: los estándares de nuestros razonamientos serán distintos en el futuro, los actores responsables de garantizar los derechos humanos se ampliaron de forma importante, las técnicas de interpretación de los derechos variaron”.¹⁶²

Este “nuevo sistema” de protección constitucional es un sistema de protección concentrado y difuso porque confiere a los jueces la tarea del control de la protección de los derechos humanos,¹⁶³ pero “inter pares”. Con el principio de convencionalidad se añade un significado especial al referirse a los derechos humanos, porque “el derecho internacional parte de un principio fundamental: la superioridad o supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno”.¹⁶⁴ Porque no hay que olvidar que en el acuerdo de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, éstos son normas aceptadas y reconocidas por la comunidad internacional de Estados que, en su conjunto, no admite acuerdo en contrario.¹⁶⁵ Es decir, la reforma constitucional en

¹⁶⁰ Highton, Helena. *Ibid*

¹⁶¹ Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. 2010. México. UNAM. Max Planck Institut für Ausländisches öffentliches Recht und völkerrecht-Instituto Iberoamericano de derecho constitucional Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/2.pdf>. Consultado el 2 julio del 2015. Pág 107

¹⁶² Carbonell, M. Introducción general al control de convencionalidad. En: González Pérez, Luis Raúl y Valadés Diego. *El constitucionalismo contemporáneo*. UNAM_IJ. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>. Consultado el 2 de octubre del 2015. Pág. 67

¹⁶³ Véase la nota 11 de Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén. *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. México. 2013. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). Disponible en: <http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/4-Control-difuso.pdf> Consultada el 3 de julio del 2014. Pág 14 y 15. Igualmente véase la nota 14 donde queda señalada la justificación de la obligatoriedad del control difuso. Pág. 15s

¹⁶⁴ Highton, Helena. Op. Cit. Pág. 150

¹⁶⁵ *Ibid*. Pág. 1

LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DE LOS DERECHOS SOCIALES. LOS PROBLEMAS. (UNA PROPUESTA DE ESQUEMA ARGUMENTATIVO EN DERECHO LABORAL, DESDE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD.)

*Ramiro Contreras Acevedo**

SUMARIO: I. Introducción. II. El control de convencionalidad como ampliación de la protección constitucional. III.- La propuesta argumentativa para la protección del derecho humano al trabajo IV.- Los modelos argumentativos. V. Retos de la seguridad social ante el cambio climático. VI. Conclusiones. VII. Bibliografía.

INTRODUCCIÓN.

El escenario desde donde se plantea la reflexión que en estas páginas se expondrá, tiene los siguientes contextos: por un lado, la inclusión del control de convencionalidad como ampliación de la protección constitucional, eje de la reflexión de este libro¹⁵⁵. Por otro lado, las reformas laborales y los conceptos empleados en ellas,¹⁵⁶ es decir, las reformas que el 11 de agosto del 2013 quedaron aprobadas en materia laboral y que el Estado mexicano no consideró lo pactado a nivel internacional y, finalmente, la necesidad de poner actos realizativos para que los mecanismos de protección de los

*Profesor investigador. Universidad de Guadalajara.

¹⁵⁵ Esta protección constitucional tiene fundamento en la Convención Americana sobre Derechos Humanos que comienza con el caso Almonacid Arellano vs. Chile, resuelto el 26 de septiembre de 2006, según Pelayo Moller, Carlos María, en un artículo aparecido en el blog de Carbonell, M. Recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml

¹⁵⁶ En la reforma laboral del 2012 se trataron temas como: nuevas formas de contratación: a prueba, de capacitación, por hora; se regula la subcontratación; aparece la figura de permiso de paternidad con goce de sueldo, penalización del empleo de menores de 14 años; indemnización a trabajadores por suspensión de labores debido a contingencias sanitarias; se habilita la notificación de despidos por correo certificado; se incluye el trabajo en las minas; el patrón podrán convenir el pago por cada hora de trabajo, siempre y cuando no se exceda la jornada máxima legal (ninguna jornada se pagará a un salario menor que el mínimo, aunque dure menos del tope de duración). Pero interesante fueron las reservas: la transparencia sindical, la elección de las directivas sindicales, el voto secreto, el emplazamiento a huelga, la demanda del recuento de trabajadores del tipo de voto para la disputa de contratos colectivos de trabajo. Lo que se refiere a la subcontratación: inicial, a prueba, el aviso del trabajador en la rescisión del contrato y lo que tiene que ver con salarios caídos y relaciones colectivas; la contratación colectiva, la regulación del outsourcing, poner límite a la Junta Federal de Conciliación y Arbitraje para agilizar los juicios y no sólo limitar los salarios, la transparencia sindical,

materia de derechos humanos, de junio del 2011, colocó en el centro de la actuación del Estado mexicano, la protección y garantía de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales¹⁶⁶.

Anteriormente la justicia constitucional se reducía a que el ciudadano tenía “segura” la protección de las “garantías constitucionales”. Hoy, hay dos ampliaciones importantes: las garantías individuales se amplían a derechos humanos y a lo que esté en los convenios firmados y ratificados por el Estado Mexicano sobre esta materia. Es decir, la protección constitucional, desde los derechos humanos, como mecanismo de ampliación de protección constitucional, tiene, en general, el mismo significado que las anteriores garantías constitucionales, pero más amplia.¹⁶⁷

El momento histórico donde el control difuso de constitucionalidad y convencionalidad se revive es el cumplimiento de la sentencia dictada por la Corte Interamericana en el caso *Radilla Pacheco vs. México*, de 2009, por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), en el famoso *expediente Varios 912/2010*, decidido el 14 de julio de 2011, y, como quedó señalado en esta misma resolución, en la reforma constitucional en materia de derechos humanos, se reconocen las obligaciones específicas que de manera expresa impone a todas las autoridades del Estado mexicano¹⁶⁸. Lo resuelto por ambos tribunales transformó el derecho procesal constitucional mexicano.

¹⁶⁶ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Sánchez Gil, Rubén. *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. México. 2013. Suprema corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). Disponible en: Consultada el 3 de julio del 2014 Pág. 6 Igualmente puede verse: CARBONELL, Miguel; FIX FIERRO, Héctor; GONZÁLEZ PÉREZ, Luis Raúl; VALADÉS, Diego. Coordinadores. Estado constitucional, derechos humanos, justicia y vida universitaria. Tomo IV, Volumen 2. Serie Doctrina Jurídica n° 711. México 2016. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/8/3845/35.pdf> Consultado el 16 de marzo del 2016. Pág. 808-811.

¹⁶⁷ De La Torre Torres, Rosa María. Los mecanismos de protección no jurisdiccional de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2008/0909/ponencias/De%20la%20Torre.doc>. Consultado el 2 de junio del 2014. Pág.

¹⁶⁸ Véase la cantidad de artículos del Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano. También Eduardo Ferrer Mac-Gregor (coord.), *Derecho procesal constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa/Colegio de Secretarios de la SCJN, 2006, 4 t. pag 36 y s. Un relato sobre este mismo caso puede verse en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DialogoJurisprudencial/10/cnt/cnt8.pdf> pág 73 y ss

II.- LAS VIOLACIONES A LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS.

Pero hay hechos que confunden a la sociedad: tanto los especialistas en temas de derechos humanos, como las organizaciones internacionales sostienen que en México se violan los derechos humanos. A propios y extraños les parece que el Estado mexicano no demuestra “la misma energía al momento de firmar un convenio que al darle seguimiento a lo acordado, generando las medidas necesarias para mantener los compromisos internacionales”.¹⁷¹ ¿Cómo explicar que habiéndose ampliado la protección de la constitucional, persistan las violaciones a los derechos humanos?

La percepción general señala, como causa, la ineficacia del mecanismo de tutela del Estado Mexicano para investigar las reclamaciones por violaciones a los derechos humanos cometidas por autoridades, según organismos internacionales y de ahí que su percepción sea negativa.¹⁷² Lo anterior da pie a incursionar sobre uno de estos derechos humanos: el derecho humano del trabajo.

¹⁷¹ Ferrer Mac-Gregor. Ibid. Pág. 68

¹⁷² En Avances y Desafíos en materia de Derechos Humanos. – México 2011. Secretaría de Relaciones Exteriores, Dirección General de Derechos Humanos y Democracia, o sea el informe que hace esta Secretaría, aunque se aducen los documentos internacionales sobre los Derechos Económicos, Sociales, Culturales y Ambientales, y se señalan los documentos que ha firmado el Estado Mexicano, no viene señalada acción alguna sobre el derecho al trabajo: ESPINOZA CASTELLANO, Patricia. Secretaria de relaciones exteriores. Informe de México: Avances y desafíos en materia de derechos humanos. Secretaría de relaciones exteriores. México 2011. Disponible en: <http://www.upr-info.org/followup/assessments/session17/mexico/Mexico-InfomHR.pdf> Consultado el 14 de marzo del 2016. Pág 244, sobre todo la página 325 donde se señalan los convenios con la OIT. Véase también: Gómez Magdalena. Autorretrato del Estado mexicano ante la CIDH. El pasado 2 de marzo la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) hizo público su informe 2016 sobre la situación de derechos humanos en México. Señaló que su elaboración se basa en la observación realizada durante su visita in loco que tuvo lugar del 28 de septiembre al 2 de octubre de 2015, así como otras visitas de la CIDH y de sus relatorías temáticas, en el monitoreo que la comisión realiza en cumplimiento de su mandato y a través de la utilización de los diversos mecanismos a su alcance, tales como audiencias, procesamiento de medidas cautelares, peticiones y casos. Es importante destacar esta referencia, pues el gobierno mexicano recibió el proyecto de informe el 24 de noviembre y el 15 de diciembre del mismo año remitió sus airadas observaciones al proyecto en un documento de 93 páginas. De entrada, descalificó a la CIDH, como ha reiterado estos días, porque en una breve visita, dijo, obtuvo en nuestro país información; exige que se le diga la forma en que fue elaborado, es decir, sus fuentes y metodología a los ámbitos material, espacial y temporal. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2016/03/08/opinion/017a2pol>. En específico véase Uribe Arzate, Enrique; González Chávez, María de Lourdes. La protección jurídica de las personas vulnerables. Revista de Derecho (electrónica) Colombia. n°17, julio del 2007.pp 205-229. Disponible en: <http://www.redalyc.org/pdf/851/85102709.pdf> Pág. 208. Consultado el 16 de marzo del 2016.

Aceptando que el derecho al trabajo es un derecho humano y un deber social del Estado mexicano, y que corresponde a éste vigilar y atender estos asuntos de manera responsable y comprometida, se vuelve exigible contar con procedimientos modernos y efectivos, estructurados siempre mediante los principios procesales que más se ajusten a la necesidad social.

Ante las actuales situaciones sobre la protección de los derechos humanos¹⁷³ y, sobre todo, al proceder del Estado mexicano en la firma del reciente Tratado (Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica),¹⁷⁴ se advierte una simulación estructural que no puede atribuirse a las normas constitucionales o procesales vigentes, como podría suponerse y sería pueril caer en el error de culpar de dichas violaciones laborales a las disposiciones legales.

La experiencia diaria nos convence que la protección constitucional no garantiza nada, pues aunque la normatividad existe, diariamente se materializan las violaciones en los procesos laborales.

¿A dónde acudir para exigir la creación de mecanismos de justiciabilidad laboral? La opinión o percepción general, por desgracia, considera más “graves” las violaciones en otras áreas, aunque todas ellas también estén dentro del ámbito de violaciones a derechos humanos:

“Algo que ha proliferado en este país en los últimos años son las fiscalías especiales. Las de delitos contra las mujeres, contra periodistas y otras más. Lo que esto revela son tres cuestiones: en primer lugar, que los criminales organizados, desorganizados y de Estado, se han cebado en grupos muy específicos: mujeres,

¹⁷³ Román, José Antonio. Condenar ataques a activistas, piden a Peña Nieto organismos extranjeros. Dice así: “Exhortan al presidente Peña a tomar las medidas adecuadas para enfrentar la grave crisis de derechos humanos actual, observando e implementando las decisiones y recomendaciones de organismos expertos internacionales, de conformidad con las obligaciones internacionales contraídas. Firman, entre otras organizaciones: Oficina en Washington para Asuntos Latinoamericanos; Robert F. Kennedy Human Rights; Organización Mundial Contra la Tortura, y la Federación Internacional de Derechos Humanos. Sólo esta última, fundada en 1922, integra a 178 organizaciones de cerca de 110 países. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2016/03/18/politica/003n1pol>

¹⁷⁴ El Acuerdo Estratégico Transpacífico de Asociación Económica (TPP, por sus siglas en inglés)

Recuérdese, finalmente, que la protección no jurisdiccional también fue modificada y tiene sus particularidades marcadas por el Reglamento Interno de la CNDH. Esta Comisión tiene facultades para conocer de quejas contra actos u omisiones de naturaleza administrativa que violen los derechos humanos, provenientes de cualquier autoridad o servidor público de carácter federal, excepto del Poder Judicial de la Federación, conforme el artículo 2 del Reglamento Interno (de la Comisión). No tiene competencias para conocer de actos y resoluciones de autoridades electorales, conflictos laborales, resoluciones jurisdiccionales, ni resolver consultas de autoridades o particulares sobre la interpretación de la Ley o la Constitución¹⁶⁹. Es importante releer el texto de la CNDH:

“TÍTULO II. FACULTADES DE LA COMISION NACIONAL.

CAPÍTULO UNICO. Competencia en materia de presuntas violaciones a derechos humanos.

Artículo 9.

(Competencia)

En términos de lo dispuesto en los artículos 3o. y 6o. de la Ley, la Comisión Nacional tendrá competencia en todo el territorio nacional para conocer de quejas relacionadas con presuntas violaciones a los derechos humanos *cuando éstas fueren atribuibles a autoridades y servidores públicos de carácter federal*, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación.”

Así pues, hoy la protección jurisdiccional y no jurisdiccional es más amplia y se fundamenta en la supremacía del derecho internacional sobre el derecho interno.¹⁷⁰ Lo anterior es un giro al paradigma jurídico con el que se aplicaba el derecho mexicano al administrar justicia.

¹⁶⁹ CNDH. Reglamento interno. Artículo 2, sección X. Disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/conocenos/ReglamentoCNDH2013.pdf> “X. Asuntos laborales: Los actos u omisiones atribuibles a servidores públicos relacionados con el desarrollo de procedimientos sustanciados ante las autoridades del ámbito laboral. La competencia de la comisión no comprende la facultad para conocer de los conflictos suscitados entre uno o varios patrones y uno o más trabajadores o uno o más sindicatos, ni entre sindicatos y/o trabajadores, incluso cuando el patrón sea una autoridad o dependencia federal, estatal o municipal.

¹⁷⁰ Highton, Helena. Op. Cit. Pág. 150

periodistas, derecho humanistas. En segundo lugar, la inacción de los diversos niveles y órdenes del gobierno para perseguir y castigar a los presuntos responsables; la impunidad, pues. En tercer lugar, las movilizaciones de protesta de los sectores afectados, que demandan el establecimiento de un espacio institucional determinado, al que se pueda pedir cuentas y evaluar la acción de procuración de justicia.”¹⁷⁵.

¿Qué tan cierto que se violan los derechos humanos y en qué área específica? El libro recientemente publicado por Luis de la Barreda señala 16 áreas donde hay violaciones a los derechos humanos. Entre las principales, dice: padecemos severos rezagos en materia de justicia social, en administración de justicia; en las ofensivas diferencias entre los más ricos y los más pobres; en el derecho a manifestarse y el de libertad de tránsito; en el área educativa ni se diga; ni el obrero más explotado trabaja tanto como una mujer con muchos hijos; las prisiones mexicanas son sitios de degradación, abuso y contaminación criminógena; el salario mínimo no es suficiente para satisfacer las necesidades materiales, sociales, culturales y educativas de una familia; 2 millones y medio de personas están desempleadas; 13 millones trabajan en condiciones precarias, sin seguridad social ni salarios fijos, y 4 millones están subocupadas; en el derecho a la protección de la salud, o sea el estado completo de bienestar físico, mental y social, y el derecho a la alimentación nutritiva, suficiente y de calidad; en la no vivienda adecuada; las mujeres, los niños, los discapacitados, los homosexuales y otras minorías siguen siendo víctimas de discriminación, abuso y violencia; los derechos de las personas de edad avanzada a la independencia, la participación, los cuidados, la autorrealización y la dignidad; ocho millones de mexicanos que pertenecen a alguna de las 56 etnias indígenas padecen pobreza, insalubridad, analfabetismo y desnutrición; el derecho a la seguridad pública se ha deteriorado gravemente: de 2000 a 2011 se triplicó la tasa de homicidios; de cada cien delitos que se cometen sólo llegan a proceso alrededor de cinco, y finalmente señala que las comisiones públicas de derechos humanos deben ser instituciones integradas por servidores públicos altamente capacitados y con vocación inquebrantable, y absolutamente autónomas no sólo respecto de las autoridades, sino

¹⁷⁵ Quintana S, Víctor El gran riesgo de ser abogado en Chihuahua.2015. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2015/12/04/opinion/026a1pol>

Comisión Nacional de los Derechos Humanos mediante la cual, entre otros, alegó la inconstitucionalidad del párrafo segundo del artículo 10 de la Ley que Establece las Normas Mínimas sobre Readaptación Social de Sentenciados, por establecer el cobro de contribuciones para su manutención a los sentenciados que realicen trabajo penitenciario¹⁸⁰.

La violación a derechos humanos *en ámbito laboral* sigue sin resolverse de manera “jurídicamente adecuada” y quizás esa sea la razón de por qué profesionales muy expertos, no obstante toda su pericia, no logran obtener sentencias favorables cuando se trata de violaciones a los derechos laborales¹⁸¹. Ante esto, las preguntas que surgen son: ¿qué pasa?¹⁸² ¿Por qué no es efectiva la tutela de los derechos humanos,

¹⁸⁰ Diálogo jurisprudencial. Disponible en:

<http://biblio.juridicas.unam.mx/revista/pdf/DialogoJurisprudencial/12/cnt/cnt12.pdf> Pág. 241 y ss

¹⁸¹ Jurado Vargas, Romel. Exigibilidad estratégica. Revista electrónica del programa andino de derechos humanos. No. 35. Exigibilidad de los derechos humanos relacionados con la comunicación desde el ámbito de las políticas públicas. La exigibilidad es un concepto amplio que básicamente alude a la capacidad que tienen las personas para reclamar y obtener del Estado, y en ciertos casos de otros actores, el goce efectivo de sus derechos humanos. Desde esta noción se reconocen básicamente tres dimensiones de exigibilidad: política, social y jurídica. Disponible en:

<https://issuu.com/aportesandinos/docs/aa35>

¹⁸² Claramente hay un cambio radical. Ver: Langford, Malcolm. Justicia en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico.

<http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24907.pdf>

Igualmente puede verse la nota del siguiente eEn el Foro participaron expertos de la Organización de las Naciones Unidas, de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales (FLACSO), del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, del Espacio DESC (Espacio de Coordinación de Organizaciones Civiles sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales), del Consejo de la Judicatura Federal y de la organización colombiana DeJusticia.

“Para quienes conformamos el Espacio DESC, la motivación principal al impulsar este Foro es la preocupación que compartimos numerosos defensores y defensoras de derechos humanos respecto a los obstáculos y limitaciones para el ejercicio pleno del derecho de acceso a la justicia”, dijo en la inauguración de la conferencia, en representación de esa alianza civil, Areli Sandoval Terán, coordinadora del Programa Diplomacia Ciudadana de DECA Equipo Pueblo, A.C., punto focal nacional de Social Watch en México.

“Nos mueve el interés en las numerosas víctimas de violaciones a los DESC a lo largo y ancho del país; personas, familias, comunidades que por diversas causas ven afectado su derecho a la salud, a la vivienda digna, a la educación, a la alimentación adecuada, al agua, al medio ambiente sano, a la seguridad social; su derecho al trabajo y otros derechos laborales; sus derechos culturales y su derecho a la libre determinación”, agregó Sandoval.

“Es por eso que también venimos impulsando, como sociedad civil organizada, la campaña mexicana por la firma y ratificación del Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (PF-PIDESC), que permitirá a las víctimas de este tipo de violaciones, una vez agotados los recursos internos, presentar sus denuncias ante el Comité DESC de la ONU”, explicó la activista.

El PF-PIDESC establece un mecanismo para que personas, instituciones y comunidades presenten denuncias ante el Comité de Derechos Económicos, Sociales y Culturales (CDESC) de la ONU.

en el área laboral, ahora con instrumentos más amplios? Es por no defender adecuadamente el caso? ¿Cómo debe estructurarse una argumentación para lograr que los Colegiados tutelen los derechos humanos laborales? Hay casos que hay que leer detenidamente, como el caso, conocido por todos, de la empresa Wall Mart.¹⁸³

Por lo anterior se hipotetiza en un estado de derecho, donde no lo decide el Poder, que probablemente serán los razonamientos que construyen las argumentaciones para defender un asunto laboral, los que probablemente no están adecuadamente estructurados. Si fuese así, ¿cómo argumentar para que el derecho humano del trabajo no se viole, pueda tutelarse? dado que el asunto no es la ausencia de normativas y menos ahora que con el principio de convencionalidad se amplía la posibilidad de proteger los derechos humanos.

Por tanto, se identifica un problema entre la protección constitucional (Art 14, 17 y 123) y la actual práctica procesal laboral que se lleva a cabo. Específicamente el problema radica en las Juntas de Conciliación, que deberían garantizar no solo una administración de justicia expedita, pronta, gratuita, completa e imparcial y que salvaguarde los derechos adquiridos del trabajador mexicano. ¿Dónde están los “problemas” para lograr la protección constitucional, en el área laboral, desde el principio de convencionalidad?

El no lograr dicha protección ¿es una cuestión procedimental? ¿Vale aquello de que la CNDH o las Comisiones Estatales de Derechos Humanos no tienen competencia en el área laboral? ¿Pero no es derecho humano el derecho al trabajo?

Para dar respuesta a esta pregunta, se propone un esquema argumentativo para la protección constitucional en materia laboral¹⁸⁴.

El PIDESC ampara, entre otros, los derechos a la libre determinación, al trabajo, a la alimentación, a la vivienda, a la salud, a la seguridad social, a la educación, a la cultura, al agua y a una calidad de vida adecuada. Recuperado de <http://www.socialwatch.org/es/node/15757>

¹⁸³ Márquez García, Rosalinda. La justiciabilidad de los derechos humanos laborales de las mujeres y la infancia en México: caso Walmex. Disponible en: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25124.pdf>. Consultada el 2 de octubre del 2015. Pág 1 y ss

¹⁸⁴ Gómez Urrutia, Napoleón. Justicia cotidiana. El autor reseña las ideas que se tratan en los paneles laborales y señala que los temas actuales son: la transformación de las Juntas de Conciliación y

también de los grupos de presión y las iglesias.¹⁷⁶ La encuesta muestra que 15 de cada 100 mexicanos aseguran que las garantías fundamentales no se respetan en lo absoluto en México, 30.4 por ciento señalan que se respetan poco, 44.4 se inclinan por que el respeto es en cierta medida, en tanto sólo nueve de cada 100 consideran que se cumplen suficientemente. Los datos arrojan que 33.8 por ciento de los encuestados señalan que es la policía municipal la que con mayor frecuencia viola esas garantías, 26 consideran que son los agentes del Ministerio Público, 11.3 que son las fuerzas armadas, 10 que son las corporaciones estatales y 8.7 culpan de ese tipo de agresiones a la Policía Federal. Sólo 3.6 por ciento responsabilizan a las autoridades de salud, 2.3 a los políticos, 0.6 al gobierno y 0.1 al titular del Ejecutivo federal, Enrique Peña Nieto¹⁷⁷.

Hay muchos estudios que documentan las violaciones a derechos humanos, no solo del ámbito académico, sino también del ámbito laboral. Véanse los informes XIV, XV, XVI y XVII de “CEREAL”, Centro de reflexión y acción laboral.¹⁷⁸

En ámbito estatal pasa algo parecido. Recientemente ha quedado documentado el actuar disímil de las Comisiones Estatales de Derechos humanos ante los reportes de organismos internacionales, específicamente sobre violaciones a los derechos humanos laborales¹⁷⁹. Hay casos dignos de ser estudiados como el del caso del trabajo en los reclusorios:

En la sentencia que se presenta, la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México resolvió una acción de inconstitucionalidad interpuesta por el Presidente de la

¹⁷⁶ Aguilar Valdez, José A. Texto leído el 25 de septiembre en la Casa Universitaria del Libro (UNAM), en la presentación del libro: *Los derechos humanos. La ley más ambiciosa* de DE LA BARREDA Solórzano, Luis. Terracota. México. 2013. 76 p. Disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3798> Consultado el 1 de noviembre del 2015.

¹⁷⁷ Periódico La Jornada. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2015/11/11/sociedad/047n1soc> Consultada el 11 de noviembre del 2015

¹⁷⁸ CEREAL (Centro de reflexión y acción laboral). Disponible en: http://www.fomento.org.mx/novedades/XIV_DHL_CEREAL2010.pdf; http://www.fomento.org.mx/novedades/XVII_DHL_CEREAL2013.pdf Consultados el 1 de octubre del 2015

¹⁷⁹ La Comisión Estatal de Derechos Humanos del Estado de Morelos presenta un reporte ante por el caso ocurrido en Tetelcingo ante el Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos. Disponible en: <http://www.jornada.unam.mx/2015/11/13/estados/042n1est>

III.- LA PROPUESTA ARGUMENTATIVA PARA LA PROTECCIÓN DEL DERECHO HUMANO AL TRABAJO

a) *La revisión conceptual* en la protección constitucional.

El concepto de “principio jurídico”, de los “derechos sociales” y del “derecho laboral”.

Desde hace más de una década se hizo un resumen sobre “el sentido de las normas”. Se estudiaron las “normas regulativas”, es decir, los “principios”, las “reglas” y el “principio jurídico”. Se consideró la opinión de Dworkin sobre los “principios”, y si el Derecho era un “sistema de reglas”. Se consideró la opinión de que los “principios jurídicos” y las “reglas” sirven como “razones para la acción” y en ese sentido son una “norma programática”.

Trasladada la discusión sobre el significado de los “principios jurídicos” a la naturaleza de las “normas”, se intentó “explicar” que hay “reglas de acción y reglas de fin”. O bien, en una clasificación más “abierto” que los “principios jurídicos” son “mandatos de optimización”. Éstos se clasificaron como principios “implícitos” o “estrictos” y “explícitos”. Aquellos como razones “de corrección” y éstos como “razones utilitarias”.

Para “justificar” la actuación del “Poder” se abrió una nueva clasificación: “normas constitutivas” y “normas deónticas o regulativas”, qué son las “reglas que confieren poderes”. Y para responder a esta parte difícil de la teoría jurídica se dice que hay “reglas que confieren poderes, como razones para la acción” o “reglas regulativas” (las definiciones no guían la acción. Su función es explicativa, no práctica) y hay “normas constitutivas”. Finalmente se aterriza esta discusión teórica, en las particularidades que se le atribuyen al “razonamiento práctico”.

Arbitraje, tanto federal como estatales, y su reemplazo por jueces de lo laboral independientes del Poder Ejecutivo; el establecimiento un organismo autónomo encargado de la inscripción y el reconocimiento de los sindicatos y de los contratos colectivos; nuevos Protocolos de Inspección Laboral para verificar que los obreros conozcan sus contratos; la revisión de los contratos de protección patronal, no laboral. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2016/01/14/opinion/016a1pol>

interpretativo de estos derechos, es decir, la obligación de “respetar, proteger, asegurar y promover” estos derechos. Porque las violaciones son eso: discriminaciones, desigualdades, no realización de los derechos humanos, lo que impide el ejercicio de la libertades, no solo de derechos humanos de primera generación, sino de los todos los derechos humanos.

Hay reconocidos expertos que dicen que:

El punto decisivo para la distinción entre reglas y principios es que los *principios* son normas que ordenan que se realice algo *en la mayor medida posible*, en relación con las posibilidades jurídicas y fácticas. Los *principios* son, por consiguiente, *mandatos de optimización* que se caracterizan porque *pueden ser cumplidos en diversos grados* y porque la medida ordenada de su cumplimiento *no sólo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las posibilidades jurídicas*. El campo de las posibilidades jurídicas está determinado a través de principios y reglas que juegan en sentido contrario. En cambio, las reglas son normas que exigen un cumplimiento pleno y, en esa medida, pueden siempre ser sólo o cumplidas.¹⁸⁷

Para muchos no es aceptado que los derechos sociales son “programables”. Por ello hay que recordar cuáles son los criterios de protección de los derechos humanos, a los que pertenecen.

Es cierto que “La constitución y sus justicias”, sobre todo en América Latina tiene muchos retos. No vemos hoy todavía cómo, para los llamados comúnmente “derechos sociales” sea aplicable a plenitud. Pero ciertamente a través de luchas y requerimientos sociales y políticos la defensa de estos derechos ha de hacerse a través de la justicia constitucional¹⁸⁸.

¹⁸⁷ Alexy, Robert. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa. Cuadernos de Filosofía del Derecho, núm. 5 (1988), pp. 139-151

¹⁸⁸ García Belaunde, Domingo. La Constitución y sus justicias. En: González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego. El constitucionalismo contemporáneo. 2013. UNAM. México. Pág. 224

El futuro nos dirá si es que efectivamente las luchas y los requerimientos sociales y políticos se efectuarán a través de la jurisdicción o justicia constitucional, como es lo más probable que suceda. Es decir, el desafío consiste en darle efectividad de los derechos contenidos en las constituciones, o como lo señala García Belaunde, en convertir a la justicia constitucional en una bisagra entre lo nacional y lo internacional. El reto se vincula entonces con la “incorporación de los derechos humanos de fuente internacional, es decir, aquellos que se han convertido en derecho interno en virtud de la ratificación de los tratados. Por esto, en el contexto de la justicia constitucional deben de crearse los medios para la impugnación de los instrumentos internacionales antes de su ratificación, pues con posterioridad los Estados no pueden invocar disposiciones de derecho interno para su no aplicación”.¹⁸⁹

a) La ampliación de la justicia constitucional

La particularidad del derecho ha sido la tensión siempre existente entre “aquello que la gente ha dicho que es” el derecho y “aquello que es”, es decir, las constantes inconsistencias (o tensiones) frente a los derechos y la diaria realidad. La hipótesis que ha funcionado es que la “fuente de los males” es el Poder. Pero también se ve que hay avance. La protección de los derechos humanos avanza. No hay duda de ello. Por eso, ahora, la pregunta es cómo hacerlo.

1) Sea que se tome cualquiera de los modelos argumentativos conocidos, queda claro que hay tres elementos que hay que considerar: primero, el principio de convencionalidad que amplía el grado de protección. Segundo, para que eso sea posible, hay que conocer los Tratados de los derechos humanos para poderlos aplicarlos al caso respectivo y aquí el problema es grande: México, de los más de 3000 instrumentos que ha firmado, tiene actualmente más de 1000 en vigor.

2) Se trata de un problema doble: no tenemos todavía la tecnología para que, por ejemplo, del documento que está en la página de la SCJN (donde se señalan los Tratados ratificados por el Estado Mexicano) podamos, como lo hacemos en un documento Word, “entresacar” no solo lo que hay de “derechos humanos” sobre x

¹⁸⁹ *Ibíd.* Pág. 12

Para el caso que nos ocupa, no hay consenso, en la comunidad de expertos, de si un derecho humano ha de ser entendido como “Principio” o como “regla”. La implicación es que si es entendido como “principio” en sentido de “principios de optimización”, los podremos hacer justiciables si y solo si existiese el supuesto de que el Estado tiene todos los medios para satisfacer la obligación que tiene, en relación a cada derecho humano. Si son considerados como “reglas”, entonces serían “exigibles” y, por tanto”, justiciables. A quien siguiere una opción u otra se le podría preguntar ¿Cuál sería entonces la naturaleza y sentido de la norma constitucional?

No podemos negar que el concepto de derechos sociales y del derecho laboral ha tenido un desarrollo acompañado de ideologías. Como señalan Abramovich y Courtis, “se ha repetido hasta el hartazgo que las normas que establecen derechos sociales son sólo normas programáticas, que no otorgan derechos subjetivos en el sentido tradicional del término, o que no resultan justiciables”¹⁸⁵ y que esto se debe más bien a cuestiones ideológicas. Pero el Estado ha de saber que resultaría ininteligible y su ejercicio carecería de garantía si no fuesen justiciables. El “Estado afectará el derecho cuando prive ilícitamente a sus titulares del goce del bien que ya disponían”.¹⁸⁶ La opinión aceptada por algunos juristas es que solo eran derechos laborales los que podían ser justiciables, esto es, aquellos cuyo reconocimiento y ejercicio podían ser exigidos ante los órganos jurisdiccionales que todavía sostiene *el principio de progresividad*, bajo el que se considera que el cumplimiento de los derechos económicos, sociales y culturales debe ser “progresivo” de acuerdo al desarrollo de los países y a los recursos de los que dispongan, por lo que, dichos derechos quedan en una situación de carencia de exigibilidad jurídica, de tal suerte que la propia conceptualización de los derechos económicos, sociales y culturales es un obstáculo para la garantía de su vigencia y para lograr su justiciabilidad.

No obstante esas importantes “imprecisiones conceptuales”, se dio la modificación al Art 1 constitucional en el 2011, que subraya las 4 características del esquema

¹⁸⁵ Abramovich, Víctor y Courtis Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Recuperado de: <http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>. Consultado el 1 de noviembre del 2015. S/n pág.

¹⁸⁶ *Ibíd.*

concepto (por ejemplo, los derechos humanos de los niños, en La Convención de los derechos del Niño), sino el significado de cada uno de lo que dicho instrumento internacional amplía.

3) El principio de convencionalidad, por tanto, a ser un elemento en la nueva forma de argumentar. Al “derecho como argumentación” que conocemos en la concepción de Atienza, hay que añadirle los elementos de “derecho internacional” que está en cada uno de los Tratados ratificados por el Estado Mexicano.

Antes de ir a mostrar estas ideas en algunos ejemplos, es necesario recordar

IV.- LOS MODELOS ARGUMENTATIVOS

Sin duda que las reflexiones sobre la teoría de la argumentación han tomado auge. Las razones quizás sean las posibilidades epistemológicas que esta área ofrece.¹⁹⁰ Los modelos más sencillos son el de Toulmin, Perelman y Atienza.

a) Toulmin subraya un conjunto de técnicas, dispuestas en un discurso por un hablante, para obtener la adhesión de la audiencia. Lo interesante para el área jurídica es que lo señala como un código de conducta argumentativa, es decir, el hablante sólo debería utilizar estructuras argumentativas que eviten falacias (tales como los argumentos por autoridad, o aquellos que apelan al gusto popular); del mismo modo, el hablante debería esforzarse por exponer ciertos esquemas argumentativos: en un argumento causal no es tan simple que se puedan insertar explicaciones como en las ciencias sociales.¹⁹¹ Toulmin, siguiendo a su maestro, Ludwig Wittgenstein, sostenía que el significado del lenguaje es su uso.¹⁹² Para lo que más adelante se señalará es

¹⁹⁰ A veces se interesan por verla como como problema en la lógica. A veces como un interesante dispositivo metodológico (como un tipo de análisis del discurso, en sociología). En el área psicológica como investigación en psicología del razonamiento, o en lingüística como expresión de la corriente pragmática. Ver Santibáñez, Cristián. Teoría de la argumentación como epistemología aplicada. Disponible en: <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/43/santibanez.html>. Consultada el 14 de mayo del 2014. S/n Pág

¹⁹¹Ibid. S/n pág

¹⁹² Es importante notar que según Toulmin, los argumentos tienen partes (como la forma o el esqueleto de un organismo), que los argumentos se mueven por campos argumentativos –como los de la ciencia, la economía o el arte–, que los argumentos se reproducen con mayor facilidad en ciertos contextos – como en las conferencias científicas o las reuniones de negocios o los tribunales–, que los argumentos tienen enfermedades (las falacias), que los argumentos tienen cierta longevidad según estén abiertos a la crítica –que les da mayor expectativa de vida y que Toulmin distinguió como argumentos

El modelo práctico de Toulmin

“está compuesto por (i) una pretensión, (ii) unos datos, (iii) una regla o garante inferencial de la vinculación de la conclusión a los datos, (iv) una base o trasfondo de respaldo de esa garantía si fuera preciso, (v) una modulación de la fuerza o calidad de la vinculación inferencial y (vi) una cláusula de salvedad o de excepcionalidad, llegado el caso. Suele considerarse un modelo llamado a sustituir el estándar monológico tradicional <{premisas}, nexos ilativos, conclusión>¹⁹⁵

b) En cambio para Perelman la argumentación es lograr la adhesión, situación contrapuesta al modelo lógico-matemático de la demostración “*more geometrico*” que se sigue en muchas argumentaciones jurídicas. Como seguidor de Viehweg, se caracteriza por:

que los juicios de valor no pueden fundamentarse, ni solamente mediante observaciones empíricas, como lo hace el naturalismo; ni a través de evidencias de cualquier tipo, como lo hace el intuicionismo. Nuestro jurista se percató de que al menos los principios básicos de cualquier sistema normativo son arbitrarios. En consecuencia, una primera aproximación a la resolución de la lógica argumentativa será lo que Perelman denominará como nueva retórica. Alexy considera que la teoría de la argumentación de Perelman resulta útil para fundamentar una teoría de la argumentación práctica que pudiera justificar la posibilidad del uso práctico de la razón. Para tal efecto, Alexy considera necesario analizar el sistema lógico de Perelman.¹⁹⁶

c) Atienza y sus alumnos:

De los “*diez consejos*” que da Atienza para argumentar, el primero es fundamental: “No se puede argumentar bien jurídicamente sin un buen conocimiento del Derecho,

¹⁹⁵ Vega Reñón, Luis. El renacimiento de la teoría de la argumentación. Disponible en: http://revistas.uned.es/index.php/RIA/article/view/13971/pdf_8 Pág 5.

¹⁹⁶ Dorantes Díaz, Francisco Javier. La nueva retórica: alcances y limitaciones. Chaim perelman y su escuela. Recupado de: <http://www.iifl.unam.mx/html-docs/tradretor/chaimper.pdf>

de los materiales jurídicos, y de la teoría del Derecho, de los instrumentos adecuados para manejar aquellos materiales”.¹⁹⁷ *El segundo consejo* es: “clara”. Así ha de ser la argumentación. *El tercero*: “concisa”. *Cuarto*: “esforzarse por entender bien lo que el otro ha dicho, es una exigencia moral”. *Quinto*: “no estar dispuesto a conceder nunca nada al adversario es una estrategia incorrecta y equivocada”. *Sexto*: “no se trata de disparar torcido, sino de disparar desde otro lado, cambiando la posición”. *Séptimo*: “Hay ocasiones en que no es apropiado hablar en broma”. *Octavo*: “Lo que cuenta es lo que se dice y las razones que lo avalan”. *Noveno*: “ir al punto, en fijar cuidadosamente la cuestión”. *Décimo*: “las cuestiones de estilo son importantes... cada persona que argumenta tiene su estilo propio y es él el que ha de esforzarse, primero, por encontrarlo, y luego, por elaborarlo”.

En otra parte Atienza ha señalado criterios para evaluar una buena argumentación y son: los criterios de universalidad, coherencia, adecuación de las consecuencias, moralidad social y crítica, y razonabilidad.

En su ya clásico libro “*El derecho como argumentación*” se encuentra que la concepción de Atienza significa una perspectiva alternativa a las concepciones tradicionales. De este autor tienen en cuenta estos aspectos: a) *el estructural*, que trata de explicar los componentes del Derecho centrándose en los distintos tipos de normas; b) *el sociológico o funcional*, donde el derecho es visto como realidad social, es decir, como comportamiento humano, y que centra su estudio en el aspecto funcional, tanto de los componentes del Derecho y sus resultados, como en las funciones del derecho en la sociedad y las consecuencias que se generan; y c) *el valorativo*, que se dirige a mostrar un conjunto de valores alrededor de su concepción de derecho, o sea, cuáles son los requisitos que deben mantener el “Derecho justo”, del “Derecho ideal”. Un cuarto aspecto subraya al Derecho como una técnica para la solución de determinados problemas prácticos.

¹⁹⁷ Atienza, Manuel. Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador. 2006. Doxa. Num 29. Disponible en: DOXA, Cuadernos de Filosofía del Derecho, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 473-475. Consultado el 2 de mayo del 2015. Pág. 474.

importante asentar que el concepto clave para entender el modelo de Toulmin es la lógica factual, es decir “que la argumentación es un procedimiento sustancial, nunca formal, regido por los estándares fácticos que se despliegan en cada contexto de proposiciones y racionalidad (en estudios con perfiles más históricos y sociológicos, Toulmin reemplaza el concepto de ‘racionalidad’ por ‘razonabilidad’ para enfatizar la dimensión práctica del razonamiento verdaderamente importante)¹⁹³. Más aún, es digno de notarse que sus esfuerzos se centraron en mostrar cómo se justifica una creencia porque:

“Es crucial entender que la práctica argumentativa misma está epistemológicamente orientada cuando vincula la pretensión de conocimiento, tanto con creencia justificada, como con condiciones de verdad. Dicho en simple: un hablante no sólo dice que sabe algo porque tiene una buena razón para justificar lo que sabe, sino además porque considera implícita o explícitamente que esa creencia cumple con ciertas condiciones de verdad, condiciones que pueden estar contenidas en el tipo de acto de habla a través del que la proposición de saber tuvo expresión (generalmente, a través de una aserción)”.¹⁹⁴

sustanciales—, o ciegos y sordos a la crítica —que los hace diluirse con mayor rapidez porque no tienen cabida en muchos contextos y que Toulmin consignó como argumentos analíticos. (Ibíd).

¹⁹³ Ibídem

¹⁹⁴ Ibídem. El autor añade que en la literatura contemporánea, no hay acuerdo en absoluto respecto de qué caracteriza una buena argumentación (Govier, Lumer). Hamblin (1970: 224-252), por ejemplo, consideró que una buena argumentación debería cumplir con tres criterios: 1) criterio alético: que las razones del argumento sean verdad, y que las razones lógicamente impliquen la conclusión; 2) criterio epistémico: el oyente sabe que las razones son —o pueden ser— verdad y que la tesis se sigue claramente de tales razones; y 3) el criterio retórico: el oyente acepta las razones.

El autor señala en las conclusiones de su trabajo que la justificación de creencias razonables es un problema de *justificación interpersonal*, es decir, un problema dialéctico. “El postulado reza como sigue: S está personalmente justificado en creer P si y sólo si tiene, o podría tener, éxito en justificar interpersonalmente P frente aquellos que la desafían, real o potencialmente. Este axioma, que sin contexto pareciera ser ingenuo, basa su fuerza también en un principio comunicativo implícito: en la confianza que quien desafíe una proposición cambiará su opinión si el agente S le da buenas razones para que lo haga. Puede ser el caso que un agente de buenas razones pero el oyente, por motivos psicológicos o institucionales de diferente orden, se niegue a aceptar la buena evidencia y/o justificación. Cualquiera sea el subsecuente proceso destinado a hacer cambiar de opinión al testarudo (mesas de diálogo, consulta a expertos, tribunales, mediación, negociación, entre otros tipos de diálogos), lo que muestra este hecho colectivo tan humano es que se reemplaza el criterio de validez por el de legitimidad. El mismo principio implícito que pareciera ser promovió Naess, Crawshay-Williams, Perelman y Toulmin en sus apuestas aplicadas y sociales” (ibídem).

Roberto Lara Chagoyán, alumno de Atienza, ofrece estos puntos para construir una argumentación judicial: 1) La tendencia a considerar las normas –reglas y principios- *no tanto desde las perspectiva de su estructura lógica*, cuando a partir *del papel que juegan en un razonamiento práctico concreto*; 2) La idea de que *el Derecho es una realidad dinámica* y que consiste no tanto –o no tan sólo- en una serie de normas o de enunciados de diverso tipo, cuanto –o también- *en una práctica social compleja* que incluye, además de normas, procedimientos, valores, acciones, agentes, etc. que determinarán el resultado de la decisión judicial 3) La importancia que se concede a la interpretación normativa: es vista, más que como resultado (con pretensión de verdad absoluta), que como *un proceso racional y conformador de un derecho dinámico*; 4) El entendimiento de la validez normativa, *en términos sustantivos y no meramente formales*; 5) La idea de que la jurisdicción no puede verse en términos simplemente legalistas –de sujeción del juez a la ley-, sino que ésta *debe ser interpretada de acuerdo con los principios constitucionales*, como ya se señaló arriba; 6) Otra característica es que *entre el Derecho y la moral existe una conexión*, no sólo en cuanto al contenido, sino nacida de la naturaleza intrínseca al derecho; 7) La idea de que *la razón jurídica no es sólo razón instrumental, sino razón práctica en sentido estricto*, ya que la actividad del jurista está guiada por la pretensión de justicia; 8) La convicción de que existen *criterios objetivos* (así los llama Lara, como la visión antropológica constitucional, es decir, las nuevas concepciones que dan las reformas constitucionales, como el principio de universalidad o el de coherencia o integridad) *que otorgan carácter racional a la práctica de la justificación de las decisiones*, aunque no se acepte la tesis de que existe siempre una respuesta correcta para cada caso¹⁹⁸.

Para Lara Chagoyán, una argumentación judicial ha de tener: el planteamiento de un problema, los hechos controvertidos que originaron el problema, la hipótesis de solución, la comprobación de la hipótesis a través de lo que se conocen como líneas argumentales y la conclusión o conclusiones que contienen la solución del problema¹⁹⁹. Y da un consejo importante: “la argumentación jurídica aplicada está

¹⁹⁸ 35 Lara Chagoyán, Roberto. “Sobre la estructura de las sentencias en México: una visión crítica y una propuesta factible”. En Cruz Parceró, Juan Antonio, Contreras Acevedo, Ramiro y Leal Carretero, Fernando. *La argumentación jurídica en México*. 2014. México. Fontamara. Pág. 97 y ss.

¹⁹⁹ *Ibid.* Pág. 99

Obsérvese que Toulmin no sigue el clásico riguroso modelo del silogismo. Parte de una evidencia (*grounds*) y llega al establecimiento de una aserción (tesis, causa). El movimiento de la evidencia a la aserción (*claim*) es la mayor prueba de que la línea argumental se ha realizado con efectividad. La garantía permite la conexión.

Ejemplo:

- Aserción: *los resultados de las elecciones, posiblemente, no serán confiables.*
- Datos: *Los partidos políticos tradicionales han hecho trampa en todas las elecciones.*
- Garantía: *Si antes han actuado con trampa, probablemente siempre la volverán a cometer.* (Creencia común).

Los otros tres pasos del modelo son respaldo, cualificador modal y reserva. Así la garantía anterior tiene un respaldo en estudios realizados por expertos sobre el comportamiento de los políticos en las elecciones con base en datos estadísticos, en testimonios orales, historias de vida, entre otros. El cualificador modal indica el grado de fuerza o de probabilidad de la aserción. La reserva habla de las posibles objeciones que se le puedan formular.

Ejemplo:

- Respaldo: *Portillo (un experto) concluye que los países acostumbrados al fraude electoral, tratan siempre de perpetuar sus prácticas.*
- Cualificador modal: *posiblemente.*
- Reserva: *A menos que (a) todos y cada uno de los partidos políticos tengan una representación en los escrutinios y que, además, (b) una comisión de ética vigile que los grupos minoritarios no vendan sus votos*

El esquema, desde el modelo de Atienza y Lara sería el siguiente:

Planteamiento de un problema,

Los hechos controvertidos que originaron el problema,

La hipótesis de solución,

La comprobación de la hipótesis a través de líneas argumentales,

La conclusión

Por tanto, aplicándolos a una argumentación que tome en cuenta la protección constitucional, se debería considerar:

- a) Derechos civiles y políticos

Derecho a la vida
Derecho a la integridad personal
Derecho a la igualdad
Derecho a la libertad (Libertades públicas)
Derecho al honor, a la vida privada y la información

b) Derechos políticos

Derechos frente a las Administraciones
Asilo, nacionalidad, migraciones y extranjería
Derechos en relación a la administración de justicia
Derechos de los detenidos y presos y de los inculcados en procesos penales

c) derechos económicos, sociales y culturales

Seguridad social
Salud
Educación
Nivel de vida adecuado y medios de subsistencia (vivienda, alimentación, agua)
Familia
Medio Ambiente
Derechos laborales

Ahora bien: desde los principios de interpretación conforme, habría de considerarse:

El principio de Interpretación conforme,
El principio *pro persona* y
El Control difuso de convencionalidad

Alcalde Justiniani encuentra las siguientes razones para argumentar la protección constitucional del derecho laboral como derecho humano²⁰¹: la primera se apoya en

²⁰¹ Alcalde Justiniani, Arturo. Reforma laboral en el banquillo de los acusados. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2015/10/03/opinion/016a2pol>

dirigida a los hechos y no a los conceptos o, mejor dicho, a resolver, desde el Derecho, determinados problemas sociales en el plano empírico²⁰⁰, mediante los siguientes principios: Principio de precisión de los hechos; principio de delimitación; principio de economía de las sentencias, principio de coherencia interna y principio de claridad. El ejemplo que ofrece de una sentencia es éste:

PRIMERO. Competencia. Este Tribunal es competente para conocer del presente recurso de revisión, en términos de lo dispuesto en los artículos...

SEGUNDO. Oportunidad de los recursos. Las revisiones principal y adhesiva fueron interpuestas de manera oportuna, como se verá a continuación...

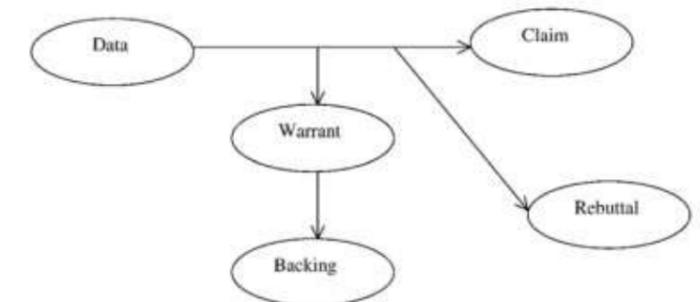
TERCERO. Materia de la revisión. Se constriñe a determinar si la parte quejosa logra, con sus agravios, desvirtuar las razones por las que el Juez de Distrito negó el amparo con relación a los artículos 4° y 47 de la Ley Federal de Sanidad Animal...

CUARTO. Estudio de fondo. Los agravios expresados por la quejosa recurrente en el recurso principal resultan en parte infundados y en otra inoperantes, como se verá a continuación...

d) El diagrama del procedimiento laboral de un bufete jurídico.

Los diagramas de un procedimiento laboral se verán en el anexo.

Regresando, a los modelos recordados, si utilizáramos el esquema de Toulmin se seguiría este esquema:



²⁰⁰ Ibíd. Pág. 103

el tercer párrafo del artículo primero constitucional, relativo al principio de progresividad, el cual refiere la obligación que tiene el Estado de generar en cada momento una mayor y mejor protección y garantía de los derechos humanos en favor del trabajador, ahora enriquecido por los convenios internacionales ratificados por el Senado.

La segunda razón la encuentra en el artículo 17 constitucional y refiere al papel del Estado: la eficacia de este proceso está a cargo del Estado, razón por la cual no es procedente trasladar la responsabilidad de los factores que lo inhiben a las partes.

Otra razón se apoya en un criterio cada vez más presente en las decisiones de la Corte y se define como el principio de realidad: las Juntas de Conciliación y Arbitraje no resuelven en los plazos establecidos, por lo que dejar de cubrir los salarios vencidos en el plazo excedente constituye un incentivo negativo para alargarlos.

Otro más se encuentra en la fracción XXII del apartado A del artículo 123 constitucional, mismo que señala que en caso de despido, el trabajador podrá optar por el cumplimiento del contrato o la indemnización

CONCLUSIONES

1.- Aunque el problema de violaciones a los derechos laborales (derechos humanos irrenunciables e inalienables, perennemente exigibles al Estado) todavía es “el pan de cada día”, como se puede ver en las Juntas de Conciliación estatales, se evidencia que no se trata tanto de “ausencia de normativa protectora de derechos humanos, sino que se reduce, quizás, entre muchas otras causas, a un elemento cultural, porque en las Juntas de Conciliación, no se cumple ni por los ciudadanos ni por el propio Estado, como encargado de observarlas y de aplicarlas. El “así se hace aquí” es el estándar para el Estado y para el ciudadano, es decir, para el demandante y el demandado. Urge que las Juntas de Conciliación evolucionen a juzgados y que, a través de los tribunales jurisdiccionales, se protejan los derechos laborales adquiridos

FUENTES DE CONSULTA

ABRAMOVICH, Víctor y COURTIS Christian. Apuntes sobre la exigibilidad judicial de los derechos sociales. Recuperado de:

<http://www.derechoshumanos.unlp.edu.ar/assets/files/documentos/apuntes-sobre-la-exigibilidad-judicial-de-los-derechos-sociales-2.pdf>

----- . Hacia la exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales. Estándares internacionales y criterios de aplicación ante los tribunales locales. Recuperado de: [http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad de los DESC - _Abramovich.pdf](http://www.miguelcarbonell.com/artman/uploads/1/Exigibilidad_de_los_DESC_-_Abramovich.pdf)

AGUILAR VALDEZ, José A. Texto leído el 25 de septiembre en la Casa Universitaria del Libro (UNAM), en la presentación del libro: *Los derechos humanos. La ley más ambiciosa* de DE LA BARREDA Solórzano, Luis. Terracota. México. 2013. 76 p. Disponible en <http://www.pudh.unam.mx/perseo/?p=3798> Consultado el 1 de noviembre del 2015.

ALCALDE JUSTINIANI, Arturo. Reforma laboral en el banquillo de los acusados. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2015/10/03/opinion/016a2pol>

ALEXY, Robert., Teoría de los derechos fundamentales, Madrid, 1993
_____. Sistema jurídico, principios jurídicos y razón práctica. Doxa. *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, núm. 5 (1988), pp. 139-151

ATIENZA, Manuel (2006), *El Derecho como argumentación*, Ariel, Barcelona
_____. Diez consejos para argumentar bien o decálogo del buen argumentador. 2006. Doxa. Num 29. Disponible en: DOXA, *Cuadernos de Filosofía del Derecho*, 29 (2006) ISSN: 0214-8676 pp. 473-475. Consultado el 2 de mayo del 2015. Pág. 474.

BAZAN, Víctor. Vías de exigibilidad de los derechos económicos, sociales y culturales en los ámbitos internacional e interamericano. Recuperado de: <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/context/cont/2/cnt/cnt6.pdf>

BRITOS, Nora y ABRAMOVICH, Víctor. Exigibilidad de los derechos sociales: estrategias y líneas de acción. Seminario bimensual "Trabajo social y exigibilidad de derechos sociales" ciclo lectivo 2007 Mgter. Disponible en:

<https://modulosocioterritorial.files.wordpress.com/2009/08/exigibilidad-de-derechos1.pdf>

CARBONELL, Miguel. Introducción general al control de convencionalidad. En: González Pérez, Luis Raúl y Valadés Diego. *El constitucionalismo contemporáneo*. UNAM_IJ. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3271/11.pdf>. Consultado el 2 de octubre del 2015. Pág. 67

Centro de Investigaciones Económicas.2015. Recuperado de: http://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/79028/Di_logos_Justicia_Cotidiana.pdf

CNDH. Reglamento interno. Artículo 2, sección X. Disponible en: <http://www.cndh.org.mx/sites/all/doc/conocenos/ReglamentoCNDH2013.pdf>

COMISIÓN ESTATAL DE DERECHOS HUMANOS DEL ESTADO DE MORELOS. Reporte ante la ONU por el caso ocurrido en Tetelcingo ante el Alto Comisionado de la Organización de Naciones Unidas (ONU) para los Derechos Humanos. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2015/11/13/estados/042n1est>

COMISIÓN INTERNACIONAL DE JURISTAS. Los tribunales y la exigibilidad legal de los derechos económicos, sociales y culturales. Experiencias comparadas de justiciabilidad. Recuperado de: <http://www.icj.org/wp-content/uploads/2009/07/Courts-legal-enforcement-ESCR-Human-Rights-Rule-of-Law-series-2009-spa.pdf>

por los trabajadores y se estructuren las argumentaciones desde la protección constitucional.

2.- Es cierto que las Constituciones son la carretera para el ejercicio de la libertad y que ahora, con los Tratados, hay una mayor protección de los derechos humanos. Lo que se necesita, como señala García Belaunde, es que el Derecho cumpla su función: que transparentemos lo que hemos “lo consensado”: lo establecido en la Constitución y los Convenios Internacionales. Esto sigue quedando “en el aire” en gran parte porque no conocemos (ni los operadores del Estado, ni los ciudadanos) lo que hay en los tratados ni sabemos cómo incorporarlo a una argumentación laboral. El problema del derecho, como disposiciones encauzadoras de conductas —para orientar, inducir o castigar— es un juego entre gobernantes y gobernados, que obedecen a distintos criterios, como afirma García Belaunde, pero tanto aquellos como éstos no gozan de una fina cultura constitucional.

CEREAL (Centro de reflexión y acción laboral). Disponible en: http://www.fomento.org.mx/novedades/XIV_DHL_CEREAL2010.pdf; http://www.fomento.org.mx/novedades/XVII_DHL_CEREAL2013.pdf

DE LA TORRE TORRES, Rosa María. Los mecanismos de protección no jurisdiccional de los derechos humanos. Disponible en: <http://www.juridicas.unam.mx/inst/evacad/eventos/2008/0909/ponencias/De%20la%20Torre.doc>.

DORANTES DÍAZ, Francisco Javier. La nueva retórica: alcances y limitaciones. Chaim perelman y su escuela. Recuperado de: <http://www.iifl.unam.mx/html-docs/tradretor/chaimper.pdf>

GARCÍA BELAUNDE, Domingo. La Constitución y sus justicias. En: González Pérez, Luis Raúl y Valadés, Diego. *El constitucionalismo contemporáneo*. 2013. UNAM. México. Pág. 224

EMIR OLIVARES Alonso. En La Jornada. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2015/11/11/sociedad/047n1soc>.

ESPINOZA CASTELLANO, Patricia. Secretaria de relaciones exteriores. Informe de México: Avances y desafíos en materia de derechos humanos. Secretaría de relaciones exteriores. México 2011. Recuperado de:

<http://www.upr-info.org/followup/assessments/session17/mexico/Mexico>

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y SÁNCHEZ GIL, Rubén. *Control difuso de constitucionalidad y convencionalidad*. México. 2013. Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (OACNUDH) y Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal (CDHDF). Recuperado de: <http://cdhdfbeta.cdhdf.org.mx/wp-content/uploads/2015/05/4-Control-difuso.pdf>

MÁRQUEZ GARCÍA, Rosalinda. La justiciabilidad de los derechos humanos laborales de las mujeres y la infancia en México: caso Walmex. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r25124.pdf>.

PELAYO MOLLER, Carlos María. El caso Almoacid Arellano vs Chile. Resuelto el 26 de septiembre de 2006, Recuperado de: http://www.miguelcarbonell.com/docencia/El_surgimiento_y_desarrollo_de_la_doctrina_de_Control_de_Convencionalidad_y_sus_implicaciones.shtml.

QUINTANA S, Víctor. El gran riesgo de ser abogado en Chihuahua. 2015. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2015/12/04/opinion/026a1pol>

ROMÁN, José Antonio. Condenar ataques a activistas, piden a Peña Nieto organismos extranjeros. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2016/03/18/politica/003n1pol>

SANTIBÁÑEZ, Cristián. Teoría de la argumentación como epistemología aplicada. Recuperado de: <http://www.facso.uchile.cl/publicaciones/moebio/43/santibanez.html>.

URIBE ARZATE, Enrique y GUTIÉRREZ SILVA, José Roberto. *El Control Difuso de Constitucionalidad en México, Sus Retos y Alcances*. Revista In Jure Anáhuac Mayab [online]. 2014, año 3, núm. 5, ISSN 2007-6045. Pp. 136-155.

_____ *Lineamientos para la defensa constitucional de los derechos humanos*. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/5/2359/16.pdf>. Consultado el 16 de marzo del 2016. Pág 296 s.

_____ GONZÁLEZ CHÁVEZ, María de Lourdes. La protección jurídica de las personas vulnerables. Revista de Derecho (electrónica) Colombia. n°17, julio del 2007. pp 205-229. Recuperado de: <http://www.redalyc.org/pdf/851/85102709.pdf>

VEGA REÑÓN, Luis. El renacimiento de la teoría de la argumentación. Recuperado de:

http://revistas.uned.es/index.php/RIA/article/view/13971/pdf_8 Pág 5.

VON BOGDANDY, Armin, FERRER MAC-GREGOR, Eduardo y MORALES ANTONIAZZI, Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización ¿Hacia un ius constitutionale commune en América Latina?*. 2010. México. UNAM. Max Planck Institut für Ausländisches öffentliches Recht und völkerrecht-Instituto iberomaericano de derecho constitucional Recuperado de: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/6/2894/2.pdf>

FERRER MAC-GREGOR, Eduardo (coord.), 2006, *Derecho procesal constitucional*, 5ª ed., México, Porrúa/Colegio de Secretarios de la SCJN, 4 t.

GÓMEZ Magdalena. Autorretrato del Estado mexicano ante la CIDH. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2016/03/08/opinion/017a2pol>

GÓMEZ URRUTIA, Napoleón. Justicia cotidiana. Recuperado de: <http://www.jornada.unam.mx/2016/01/14/opinion/016a1pol>

HIGHTON, Helena. Sistemas concentrado y difuso de control de constitucionalidad. En: Von Bogdandy, Armin, Ferrer Mac-Gregor, Eduardo y Morales Antoniazzi, Mariela. *La justicia constitucional y su internacionalización*. Construcción y papel de los derechos sociales fundamentales. Tomo I. 2011. México. UNAM. Max Planck-Institut für Ausländisches Öffentliches Recht und Völkerrecht-Instituto Iberoamericano de derecho constitucional. Disponible en: <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/1.pdf>

JURADO VARGAS, Romel. Exigibilidad estratégica. Revista electrónica del programa andino de derechos humanos. No. 35. Exigibilidad de los derechos humanos relacionados con la comunicación desde el ámbito de las políticas públicas. Recuperado de: <https://issuu.com/aportesandinos/docs/aa35>

LANGFORD, Malcolm. Justiciabilidad en el ámbito nacional y los derechos económicos, sociales y culturales: un análisis socio-jurídico. Recuperado de: <http://www.corteidh.or.cr/tablas/r24907.pdf>

Recuperado de: <http://www.socialwatch.org/es/node/15757>

LARA CHAGOYÁN, Roberto. 2014. "Sobre la estructura de las sentencias en México: una visión crítica y una propuesta factible". En Cruz Parcero, Juan Antonio, Contreras Acevedo, Ramiro y Leal Carretero, Fernando. *La argumentación jurídica en México*. México. Fontamara

**DE LA DEFENSA POLÍTICA A LA DEFENSA JURISDICCIONAL
DE LA CONSTITUCIÓN.
LA VERTIENTE AXIOLÓGICA DEL ESTADO DE DERECHO.**

*Isidro de los Santos Olivo**

SUMARIO: I.- *Introducción.* II.- *El Sistema de Valores en la Protección Constitucional.* III.- *Evolución Histórica en el desarrollo de la Defensa Constitucional. Sus etapas.* IV.- *La Crisis Contemporánea de la Constitución. Un apunte del profesor Pedro de Vega.* V.- *El Significado de la Justicia Constitucional. Algunas Perspectivas.* VI.- *Conclusiones.*

I.- INTRODUCCIÓN.

Se puede sostener que, desde el surgimiento de las primeras constituciones, se planteó el problema de establecer a qué órgano o a quién le correspondía su protección, esto es, su defensa. En principio, el tópico de la defensa constitucional fue objeto de especulación teórica desde el llamado constitucionalismo antiguo.²⁰² Se puede afirmar que, después de dos milenios, con el surgimiento del primigenio Estado Constitucional Burgués de Derecho, emerge, en ese momento histórico, con mayor fuerza seguramente, una constante preocupación para la configuración y/o estructuración de mecanismos formalizados en los textos constitucionales para su protección, primero de índole y/o de naturaleza política y, después, evolucionando hacia una protección de carácter jurisdiccional. Esta ulterior situación concretó uno de los más significativos avances en la evolución del llamado *Estado Constitucional de Derecho*.

Una de las parcelas técnico-jurídicas en la *protección de las normas fundamentales* indica que, el control constitucional de las leyes, desde una perspectiva jurídico-formal, sólo tiene sentido en el marco de las constituciones rígidas. En efecto, es

*Profesor- Investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad de San Luis Potosí.

²⁰² Cfr. Fix Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Ed. Porrúa, México, 1999, pp. 169 y ss.

Al encomendarse al órgano jurisdiccional la facultad de dirimir las funciones de los distintos órganos de la Constitución y/o sus eventuales controversias, y con ello *controlar* a la Constitución mediante sus fallos a través de procesos jurídicos, el propio órgano jurisdiccional —como se sostuvo— ejerce una *función de carácter político*, al regular entidades de índole política. Inclusive el cariz político se manifiesta, por un lado, en la protección de los derechos humanos de los individuos y sus grupos, por la convivencia gregaria de los ciudadanos, al resolver en sus fallos, la aplicación de la Constitución y/o la protección de los derechos y libertades fundamentales. A su vez, al resolver conflictos entre los poderes, esto es, entre las instituciones, se advierte claramente la naturaleza política de los órganos sujetos a dicha jurisdicción. En el Estado mexicano, estos argumentos que se han vertido, se reafirman por lo manifestado por uno de sus grados teóricos: “Al ejercer la función de control constitucional —afirma Ignacio Burgoa Orihuela— el Poder Judicial Federal se coloca en una relación política, de poder a poder, con las demás autoridades del Estado, federales y locales, mientras que cuando desempeña la función judicial propiamente dicha no surge esa relación”.²⁰³

Hay que precisar que, la Constitución no es un mero concepto, sino la expresión jurídica de un sistema de valores a los que se les pretende dar eficacia y sentido en un contexto histórico y político.

Defender así, la pura semántica constitucional, terminaría por convertirse este altísimo y primer propósito, en la más grave traición a los valores del constitucionalismo auténtico y, desde el punto de vista científico, en la negación más contundente de la trilogía que la jurisdicción constitucional está llamada a desempeñar: *Acción* asimilada como un derecho abstracto de accionar en un juicio; *Jurisdicción*, entendida como función estatal en la aplicación material de la justicia y; *Proceso*, en tanto institución procesal que comporta una sucesión de actos jurídicos para la solución de los conflictos en los justiciables, mediante una sentencia.

²⁰³ *Derecho Constitucional Mexicano*, Ed. Porrúa, México, 2000, p. 824.

En la anterior afirmación es necesario escindir esa doble función del órgano jurisdiccional: por una parte, mediante el dirimir los conflictos de los justiciables aplicando el derecho y, por otra parte como protector de ese documento jurídico y político llamado Constitución. Esto último cuadra con lo que nos recuerda Ignacio Burgoa: “El objetivo primordial histórico jurídico de la función de control constitucional consiste en la protección y mantenimiento del orden constitucional, realizados en cada caso concreto que se presente. En cambio, la otra función, o sea, la judicial, no tienen dicha finalidad inmediata y primordial, ya que no tiende a impartir dicha protección, sino a resolver el problema de derecho que se presente, sin que se tenga en la mira de salvaguardar el régimen constitucional violado por actos de autoridades estatales”.²⁰⁴

Por esta razón, se puede afirmar que, la existencia de una justicia constitucional sería, se manifiesta cuando la Ley Fundamental se entiende como realidad normativa, capaz de regular el proceso político de una comunidad ciudadana, y no como una mera configuración nominal y semántica. Más aún. La protección constitucional, en tanto función del Estado mediante lo que se llama Justicia Constitucional, exigiría asimismo, sustantivamente, un resguardo de los valores político-sociales que abraza la Ley Suprema, una preservación del *telos* y su *ratio*. Se trata de escudar el contenido axiológico, puesto que, toda Carta Magna, *sujeta* una fórmula política, es decir, el núcleo que identifica su raíz estimativa, su quintaesencia. No entender en estos términos la función del resguardo constitucional, supondría, epistemológicamente, soslayar la teoría de la Constitución, y su labor científica, al más menesteroso y errante de los quehaceres.

III.- EVOLUCIÓN HISTÓRICA EN EL DESARROLLO DE LA DEFENSA CONSTITUCIONAL. SUS ETAPAS.

De inicio, el concepto de Constitución en sentido moderno arranca con el triunfo de los procesos revolucionarios burgueses, de la cultura política euro-atlántica, pues, toda especulación que insista en encontrar los antecedentes remontándose más allá

²⁰⁴ Ídem.

dentro de ellas donde se puede distinguir entre normas constitucionales y normas ordinarias, siendo las primeras jerárquicamente superiores mediante el principio de supremacía constitucional (Constitución es *Lex Superior*).

La jurisdicción constitucional surge históricamente, como un sistema de garantía o resguardo de la Constitución, en atención a una exigencia técnica de jerarquizar el sistema jurídico, otorgándole primacía a la misma Constitución. La encomienda al poder judicial de la función de protector constitucional, implicó un cambio de paradigma en la custodia y el sostenimiento del orden constitucional. Por ello, se iba a superar así, el inicial resguardo “político” (ya que se encomendaba la protección de la Constitución, a un órgano de naturaleza política, esto es, al ejecutivo o legislativo, según fuera el caso).

La asignación al poder judicial de la función técnica para *fiscalizar*, es decir, para defender a la Constitución, coloca a este en *una relación de carácter político*, no en sentido estricto en atención a su particular atributo, como correspondería al ejecutivo y al legislativo, ya que es un órgano jurisdiccional el que ejerce la función protectora. Cabe aclarar que el poder judicial ejerce una función jurisdiccional entendida en dos sentidos. Por una parte como órgano que realiza una función jurisdiccional (de conformidad con la materia de su conocimiento, es decir, civil, penal, etc.) y que podemos llamar competencia *ordinaria* o *convencional*. Por otra parte, el mismo poder judicial ejerce una función jurisdiccional cuando despliega un ejercicio de control constitucional, teniendo así este órgano una facultad que podemos llamar *supercompetencia*, o *competencia extraordinaria* o *sobresaliente*. En este último caso, el poder judicial realiza o adquiere una relación de carácter político al resguardar a la Constitución; recordemos que la denominación *política*, adjetiva y califica a la Constitución.

II.- EL SISTEMA DE VALORES EN LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL.

Completando la anterior idea, diremos que, la Constitución implica la transcripción normativa-institucional de la dinámica política, social y económica de una comunidad.

de este momento memorable supondría forzar la realidad e intentar tergiversar la historia.

Durante el siglo XIX, la historia constitucional representó prácticamente en la cultura occidental, una accidentada efervescencia política sin que se tuviera la oportunidad de establecer un sistema de protección constitucional de carácter jurisdiccional, que preservara los valores políticos y democráticos. En la evolución histórica del constitucionalismo, la demanda de un protector o defensor de la Constitución se produce, en la mayoría de las veces, en situaciones críticas, de amenazas y riesgos para el proceso constitucional.

Como exigencia metodológica es necesario establecer tres etapas en el desarrollo de la defensa de la Constitución. En el período revolucionario francés y, concretamente, en la Constitución del año VIII (1799), se establece el Senado como defensor de la Carta Magna; con ello se pretendía una defensa política de la Constitución (encomendada a órganos políticos) del contenido normativo de la Ley Fundamental.

En primer lugar y, en el mismo momento en que se gestan los primeros textos constitucionales una vez superado el antiguo régimen, las críticas y confrontaciones contra aquellos, se producen dentro de una *dimensión política*, puesto que las fuerzas conservadoras no admitían los principios de soberanía popular y el de igualdad. La monarquía y la nobleza rechazan los supuestos de la libertad y de la democracia. La defensa de la Constitución adquiere, en estas circunstancias, una perspectiva política. Como respuesta a los realistas y conservadores (ideólogos del absolutismo y de la soberanía del monarca), se engendrará la idea que, el único guardián de la Constitución, capaz de defenderla, tiene que ser el propio pueblo.

Esta situación prevaleció en la Europa Continental, propiciando con ello que, el control constitucional de las leyes tomase un carácter puramente político. Por paradójico que pudiera resultar, en esos momentos se hubiera podido presentar una contradicción insalvable: la proclamación del pueblo como defensor de la Constitución

constitucional para que se afirmara un guardián efectivo y no meramente simbólico de la Constitución. Esta situación llegaría a propiciarse a raíz de la primera guerra mundial, inaugurándose a partir de este momento, una ulterior etapa en la evolución del constitucionalismo contemporáneo. En efecto, será con Hans Kelsen cuando en la Constitución austriaca de 1920, se conforma el primer tribunal constitucional.

IV.- LA CRISIS CONTEMPORÁNEA DE LA CONSTITUCIÓN. UN APUNTE DEL PROFESOR PEDRO DE VEGA.

Afirmábamos líneas arriba que el desarrollo de la teoría de la Constitución es fértil y propicia en momentos de crisis. Así, en la literatura jurídico-política no faltan autores que insisten en la quiebra histórica del concepto de Constitución. El profesor Pedro De Vega, en una visión esquemática, advierte una triple perspectiva de la crisis contemporánea de la Constitución.²⁰⁵ En primer término como crisis jurídica, en segundo lugar como crisis política y, finalmente, como crisis ideológica.

La crisis jurídica de la Constitución se manifiesta al advertir que la unidad del sistema jurídico, basada en el escalonamiento de las normas, según la clásica pirámide de Kelsen, se ha roto como consecuencia de las exigencias sociales y los vaivenes políticos importantes operados en la estructura del contemporáneo Estado representativo. Ni todo el derecho procede de la Constitución, ni el derecho emanado en “consonancia” con la normatividad constitucional, es el considerado como el más eficaz para resolver los problemas de la comunidad política. Asimismo, el propio Estado se ha visto compelido a conferir una orientación diferente a su misma legalidad. “La ley ha dejado de ser <<la regla general y abstracta del comportamiento humano>>, para pasar a convertirse en medida concreta, en acto de confirmación política y a menudo, en puro convenio con los propios grupos de intereses privados”.²⁰⁶ De esta forma, la ley, al entrar en crisis, se convierte en simple medio para la realización de fines políticos cambiantes para el fomento y apoyo de intereses de poderosos,

²⁰⁵ Véase su trabajo *Jurisdicción Constitucional y Crisis de la Constitución*, en Estudios Político-Constitucionales, Ed. IJ de la UNAM, México, 1980. El estudio fue consultado y citado de la siguiente dirección electrónica: <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/3/1323/13.pdf>

²⁰⁶ De Vega, Pedro, *Jurisdicción Constitucional...* Cit p. 295.

lesionando con ello, gravemente, su “auctoritas”, tan reconocida en otro tiempo, como producto de la voluntad soberana del pueblo. De esta guisa y siguiendo a De Vega, la Constitución como norma de normas entraría también en crisis.

Ahora bien, la Constitución en tanto finalidad técnico normativa, pretende establecer un sistema de garantías de los individuos y, ordenar la estructura, del Estado y normar su realidad política. Si en el primigenio Estado constitucional, su función quedaba reducida a la de simple vigilante o policía, se puede advertir que, la crisis política de la Constitución, se manifiesta, ahora, cuando el mismo Estado en su *evolución* incursiona en muchos más ámbitos. Así, con la pretensión de absorber e intentar controlar una gran cantidad de actividades y manifestaciones individuales y sociales de los gobernados, ha pasado a ser banquero, constructor, patrono, regulador de precios e inversiones y tantas otras cosas que le permiten controlar, prácticamente, toda la vida social y económica de una Nación. Este desbordamiento cuantitativo de las funciones estatales bastaría para afirmar que, las constituciones liberales, han experimentado significativas conmociones. Así, la Constitución actualmente y como sostiene el propio De Vega, “... se ha visto inexorablemente sobrepasada por la desmedida amplitud de las funciones que estaría llamada a encauzar”.²⁰⁷

A su vez, a consecuencia del pluralismo y la fragmentación típica de la estructura social contemporánea, la mayor parte de las constituciones surgidas a partir de la segunda posguerra, revisten un marcado significado anfibológico. Las leyes fundamentales son producto del pacto y consenso entre fuerzas políticas contradictorias y con intereses sociales antagónicos y, por esto mismo, los principios ideológicos que las orientan, resultan, por fuerza, ambiguos. Lo que significa que ni la Constitución puede ser considerada como la armadura de un sistema legal homogéneo ni pueda concebirse tampoco como un arma de gobierno eficaz, lo que termina por explicar que prevalezcan los hechos sobre el derecho.

²⁰⁷ *Ibidem* p.296.

y encargar a la justicia, en lugar del parlamento como órgano político de mayor fuerza, el control de la constitucionalidad. Hay que recordar que, en opinión de los autores P. Cucho y J. Vicent, los jueces eran fieles servidores del antiguo régimen (en el que vendían y compraban sus cargos de igual manera que sus casas y sus tierras). Los de la toga, representaban uno de los estamentos de mayor resistencia a la corriente constitucional.

Por su parte, en el norte de América, el constitucionalismo sentó sus reales en un marco social e ideológico homogéneo y, por esta razón, el sistema de justicia constitucional asume una orientación casi exclusivamente técnico-jurídica. Se explica así que, sus problemas en los inicios, no eran otros que impedir la ruptura de la coherencia interna y la regularidad jurídica del derecho fundamental. Sin embargo, para algunos autores, el sistema norteamericano no conformaba una auténtica jurisdicción constitucional, no tanto por el sistema de control difuso (competencia constitucional a los órganos judiciales ordinarios), sino porque no se les encomendó el resguardo de los valores políticos, contenidos en el tejido de la Constitución.

El segundo momento trascendental del constitucionalismo europeo se da cuando Benjamín Constant, propone en 1814 el poder neutro intermediario y regulador. Esta propuesta se genera cuando se discute y se polemiza sobre el titular último de la soberanía (monarca o pueblo), pronunciándose el pensamiento liberal de conferir al monarca, por considerarlo poder neutral, la defensa de la Constitución y, reservando al pueblo, su irrenunciable derecho de sujeto soberano. Proteger la Constitución significaría, de esta forma, defender al mismo tiempo los derechos del Rey y los del pueblo. Emerge así la frase conocida de Thiers: “el Rey reina, pero no gobierna”.

El constitucionalismo europeo del Siglo XIX opera desde la creencia de que su construcción es tan perfecta, que no necesita guardián de ningún tipo. De esta forma, el poder moderador y neutral encargado de resolver los conflictos entre el parlamento y gobierno, no es un defensor político ni jurídico de la Constitución por el carácter de guardián simbólico de ésta. La propia historia se encargará de evidenciar las contradicciones y falacias de dicho sistema y, de acicatear, al nuevo pensamiento

Así, la crisis política de la Constitución se potencializa cuando se toma en consideración la misma estructura estatal. Lo que significa que los partidos políticos ignorados durante mucho tiempo por las constituciones se han convertido en los amos de la Constitución, pues ejercen el poder a través de un constitucionalismo nominal y, por eso mismo, se puede considerar a la Constitución como un relicario de principios que hoy por hoy no tienen ninguna eficacia ni aplicación.

Es sabido que los Diputados no votan libremente, sino, obedeciendo órdenes de sus partidos. El juego de fuerzas políticas ya no se da de forma estructural prioritariamente (entre ejecutivo y legislativo), pues los centros de decisión política más importantes habría que buscarlos en el seno de los partidos y no en el poder legislativo o en el gobierno. Estamos ante el fenómeno de lo que los teóricos llaman "partidocracia". A lo anterior, hay que añadirle el fenómeno de la globalización, en el que es preciso advertir que, los emergentes actores políticos, son los poderes económicos. Resulta sorprendente observar que, las grandes empresas transnacionales, que inciden perentoriamente en el ámbito socioeconómico, no pertenecen formalmente a un Estado específico, ni cuentan con una ideología política. En estos *reemplazos de dominios*, prima la mentalidad de lucro y la acumulación de la riqueza, escapando los noveles protagonistas, a los controles democráticos de los estados y, desde luego a la sujeción de la supremacía de la Constitución, considerados estos conceptos por la dogmática constitucional, como presupuestos inexorables de los estados democráticos contemporáneos.

Por lo que hace a la crisis ideológica de la Constitución, ésta es condicionada por la conjunción de la crisis jurídica y política. Así no le ha faltado razón a Carl Schmitt al afirmar que "En el desarrollo histórico constitucional del estado europeo continental, la divergencia entre la legalidad y la legitimidad se ha convertido en el destino de este estado". No es menos cierto que, en el siglo XIX, hubo intentos mediante el racionalismo de ajustar los variados procesos de la vida política al esquema legalista. En la Francia revolucionaria fue acuñada la expresión "La legalidad nos mata" (la legalité nous tue); y fue el propio Luis Napoleón después de 1848, quien enderezó la petición de abandonar la legalidad para entrar de nuevo en el derecho. Esta polémica

de conectar estos principios a la realidad social, a la comunidad política siguen siendo principios a través de los cuales se pueda organizar la convivencia política. El instrumento sigue siendo la propia constitución y por ello el estado constitucional ha experimentado una evolución muy significativa.

Las constituciones intentan que esos supuestos no queden convertidos en letra muerta y es desde esta premisa en la que emerge como técnica garantista la justicia constitucional. Se advierte como en Europa la teorización y polémica sobre la jurisdicción constitucional se desarrolla en un período de graves crisis, en la década de los años veinte del siglo pasado, siglo en el que fueron propensas las terribles y trágicas dictaduras. Es importante destacar aquí que dos de los países que sufrieron tal opresión (Italia y Alemania) lograron construir un sistema de justicia constitucional con una alta técnica y con un alto porcentaje de eficacia.

V.- EL SIGNIFICADO DE LA JUSTICIA CONSTITUCIONAL. ALGUNAS PERSPECTIVAS.

Hasta antes de la Segunda Guerra Mundial, cuando se hablaba de justicia constitucional, lo era en el sentido de hablar de la revisión judicial, del control jurisdiccional en los términos estructurados por la tradición jurídica americana.

No podemos reducir el significado de la jurisdicción constitucional a una simple operación mecánica de mantener la idea de la supremacía constitucional, solamente en caso de conflictos con normas de rango inferior. No se trata estrictamente de establecer un mecanismo encargado de mantener la regularidad y coherencia jurídica en el Estado, tal como se diera, inicialmente, en la praxis política del sistema judicial norteamericano. La teleología de esta especial y altísima jurisdicción (especial por su competencia y altísima por su finalidad de resguardar los valores políticos), llegaría a tener un alcance mayor.

En todo caso, la protección o resguardo de la Constitución, debe garantizar, mediante procedimientos jurisdiccionales, en tanto función específica asignada a un

órgano del Estado (poder judicial), la afirmación de los Derechos Humanos, individuales y colectivos, en tanto valores políticos y democráticos contenidos en el tejido normativo-institucional fundamental, por una parte y, por otra, el mantener la regularidad y control orgánico, para una armonización y adecuada función de los distintos poderes del Estado, en el ejercicio de las potestades públicas que les han sido conferidas, en el propio Texto Constitucional.

Hoy en día, referirse a la jurisdicción constitucional, significa un control de la constitución y de la fenomenología jurídico-política inmersa en ella, mucho más rico, variado y complejo. Hablar así, de justicia constitucional, implicaría relacionar todos los medios de defensa que se refieren a los problemas del funcionamiento de las competencias de los órganos del estado; de las alteraciones y violaciones flagrantes del ordenamiento fundamental; de la trasgresión o desconocimiento de los derechos humanos llamados garantías individuales en el sistema jurídico de todo Estado. Hay que precisar que el juicio de amparo, institución castiza, evocadora y legendaria, desarrollada en la historia de nuestro país, representa, no obstante de no ser el único instrumento de defensa a la Ley Mayor, el instituto más significativo y elevado del resguardo de la normativa constitucional en la jurisdicción constitucional mexicana. Es, por antonomasia, el instrumento protector de nuestra Ley Fundamental.

Es preciso destacar que el aspecto más relevante de la actual justicia constitucional, no es solamente el considerarla como guardián de la Constitución, aumentándole en este sentido, sus competencias. Es muy significativa la conversión de la justicia constitucional, en el vigilante encargado de hacer cumplir en las autoridades del Estado y los ciudadanos, los valores políticos que consagran las normas de la Constitución.

Desde el punto de vista legal hay que decir que las constituciones contemporáneas por lo general establecen en su articulado preceptos relativos a la dignidad e inviolabilidad humana, a los derechos naturales, a la justicia, a la igualdad, a las libertades, al pluralismo político, etc. Esta situación es un referente manifiesto del conjunto de valores que son fuente del desarrollo y concepción de los derechos

de mantener la legalidad o de abandonarla, manifiesta claramente que la propia legalidad mantenía un potencial ideológico.

Cuando se pierde el carácter de la generalidad de la ley, y se advierte la capacidad funcional o de eficacia de los textos constitucionales para resolver los graves problemas políticos y sociales, así como el apartamiento del Estado estructural en que la sociedad política estaba inmerso, se propició que, las cuestiones de legalidad, dejaran de presentarse en términos ideológicos y como cuestiones de legitimidad. Por ello, hay que enfatizar que, si en el período clásico de la democracia constitucional, la Constitución consagra al gobernante estableciendo límites y controles, en la democracia constitucional contemporánea, la preocupación principal será la conexión entre gobernante y gobernado. Por encima de la voluntad de la ley se colocará de esta forma la voluntad del pueblo. De esta manera, los problemas de legalidad perderán su condición de problemas ideológicos para convertirse en problemas técnicos o de conveniencia.

Todos estos antecedentes que presentan un panorama desalentador y teniendo presente el concepto de constitución clásico en una crisis es cuando la llamada justicia o jurisdicción constitucional comienza a desarrollarse y a formular sus más trascendentales mecanismos de control en el estado moderno.

De esta suerte emerge la interrogante siguiente ¿Qué sentido tiene introducir instrumentos de defensa o de protección del orden constitucional cuando la constitución no ha sido eficaz y ha perdido su prestigio y razón de ser?

No obstante esta pregunta, hay que tener presente que si bien es cierto que el orden constitucional en que descansaba el estado liberal se había derrumbado por la incapacidad de regular el proceso político democrático, lo que quedaba firme y vigente eran los valores que dicho orden pretendía realizar. Las concepciones de libertad, igualdad y fraternidad son un referente esencial del movimiento constitucional euro-atlántico; la democracia, la justicia y la dignidad del hombre siguen estando presentes en el espíritu humano. A pesar de que los textos constitucionales no han sido capaces

fundamentales y, constituyen a su vez, un punto de arranque de los principios inspiradores del orden político. Esta situación la explica con meridiana claridad el tratadista Herbert Krüger: “Antes los derechos fundamentales solo valían en el ámbito de la ley, hoy, las leyes solo valen en el ámbito de los derechos humanos”.

Por su parte la doctrina, a su vez, es significativa en el abandono respecto al viejo positivismo legalista. El dogma de la omnipotencia de la ley se ve sustituido por la apelación al derecho, “Se trata de un retorno de la idea de la ley como previa al derecho, a la del derecho como previo a la ley”. Podemos afirmar que en la actualidad constituye un imperativo para el juez constitucional que existe un orden fundamental de valores (axiología de la Constitución), que, en mi concepto, ni el propio poder revisor puede alterar y, conforme al cual, debe, en los casos oportunos, razonar sus sentencias. En dicho orden también caben los principios tales como la democracia, la forma de Estado y el sistema de gobierno de un país, el régimen político, entre otros.

También es preciso advertir que la desmesurada ampliación de facultades de la jurisdicción constitucional y la trascendencia que en el ámbito político pueden influir sus resoluciones, puede generar recelos y críticas a este guardián de la Constitución. Una primera crítica sería que dentro de la organización estructural del Estado Constitucional, al incrementarse de manera importante el poder y la actividad judicial, conllevaría el correlativo detrimento y proporcional disminución y acotamiento del despliegue de funciones del poder legislativo y del poder ejecutivo (pensemos en la inconstitucionalidad de las leyes que decreten los jueces tienen efectos generales, operando como un legislador negativo). Los tiempos que corren son los tiempos del Estado judicial o, como se suele decir de la judicialización de la política en una actividad que había sido soslayada frente al Estado presidencialista y frente al Estado legislativo parlamentario. El maestro Fix Zamudio ha puesto de relieve esta situación, aduciendo que: “La fuerza del cuerpo judicial como órgano supremo de justicia constitucional no descansa como es ostensible, en medios de carácter material, de los cuales carece, sino en su prestigio moral y en su estricta imparcialidad”.

encuentra aprisionada en una esfera dinámica e irracional, el derecho encuentra su estructura esencial fundamental en un ente racional y estático.

Por ello se puede advertir la incidencia de lo político sobre lo jurídico, adquiriendo mayor relevancia, dentro de la justicia constitucional, en el ejercicio de su más alta y sublime función, a la hora de tomar en cuenta algunas de las normas que han de servirle de fundamento para emitir sus resoluciones. La incorporación en los ordenamientos constitucionales de fórmulas o conceptos como “dignidad del hombre”, “libertad”, “igualdad”, “pluralismo político” y una serie de principios que definen el régimen político de un Estado, exigen del juzgador, una definición previa de lo que debe entenderse y cuál es su alcance y significado de todos estos conceptos. Y es obvio que, esa conceptualización y concreción, más que jurídica, es una definición política.

Para terminar esta breve exposición, quiero volver al inicio de mi argumentación, aduciendo que más que establecer una serie de definiciones de carácter dogmático y despejar las dudas sobre la problemática aquí planteada, quien escribe estas líneas, ha tenido la intención académica de plantear los problemas y, a su vez, sembrar las inquietudes.

Hemos sostenido que la justicia constitucional se decanta como un trascendente reto histórico ante los periodos de crisis constitucional durante el devenir histórico de la cultura política euro-atlántica y cuyos inicios arrancan del Estado liberal burgués de derecho.

Con el establecimiento de la justicia constitucional, la añeja estructura del Estado liberal de derecho sufre otra de sus conmociones fundamentales. La función del poder judicial ha dejado de ser, como en la época del gran teórico de la moderación, Montesquieu, “la boca que pronuncia las palabras de la ley”, es decir, un poder “en cierta forma nulo”, para pasar a convertirse en la altísima y responsable función del Estado, de sujetar, en un universo de operadores políticos, caótico y dispar, en la última instancia en que sea depositado, desde el punto de vista técnico-jurídico, la racionalización de la convivencia a través del respeto y aplicación de la Constitución.

De esta forma, defender la Constitución no supone solamente el resguardo de la estructura y la forma de la organización institucional en que, históricamente, cristalizó el llamado Estado liberal de derecho. Defender la Constitución, va más allá de esta concepción organicista y hay que entenderla – si queremos hacer operativa y eficaz nuestra Ley Fundamental- como una defensa, una protección de los valores que desde sus inicios inspiraron al movimiento constitucionalista. Es éste el sentido en que la justicia constitucional cobra su auténtico y real cometido, al que la historia le ha llamado a desempeñar: considerarla como una instancia, acaso definitiva, en las posibilidades de profundizar, decantar y hacer más viables la democracia y la libertad. Por eso, no le falta razón a Jellinek al afirmar que: “Cuando la Constitución es vulnerada o falseada, todas las medidas que se establezcan en su defensa, están destinadas a no ser puestas nunca en práctica”.

Sólo tiene sentido hablar de justicia constitucional en aquellos Estados en donde la Constitución no solamente es un texto escrito, es ante todo una vivencia colectiva, un consenso jurídico, político y social vivo, reflejo de la idiosincrasia y cultura de un pueblo, puesto que, las contradicciones e incoherencias de la Ley Fundamental, que en su dimensión se presentan, tienen una solución por la existencia de la Constitución material.

Ahora el problema estribaría en despejar el siguiente interrogante: ¿Quién custodia al custodiador? Esta cuestión no puede ser contestada en términos absolutos y, daría, desde luego, para ser tratado científica y reposadamente, en otro estudio. En principio, si el Estado Constitucional cimienta su estructura en el principio político democrático en el cual, al pueblo en ejercicio de su soberanía le corresponde el inexorable derecho de organizar su forma de convivencia política es, precisamente en esa misma voluntad donde todo el edificio constitucional deposita su último eslabón de garantías y, en la medida que el pueblo esté satisfecho en su conciencia de los fallos de su autoridad judicial, por considerarlos justos, se podrá hablar de una *justicia constitucional auténtica*, por llamarla de alguna forma. Para terminar este estudio, mas no lo que conlleva teóricamente su problemática, lo que en definitiva subyace es el silogismo de la resolución del juez Jackson, Ministro de la Corte de Estados Unidos de América, cuando manifestó que: “Somos infalibles porque decimos la última palabra, mas no porque digamos la última palabra somos infalibles”.

El aumento de las facultades y funciones del poder judicial, en este caso como actividad jurisdiccional constitucional, podría implicar una disminución en las atribuciones de los otros dos poderes del Estado; sin embargo, hay que reconocer que el propio poder judicial, históricamente, se ha visto sensiblemente disminuido en sus atribuciones con relación a sus pares. Aumentar ahora su injerencia, más que generar un desequilibrio, implicaría, una compensación sin la intención de establecer ningún tipo de preeminencia.

Hay que convenir con Loewenstein que, la teoría de la división de poderes esta envejecida y anquilosada. Pero ello no es culpa del despliegue y del auge que en estos momentos vive la actividad de la justicia constitucional sino, a otros factores, algunos internos, como el desarrollo del poder ejecutivo en el moderno Estado administrador y la vertiginosa manifestación del fenómeno de la partidocracia y, en su parte externa, por el fenómeno de la globalización y los nuevos factores económicos transnacionales como factores reales de poder que, imponen su voluntad a las autoridades de los Estados, evadiendo después las responsabilidades en que incurrieren, inclusive, de los controles democráticos y constitucionales de los propios Estados.

VI.- CONCLUSIONES.

Antes de concluir este breve trabajo y, llegados a este punto, es menester enfatizar que, las cuestiones sometidas a la jurisdicción constitucional son, con mucha frecuencia de carácter político y con repercusiones políticas importantes. No se trata de conjugar las siguientes afirmaciones: “judicialización de la política” o por el contrario de una “politización de la justicia”. El constante conflicto entre lo político y lo jurídico, entre existencialidad y normatividad, entre naturaleza y noción ética, se traduciría, en la constante a resolver por la justicia constitucional en el despliegue de sus funciones más modernas. Salvar esa contradicción, significaría la más alta y sublime función para aspirar al valor supremo de la justicia como quintaesencia del quehacer del guardián de la Constitución. El dilema a resolver sería sortear lo mejor posible este permanente antagonismo en el que se debe explicar que, mientras la política se

FUENTES DE CONSULTA

BURGOA ORIHUELA, Ignacio. *Derecho Constitucional Mexicano*. Ed. Porrúa, México, 1973.

DE VEGA, Pedro. *Estudios Político-Constitucionales*, ed. IIJ de la UNAM, México, 1980.

FIX ZAMUDIO, Héctor y Valencia Carmona, Salvador. *Derecho Constitucional Mexicano y Comparado*, Ed. Porrúa, México, 1999.

PERALTA, Ramón. *La Constitución como Sistema de Libertad*. ed. Actas, Madrid, 2008.

SCHMITT, Carl. *La Defensa de la Constitución*. ed. Tecnos, Madrid, 1983.

