



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

Con Reconocimiento de Validez Oficial ante la Secretaría de Educación Pública, bajo acuerdo

número 985162 de fecha 17 de agosto de 1998.

La insuficiencia de las Garantías de los Derechos

Humanos

Tesis que para obtener el grado de

Doctor en Derecho

Sustenta el

Mtro. José Luis Béjar Fonseca

Director de la Tesis

Dr. Guillermo Antonio Tenorio Cueto

Índice

Introducción	3
 Capítulo I. Los Derechos Humanos y su conflicto actual	 31
I.1 Los Derechos Humanos	31
I.1.1 La Comunidad Europea	33
I.1.2 Estados Unidos de Norteamérica	38
I.1.3 México	42
I.2 El conflicto actual de los Derechos Humanos	51
I.2.1 Los obstáculos interpretativos	52
I.2.2 La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, ¿una reforma insuficiente?	56
I.2.2.1 Ejemplos de la insuficiencia de la reforma	65
I.2.2.2 Contradicciones sistémicas evidentes	75
I.2.2.3 El Reto del Derecho Procesal Constitucional	83
I.2.2.4 Soluciones entre el Derecho Procesal Constitucional y la ética	88
I.2.3 Corolario	97
 Capítulo II. La Supremacía Constitucional indisponible	 99
II.1 Sobre la jerarquía normativa	100
II.2 Sobre las garantías constitucionales y los derechos humanos	109
II.3 Sobre el constitucionalismo comparado: Estados Unidos de Norteamérica y México	118
II.4 Sobre el Derecho Procesal Constitucional	127

Capítulo III. El Derecho Mexicano y el control de convencionalidad en materia de Derechos Humanos.	138
III.1 La situación de los Derechos Humanos antes de la reforma de 2011	138
III.2 El consenso sobre los Derechos Humanos	154
III.3 El estatus de los Derechos Humanos posterior a la reforma de 2011	163
 Capítulo IV. Interpretación, Argumentación y aplicación de la Ley en materia de Derechos Humanos	 192
 Conclusiones	 246
 Epílogo	 249
 Fuentes	 255

Introducción

Si atendemos a Baumgartner de acuerdo con la tradición europea de la filosofía del Estado, se han formado esencialmente tres tipos diversos de éste último:

“1) la concepción holística y teleológica, vinculada con los nombres de Aristóteles y Tomás de Aquino, de una sociedad perfecta y completa que confiere plenitud a las personas en su esencia; 2) la concepción crítica del Estado surgida de la Ilustración a través del Idealismo de, por ejemplo, Schelling de un Estado de la razón, necesario, meramente mecanicista que, en tanto societas defecta, deberá ser superado por la perfección ética de las personas; 3) la concepción del Estado de derecho con división de poderes, basado en el principio de la autolimitación legal de la libertad y, con ello, en la separación del Estado y sociedad que, en tanto, societas imperfecta e incompleta, es la condición necesaria del libre autodesarrollo cultural de sus miembros[...]”¹

La diversidad de sujetos que integran las sociedades desiguales, que dan vida a la creación de estados cuya cultura, tradición, lenguaje, sistema de gobierno y normatividad son, en la mayoría de las ocasiones, dispares entre sí y generadoras en consecuencia, de severos conflictos entre ellas, sin que esto debiera estimarse como la afirmación de que los seres humanos que habitan cada una de las naciones se encuentren perfectamente identificados y unidos en la búsqueda de las

¹ Cfr. Baumgartner, Hans Michael, “Libertad y dignidad humana como fines del estado” en *Panorama de la Filosofía Política (Contribuciones alemanas)* (Höffe, Otfried e Isensee, Josef (Comps.)). Konrad Adenauer Stiftung, s/f., pp. 19 y ss.

soluciones a las complejas y diversas problemáticas derivadas de la convivencia social, sino absolutamente todo lo contrario.

Así el Estado como institución se enfrenta a una dualidad problemática de enorme magnitud: una, ya de suyo compleja, que consiste en el ejercicio cotidiano para realizar las tareas eficaz y eficientemente que permitan resolver las difíciles aristas de la convivencia humana interna, al tiempo que, se realicen los esfuerzos necesarios, pero la mayoría de las veces insuficientes para lograr que se garanticen por una parte, el ejercicio de las funciones del Estado, a pesar de las limitaciones de sus atribuciones, como consecuencia directa del ejercicio del derecho de libertad ejercido por el pueblo al decidir su forma de gobierno, las facultades de que dotaban a los órganos del ejercicio del servicio público, y por otra parte, igualmente complicada, que consiste en armonizar sus actividades para equilibrar la relación con otros países inmersos, como ya ocurre, en un sistema de globalización que empuja consistentemente hacia regímenes supranacionales, no solamente jurídicos sino económicos, políticos y sociales.

Si de nuestro país se trata, debemos establecer como punto de inicio que, después de trescientos años de dominación española, al constituirse como independiente, ha transitado por diversas y variadas formas de gobierno. No es el propósito de este trabajo de investigación ahondar en el entramado tejido a través de los doscientos años de ejercicio independiente, y solo para ilustrar nuestro punto de partida habremos de señalar que del Imperio confiado a Agustín de Iturbide, mediante la constitución de un régimen monárquico constitucional representativo y

hereditario según lo dispone el Reglamento Provisional Político Mexicano² que no fructificó por las razones registradas en la historia, para dar paso a la Constituciones de 1824, las siete leyes constitucionales 1835-1836, bajo el aciago régimen presidencial de Antonio López de Santa Anna; la de 1857, en plena época de la reforma, hasta la generada por el Congreso Constituyente de Querétaro 1916-1917, aún en vigor no obstante más de 600 mutaciones³ en menos de un siglo de vida jurídica, producto no necesariamente de la evolución de una sociedad dinámica sino, definitivamente, a la imposición metajurídica de los sucesivos Jefes del Poder Ejecutivo que controlaban al Congreso Constituyente, al Congreso de la Unión, al propio Poder Judicial, y hasta imponían Gobernadores en las Entidades Federativas, hasta 1997 en que la situación cambió por la conformación distinta de las fuerzas políticas nacionales.

El historial constitucional del territorio mexicano refleja en gran medida la adopción con muy superficiales ajustes de los fundamentos rectores del constitucionalismo francés, por una parte y de la constitución americana, la primera en su especie. Expresado en otro giro: con estos fundamentos se implementó el sistema positivista creado por Auguste Comte, y perfeccionado a través de la “Teoría pura del Derecho”⁴ por el nacido bajo el imperio austro-húngaro Hans Kelsen, que genera con una extraordinaria coherencia y congruencia a través de los muchos años que dedico a escribir sobre esta disciplina jurídica, una concepción con relación

² Cfr., artículo 5° del reglamento citado, de fecha 23 de febrero de 1823, que además desde su artículo 1° declara abolida la constitución española en toda la extensión del imperio mexicano.

³ Cfr. Covarrubias Dueñas, José de Jesús, *Historia de la Constitución Política de México (Siglos XX y XXI)*, México, Editorial Porrúa, 2ª edición, 2010, que contiene una reseña pormenorizada de cada una de las mutaciones sufridas por la Constitución generada por la Asamblea General Constituyente de Querétaro

⁴ Kunz, Joseph L., en *Problemas Capitales de la Teoría Jurídica del Estado (desarrollados con base en la doctrina de la proposición jurídica)*, México, Ed. Porrúa, 1987, p. XV, expresa que en realidad el título completo de la obra es el que se indica en esta nota.

al derecho como un sistema de normas, con una enorme pureza metódica sin perjuicio de su contenido a condición de que posea la forma de la norma jurídica, cuya interpretación jurídica “pertenece también al método del conocimiento jurídico, que es a su vez, un problema de la teoría general del derecho”⁵. Pero además de proveer con sus ideas la decisión mayoritaria de los países de occidente, Kelsen defiende sistemáticamente hasta los últimos días de su existencia su conceptualización de la pureza del derecho. Todavía ratifica su convicción de que la ciencia del derecho no enuncia la manera en que los hombres se comportan de hecho, sino la manera en que deben comportarse de acuerdo con un determinado ordenamiento jurídico nacional o internacional. Es decir, citamos *“si se comete un delito (unrecht) debe producirse una consecuencia del delito (unrechtsfolge) (sanción). La consecuencia del delito no es producida por el delito de la misma manera que la dilatación del metal por el calor, sino que la consecuencia del delito es imputada al delito”*⁶

No pasa desapercibido el lenguaje positivista normativo del derecho mexicano, recientemente abandonado pero solamente en el marco esencial constitucional⁷ Es decir, estamos hablando de que si bien es verdad que nuestra Carta Magna ha sido objeto de una muy trascendente y profunda mutación, al grado de generar un cambio en el Paradigma Jurídico del pasado, en cuanto desecha por arcaicas, insuficientes e ineficaces las denominadas “garantías individuales”, para establecer un régimen sobre la base del reconocimiento de los derechos humanos,

⁵ Cfr. Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, 11ª reimpresión ., Fontamara, México, 2006. P. 24

⁶ *Ibidem*, p. 11

⁷ Existe una reforma constitucional en materia del juicio de amparo, pero hasta la elaboración de esta nota, Agosto del 2012, la minuta aprobada por el Senado se encuentra en Poder de la Cámara de Diputados, que está en receso

que teóricamente deberían estar dotados de garantías, que es, desde nuestro punto de vista, una tarea por realizar. Es pues, una “nueva Constitución”, aunque no en el sentido formal, la que debe interpretarse y aplicar sus garantías, en muy buena medida con “leyes viejas”. Tenemos una Ley Suprema que divide los poderes, otorga atribuciones, contiene las limitaciones al ejercicio del poder público y reconoce los derechos humanos y libertades fundamentales. Pero sentimos que falta algo: la seguridad, la garantía de que nos rige un “Estado Constitucional”. Hay avances, ciertamente, pero hay que revisar acuciosamente el Procesal Constitucional, la integración del derecho convencional al interno como resultado del “*pacta sunt servanda*”, una sensible depuración legislativa y la creación de la figura del Juzgador bajo otra óptica, menos rígida confiando más en su prudencia.

Queda lejos ya, el “Estado de derecho” resultado del triunfo de los franceses en contra de su absolutismo monárquico y como mecanismos generadores del incipiente constitucionalismo, por una parte la Constitución de los Estados Unidos de América y por la Declaración Universal de los Derechos del Hombre producto de la revuelta que entronizó a Napoleón Bonaparte. Sobre todo esa declaración en su artículo 16 inspiró que mediante la implementación del régimen denominado orgánico o estructural se determinara la forma de gobierno, con la división de poderes, las atribuciones de a cada uno de ellos corresponden y de manera determinante las limitaciones del ejercicio del poder público, así como el que se garantizaran aquellos derechos proclamados.

Sobre este último particular, si atendemos las ideas de Cossío⁸ una vez que analizó los debates del Congreso Constituyente de Querétaro encuentra dos tipos de idea confrontadas entre sí, porque constituye el enfrentamiento de posiciones teóricas. Una, dice, se limitaba a una posición puramente negativa de restricción en cuanto al ejercicio de las facultades de los órganos del estado y a su intervención respecto a los individuos y otra postura que, sin desconocer necesariamente la relevancia del orden liberal, consideraba que el orden jurídico debía contener una serie de contenidos (sic) normativos que permitiera limitar ciertas acciones de los individuos, a fin de garantizarles a otros individuos determinadas condiciones de vida.

Con base en estas premisas el señor Ministro de la Suprema Corte, se pregunta cual de aquellas dos posturas sería la indicada por la mayor relevancia que revelan para los fines de la elaboración de la Constitución. En cuanto al grupo liberal, la Constitución tenía como principal objetivo plasmar la *naturaleza de las cosas*, lo cual se expresaba en el carácter innato y preexistente de los derechos del hombre. Aceptar este criterio, dice Cossío, es conducir al país a la dictadura. El otro aspecto, como plasmación, como registro de ese modelo estatal, no podía sino recoger la naturaleza del Estado que la propiciaba y hacer acordes sus normas con tal modelo. La Constitución en esta concepción, no tenía que ser considerada norma jurídica, pues la misma era la expresión de un estado de cosas dado de antemano.⁹

⁸ Cossío, José Ramón. *Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario*. México. Fontamara. 2ª. Reimpresión 2005. Pp. 26 y ss.

⁹ En justicia, esta clasificación de corrientes la advierte José Ramón Cossío en función de la propuesta de Venustiano Carranza de mejorar el amparo y la precisión de las garantías a fin de proteger a los individuos de los abusos de la autoridad.

Adicionalmente al aspecto de organización del Estado que claramente surge de la voluntad del pueblo en ejercicio del sentido amplio del concepto de su libertad, otorgarle sus facultades y limitar sus atribuciones, se adopta con el criterio sustentado, como ya se dijo, en el artículo 16 de la Declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano de 1789¹⁰, y de allí se origina el otro gran aspecto constitucional: el de las garantías individuales, nacidas en nuestro país en la Carta Magna de 1857 y que ofrece también el primer bosquejo de la forma jurídica de reclamar el apego de la autoridad a las mismas previniendo su limitación, conculcación o violación en cualquier grado y circunstancia.

La Constitución de 1917 en su génesis, adiciona a las garantías individuales, para sorpresa universal un nuevo tipo de garantismo que es el denominado social, al convertirse en la primera Carta Magna que las protege. Evidentemente que nos referimos a las de educación, regulación de la relación de los trabajadores con sus empleadores, mediante una serie de derechos garantizados para los primeros y el régimen de propiedad, que como resultado de la revolución y por acuerdo de la convención de Aguascalientes, se eleva a rango constitución la legitimidad de los latifundios, los que serían expropiados para llevar a cabo la reforma agraria consistente en repartir los suelos agrícolas y ganaderos a los campesinos marginados hasta entonces, dando lugar a la denominada propiedad social, que consistía básicamente en la formación de unidades de personas concentradas a través de una organización determinada sobre suelos propiedad de la nación pero entregados para su aprovechamiento denominados ejidos y el reconocimiento de los

¹⁰ El artículo 16, a la letra dice: *“Toda sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni determinada la separación de poderes, no tiene constitución”*

títulos virreinales otorgados desde la época de la colonia a las comunidades indígenas del país.

Cossío afirma¹¹ que la posición paradigmática de la constitución ha dejado de ser relevante en la actualidad, pero no como consecuencia de una “revolución científica” que implique la sustitución del viejo paradigma por uno más nuevo, sino que, sencillamente por “la desaparición de las condiciones de dominación política imperantes en el país en los últimos setenta años”¹².

La posición asumida por el autor mencionado no la compartimos. Si bien es cierto que durante el lapso que señala nuestro país transitó por un régimen hegemónico que rompió con el equilibrio constitucional de los poderes públicos, ubicado desde una posición de enorme relevancia ¹³, el cual manejaba a su antojo los destinos del país y todas las decisiones, constitucionales o metaconstitucionales, se consideraban una atribución natural como parte del ejercicio del poder, básicamente por ausencia de fuerza políticas que lo contrarrestaran los excesos.

Pero el paradigma jurídico mexicano, desde su nacimiento hasta nuestros días se ubica, incuestionablemente en el positivismo normativo decimonónico. Y éste, ha quedado rebasado y con ello, se ha afectado gravemente a los operadores jurídicos. En este apartado solo habremos de enunciarlos, porque de manera especial nos referiremos a cada uno de estos problemas en apartados que hemos destinado para este objeto en los que habremos de intentar su análisis científico.

¹¹ *Op. Cit.* p.10

¹² *Ibidem.*

¹³ Tanto que Mario Vargas Llosa, en célebre frase, la calificó de dictadura perfecta

El inicio de una nueva etapa jurídica universal se genera propiamente al término de la segunda guerra mundial, precisamente en el Juicio de Nuremberg que una Corte siguió en contra de los nazis., y años después, en el caso conocido como de “los Guardianes del Muro de Berlín”, ante la defensa sistemática del obedecer a un mandato de la superioridad y por tanto actuar en el cumplimiento de un deber que trajo como consecuencia el homicidio de aproximadamente novecientas personas que durante la época de la llamada “Cortina de Hierro” pretendieron burlar el citado muro, por vez primera se dejó de lado la normatividad y la interpretación exegética de la Ley, para dar curso a una nueva determinación que sustentada en la creatividad del filosofo del derecho Gustav Radbruch en el sentido de establecer un contenido a la normatividad que no fuera diferente de la búsqueda de lo recto o de lo justo. Así, se establece que:

“El derecho es un fenómeno cultural, es decir, un hecho relacionado a un valor. El concepto del Derecho sólo puede determinarse como conjunto de datos, cuyo sentido estriba en la realización de la idea del derecho. El derecho puede ser injusto (summun ius – summa iniuria), pero es derecho en tanto su sentido es ser justo.”¹⁴

De esta afirmación se desprenden severas divergencias con el sistema decimonónico que fue marginado en el juicio referido al considerarse que la injusticia extrema no es derecho, sustentada en los principios del autor referido.

¹⁴ Radbruch Gustav, *Filosofía del Derecho*, Traducción J. Medina Echevarría. 4ª ed, Estudio preliminar de José Luis Monereo Pérez, ed. Comares, S. L., Granada, 1999, p, 5

Rodolfo Luis Vigo¹⁵ establece que para Radbruch el derecho es aquella idea que procura servir a la “idea” del derecho, y ésta medular y jurídicamente consiste en la “justicia” pero que mas allá de la forma, se requiere otro elemento que es el fin, es decir que los bienes de la ética proporciona para dotar de contenido al derecho. Y revela que, citando a Radbruch, frente a la

*“[...] imposibilidad de definir el derecho justo, hay que conformarse, por lo menos, con estatuirlo por medio de un poder que tenga, además, la fuerza necesaria para imponer lo estatuido. No es otra la justificación del derecho positivo, pues la exigencia de la seguridad jurídica (rechtssicherheit) sólo puede ser cumplida mediante la positividad del derecho”.*¹⁶

Para afrontar estas dificultades, Europa abrazó un nuevo concepto. El de derechos fundamentales, del que habremos de ocuparnos en el apartado especial que hemos dedicado a este tema de tan singular trascendencia.

También, a partir de 1948, podemos considerar la visión de esta parte del mundo, la de América, cuando desde su sede en Nueva York, se entregó al mundo la declaración universal de los derechos humanos por la Asamblea General Organización de Naciones Unidas¹⁷.

¹⁵ Vigo, Rodolfo L., Coord., *“La injusticia extrema no es derecho, De Radbruch a Alexy”*. México, Distribuciones Fontamara, 1ª ed corregida, 2008, p. 33 y ss.

¹⁶ Radbruch Gustav, *Introducción a la filosofía*, p 47

¹⁷ Cfr. Acta de adopción de la declaración universal de los Derechos Humanos. Resolución de la Asamblea General de la ONU número 217 A (III) de 10 de diciembre del año señalado.

Previamente en Bogotá se generó la Declaración Americana de los Derechos y deberes del hombre¹⁸ que aunque no se mencionan como “derechos humanos”, con posterioridad, se incorpora el concepto de acuerdo con el Estatuto de la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos¹⁹.

Las citas anteriores constituyen el antecedente del denominado Pacto de San José, que adoptó la Convención Americana sobre Derechos Humanos²⁰.

A nivel local, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación (DOF) de fecha 9 de enero de 1981, la Cámara de Senadores del Congreso de la Unión aprobó la citada convención. Y por acuerdo publicado el 7 de mayo del mismo año en la propia gaceta oficial, el Titular del Poder Ejecutivo, publica algunas declaraciones interpretativas y reservas respecto de la citada convención, básicamente tratándose en la protección de la vida desde la concepción por considerar que esta materia pertenece al dominio reservado a los estados; lo relacionado con la práctica del culto religioso que deberá celebrarse precisamente dentro de los templos y la reserva relacionada a lo dispuesto por el artículo 23 de la convención de mérito, ya que la Constitución mexicana prohíbe a los ministros de los cultos religiosos el voto.

El DOF, en el 2 de enero de 1992 contiene la publicación de la Ley sobre la celebración de Tratados, que expresado marginalmente, no tiene ninguna razón de ser simplemente por innecesaria, habida cuenta que la Constitución regula con

¹⁸ Cfr. Conferencia Internacional Americana, Bogotá Colombia de fecha 2 de mayo de 1948.

¹⁹ Ver resolución número 447 adoptada por la Asamblea General de la OEA en su noveno periodo ordinario de sesiones, celebrado en La Paz Bolivia en octubre de 1979.

²⁰ Celebrado en Costa Rica con fecha 22 de noviembre de 1969

precisión los requisitos a que deberán sujetarse los mismos. Sin embargo, revela uno de los grandes defectos del sistema jurídico mexicano caracterizado por un excesivo marco normativo que contribuye en gran medida a la generación de problemas.

En nuestro criterio, el choque del paradigma positivista kelseniano con la realidad de la posmodernidad provocó un severo conflicto cuya solución se ha soslayado mediante el mecanismo de sostener incólume, desde la forma en que el Derecho Procesal Constitucional fue adoptado por el sistema jurídico mexicano, el paradigma decimonónico incurriendo en una equivocación todavía más grave, cuando se viola el principio de la supremacía constitucional, que si bien está configurada bajo el sistema positivista derivada del artículo 16 de la declaración universal de los derechos del hombre y del ciudadano es factible, como ahora se pretende acreditar, dejar atrás el superado sistema jurídico e ingresar a uno nuevo con perspectivas halagüeñas en beneficio del conglomerado social en la búsqueda no solamente del derecho sino de los ideales de justicia.

Ahora bien, si examinamos la reforma del 10 de junio de 2011 que no solamente elimina del contexto constitucional la expresión garantías individuales y lo sustituye por el de Derechos Humanos y sus garantías, con toda la trascendencia y profundidad que representa esta actividad específica del Constituyente Permanente, que si sumamos los derechos humanos contenidos en el contexto constitucional y las leyes internas mas el contenido derivado de los tratados internacionales suscritos y ratificados en forma para su validez, tendríamos un contexto de derechos humanos ampliado y que satisface bajo cualquiera visión las

necesidades de un país para transitar hacia el derecho que se requiere en pleno siglo XXI, cuando las circunstancias de las diversas naciones han cambiado radicalmente.

Es verdad que han quedado muy rezagadas las monarquías absolutistas, para dar paso a la misma figura pero con tintes marcadamente democráticos, como ocurre en España, Finlandia, Dinamarca, Holanda y otros países de la Europa Occidental; en otros Estados se han adoptado figuras de Estado en el que la democracia es el valor que regula fundamentalmente su conformación política.

Y no es menor la razón, sobre todo si consideramos que como lo establecía Aristóteles bajo la denominación de *topoi* es decir situaciones indiscutidas, debemos aceptar que la modernidad, al menos la occidental, reconoce como pilares base de la ética política actual a dos aspectos fundamentales, la democracia como la única forma de gobierno legítima y los derechos humanos como criterios fundamentales para la valoración de la conducta política²¹

Y de la mano de Massini Correas²² tendríamos que formularnos una pregunta fundamental:

“¿Hay derechos que pertenezcan al hombre sin excepción, sin que puedan hacerse prevalecer en su contra consideraciones de utilidad general? La respuesta de Finnis es afirmativa y se vincula directamente con su reconocimiento de ciertos requerimientos básicos de

²¹ Cfr. Massini Correas, Carlos I, *Los derechos humanos en el pensamiento actual*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2º. Ed. 1994, p. 13

²² *Ibidem*, p. 155;

*razonabilidad práctica, vinculados los valores humanos básicos, y que son el fundamento de aquellos derechos*²³

Luego entonces, el problema que pretendemos analizar y a partir de ahí, proponer algunas fórmulas jurídicas factibles que a nuestro entender debieran contribuir a resolver el dilema mencionado. Por todo lo anterior, los puntos torales de este trabajo de investigación se cimbran en las siguientes cuestiones:

- a) La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos²⁴, al establecer que: *“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma...”*, Como se colige del texto transcrito se evidencia la supeditación de los tratados celebrados y que celebre el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, ratificados por el Senado, habrán de constituir la ley suprema de toda la Unión siempre y cuando se cumpla una condición *sine qua non*, esto es, que estén acordes con la Ley Fundamental; el texto como se transcribe, en la única interpretación que el texto permite que todas las autoridades, sin excepción alguna, promuevan, respeten y hagan respetar, protejan y garanticen el irrestricto ejercicio de los derechos humanos.
- b) En igualdad de circunstancias, el Constituyente Permanente²⁵ decidió que el Congreso de la Unión y las Legislaturas de las Entidades Federativas, en el ámbito de sus respectivas competencias, la creación de los

²³ Finnis, John, “The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory”, en *Notre Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol I, Notre Dame-Indiana, 1984, pp. 115-137.

²⁴ Cfr artículo 133 de la Carta Magna

²⁵ Cfr artículo 122 apartado B de la Constitución Federal

Organismos que se encargarían de la protección de los derechos humanos “amparados por esta Constitución”. Así, se evidenciaba a la luz de la interpretación de la norma constitucional que empleaba el enunciado “garantía individual” en el mismo contexto que el que sería un derecho fundamental, es obvia la conclusión de la ausencia de derechos humanos que proteger.

- c) Con la adhesión a los Tratados Internacionales, de los que se dará cuenta puntualmente en el apartado especial correspondiente, y la vinculación del Estado Mexicano tanto a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos como al Comité de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, a partir de 1981 se generó un cambio sustancial en el derecho mexicano, compuesto ahora por el derecho interno y obviamente integrado el derecho internacional en el rubro que nos ocupa, como parte fundamental del mismo, pero que es notoriamente insuficientes en materia del derecho procesal constitucional.

El estado de cosas que se mencionan en los párrafos que anteceden, provocó el surgimiento de una serie de razonamientos y análisis que nos llevan a la conclusión de que, a pesar de las reformas en materia de derechos humanos persiste la ineficiencia y la ineficacia del derecho interno en materia de derechos humanos. Los problemas fundamentales que se evidenciaban de la situación en comento, se podían traducir en los siguientes problemas de forma y de fondo:

I.- Si las herramientas de las que puede echar mano el juzgador para resolver las cuestiones jurisdiccionales que le son sometidas a su actividad son las garantías de seguridad jurídica y debido proceso, que no tuvieron ninguna alteración en el texto constitucional, tendríamos problemas severos frente al derecho subsidiario internacional, por contradicciones evidentes con las mismas.

II.- De las obligaciones diversas adquiridas por el Estado Mexicano por virtud de la suscripción de los tratados internacionales en materias de derechos humanos, se desprende una fundamental: ajustar su derecho interno a las disposiciones internacionales y la obligatoriedad de sus determinaciones no solamente pronunciadas en contra del Estado Parte, sino aquella que se desprende de la aplicación forzosa de las jurisprudencias emitidas. En el derecho interno, incluido el constitucional, no se ha realizado este ejercicio legislativo de manera adecuada, y por tanto, existe la vulnerabilidad de nuestro derecho interno frente al *Ius cogens* referido.

III.- Imposibilidad para exigir al intérprete jurisdiccional el que realizara control de convencionalidad expresamente ordenado constitucionalmente²⁶, por la poca o nula importancia que se concedía a los “derechos humanos”, expresión ésta a la que no se le concedía valor, tal vez, por ser un argumento de grupos políticos y bandera de exigencias a las autoridades gubernamentales. Es decir, la judicialización de los derechos humanos era completa y absolutamente inexistente.

²⁶ Cfr. Art. 133 *in fine* de la Constitución Mexicana que expresa “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”

Sobre los anteriores señalamientos debemos incidir en el meollo de la cuestión que pretendemos plantear. *Ergo*, afirmamos que la reforma constitucional que incorpora los derechos humanos, los tratados internacionales en esta materia, el principio *prohomine* y la insistencia en la obligación de realizar un control de convencionalidad respecto del derecho interno con el externo mexicano, no están dotados de los mecanismos procesales en que se ha convertido el enunciado de garantías en el texto constitucional en comentario.

De cumplirse con la tarea inconclusa, se respetaría íntegramente la supremacía constitucional que ahora se encuentra vulnerada por determinaciones de instancias internacionales, como se dará cuenta en el capítulo respectivo, que ordenan mutaciones a nuestra Ley Fundamental; se lograría que el control de convencionalidad sea transitorio, y que los titulares de los derechos humanos accedan a las instancias internas en demanda de la garantía que permitan el total respeto, reconocimiento, protección y todo lo inherente con los mismos.

En esencia, previo estudio exhaustivo de las reformas que en materia de derechos humanos se han generado en el rango constitucional, se puede arribar a la conclusión que son lamentablemente insuficientes, porque si bien cubren todos los aspectos de fondo, es evidente que quedan asignaturas legislativas en el rango del Constituyente Permanente por realizar, adecuaciones al sistema procesal establecido no solamente en la propia Carta Magna sino tarea que adicionalmente deben realizar el Congreso de la Unión y las Legislaturas de los Estados para proveer en sus propias leyes los mecanismos procesales que permitan la amplia

defensa y protección de los derechos humanos, esto es, el cumplimiento cabal de sus garantías así sea mediante la derogación y abrogación de otros cuerpos normativos, y se traduzca en una reforma sustancial al nuevo sistema que nos conduzca a la obtención ilimitada de este objetivo.

Para lograr el propósito en comento, habremos de examinar los tres aspectos fundamentales en los que soportamos nuestras ideas:

- a) La supremacía constitucional;
- b) La integración de las disposiciones contenidas en los Tratados Internacionales y la Jurisprudencia de los órganos jurisdiccionales externos en materia de derechos humanos al derecho interno.
- c) La erradicación del positivismo decimonónico en el modelo de interpretación y aplicación de las Leyes.
- d) Un nuevo campo en el área del Derecho Constitucional procesal que nos permita simplificar significativamente los mecanismos ahora extensos, difíciles y en ocasiones creados para evitar un mayor número de asuntos a la consideración de las diversas autoridades. Expresado de otra manera: Si las garantías constitucionales son funcionales, accesibles y nada complejas, los procedimientos de las leyes ordinarias también estarían sujetas a la transformación radical de sus postulados, para establecer, en

su lugar, un método flexible que pueda ser alcanzado por cualquier persona que lo requiera.

El problema radica en la insuficiencia del derecho procesal constitucional, en la forma en qué fue adoptado por México, -y de otras leyes que contradicen la reforma- el cual debe ser corregido con la premura que la importancia del tema reclama.

Por tanto, para comprobar lo anterior, hemos dividido este trabajo en los siguientes cuatro apartados:

En el primero, defendemos la supremacía constitucional como resultado indiscutible del ejercicio de soberanía de una nación que en ejercicio de su legítimo derecho determinó constituirse en Estados Unidos Mexicanos, mediante la integración de las Entidades Federativas a través de un virtual Pacto que generó a través de la historia de México una serie de Instituciones Jurídico-políticas a partir de su independencia de la dominación española el 27 de Septiembre de 1921.

En estos 190 años de vida independiente, México ha atravesado por un efímero Imperio encabezado por Agustín de Iturbide; para luego convertirse en República primero federalista²⁷ de 1824 y luego Centralista bajo la égida del defenestrado Antonio López de Santa Ana, con las 7 leyes constitucionales de 1835-1836, las bases constitucionales de 1842-1843, la Constitución Federal de 1857 insertada en plena reforma del Estado y en la cruenta lucha contra la imposición del

²⁷ Nota del autor: El Decreto para la Liberación de la América Mexicana, conocido coloquialmente como la Constitución de Apatzingán, de 1814 no se considera aquí pues nunca entró en vigor, pero rescatamos el que de su texto se desprende el que sería después nuestro patronímico como Nación.

segundo imperio de Maximiliano de Apsburgo y finalmente la Carta Magna generada en Querétaro en 1917, y que actualmente se encuentra en vigor, con mas de seiscientas alteraciones constitucionales en menos de un siglo de vida jurídica.

Sostenemos que la Constitución, como Ley fundamental, es el nicho obligado de la soberanía, porque constituye la norma suprema y por ello, dotada de un rango y un poder superiores a todas las demás. Expresa Molas²⁸ que “ *Es necesario, por tanto, garantizar la supremacía constitucional e impedir la aplicación de las normas legales que no sean conformes con la Constitución, lo cual conlleva la organización de un procedimiento para determinar las leyes disconformes con la Constitución, es decir inválidas, a fin de que no sean aplicadas*”.

Esto significa que el único intérprete válido de la Constitución Mexicana, es la versión de Tribunal Constitucional en el que de facto y sin fundamento jurídico alguno se ha constituido la Suprema Corte de Justicia; y que, el único órgano institucional y legítimo para su reforma es el Congreso Constituyente Permanente.

Cualquier ingerencia exterior, así medie la firma de Tratados Internacionales en materia de derechos humanos -de los que necesariamente habremos de ocuparnos extensivamente-, o la vinculación del Gobierno de la República a las decisiones de Cortes o Comisiones relacionadas con la vigilancia del respeto irrestricto de los derechos humanos, afecta sensiblemente a nuestra soberanía, sin que esto pueda entenderse, interpretarse o asumir por nuestra parte una posición

²⁸ Molas Isidre, *Derecho Constitucional*, Madrid, Editorial Tecnos (Grupo Anaya, S. A.), reimpresión 2001, p. 227

de confrontación contra la aplicación, vigilancia, divulgación, promoción, respeto y ejercicio cabal de todos y cada uno de los derechos humanos.

Lo que queremos decir es que se puede lograr el propósito buscado sin desmedro del irrestricto respeto a la soberanía y por tanto la imperancia de la supremacía constitucional.

Porque la soberanía, como apunta Molas²⁹ se expresa tanto hacia el exterior como hacia el interior, esto es que “[...] *el poder exterior no está subordinado al de ninguna otra comunidad política. La soberanía de un Estado es el resultado de su independencia en el ámbito internacional [...]*” y agrega, cuando se refiere a las implicaciones interiores, que

“[...] El estado democrático se construyó bajo la idea de que sólo el pueblo en su conjunto expresaba la voluntad de la nación, y que la soberanía oligárquica, por ilustrada que fuere, era tan abominable como la soberanía monárquica [...] Desde que la soberanía popular se ha convertido en el más importante factor de legitimidad de los sistemas políticos y ha dado un contenido general y unívoco a la soberanía nacional, el poder constituyente ejercido por la comunidad se impone por un igual a gobernantes y a gobernados [...]”

No debemos claudicar a estos valores, y menos con el endeble argumento de que es una corriente jurídica internacional. Podemos y debemos cumplir con las

²⁹ *Ibidem*, pp 27- 28

obligaciones derivadas de las Convenciones internacionales sobre derechos humanos y a la vez salvaguardar la Soberanía Nacional traducida en el irrestricto respeto al principio de la supremacía constitucional.

A este aspecto dedicamos un estudio amplio que justifica ampliamente nuestra posición.

En segundo lugar, relacionado con el aspecto que hemos citado bajo el inciso b) en este propio apartado, es, en síntesis, una buena parte de la solución al problema a que se refiere el punto precedente. Es decir: Si todas las disposiciones del derecho mexicano externo –vía tratados internacionales- se integran al derecho interno, como además resulta obligado de los propios textos del Pacto de San José y del Pacto de Nueva York, generamos una modernización y actualización de las instituciones jurídicas nacionales en materia de derechos humanos, tanto para su legislación como disposiciones complementarias y sobre todo, para los aspectos gravemente desatendidos en materia de disposiciones legales que contravienen los derechos humanos y de los que habremos de ocuparnos con especial importancia.

No es de poca relevancia el llegar a la conclusión de que al incorporarse al derecho mexicano interno aquellas disposiciones que convencionalmente ya son vinculatorias al estado de derecho, habrá que hacer una exhaustiva revisión de una serie de cuerpos normativos que se apartan del nuevo paradigma jurídico en dos aspectos relevantes: uno porque resultan notoriamente antagónicos a la reforma constitucional que elimina el concepto de garantías individuales y crea el de

derechos humanos³⁰ con la obligación absoluta de promover, respetar, proteger y garantizarlos y esto solo puede lograrse a través de un nuevo orden jurídico nacional, que soporte adicionalmente el juicio de la Ética, antes proscrita en el sistema positivista decimonónico.

En la visión del Aquinate³¹: *“La piedra angular de la ética clásica es el fin último del hombre, pues según como sea el fin la razón práctica dictaminará acerca de la aptitud de las acciones para conseguirlo [...]”*

Cruz Prados³² nos indica que:

“[...] ha sido habitual distinguir dos modos fundamentales de concebir la ética: como ética de la virtud, y como ética del deber o de la ley. La primera es caracterizada con frecuencia como ética teleológica; una ética que consiste en determinar, primero, un fin o bien para el obre, para, seguidamente, definir como bien moral aquello que contribuya a la maximización de aquel fin o bien. La segunda suelo ser denominada ética deontológica, significando con ello que se trata de una ética que procede, en primer lugar, a establecer el deber, lo correcto moralmente, siendo el cumplimiento de esto –de lo moral- el camino válido para la posterior determinación del bien o fin del hombre.”

³⁰ Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011

³¹ Cfr. Aquino, Tomás de, *Summa Theologiae*, I-II, qq. 4-6

³² Cruz Prados, Alfredo *Ethos y Polis Bases para una reconstrucción de la filosofía política*; 2ª ed., Pamplona, Ediciones Universidad de Navarra, S. A., 2006, p. 147

Dice Rhonheimer³³ respecto de la formulación de los principios como normas que éstas, *“son criterios conforme a los que algo se debe hacer u omitir y reivindican para sí obligatoriedad (vigencia). Toda norma se refiere a una clase de acciones, a un tipo de acción: es, por su propia naturaleza, universal [...]”*

En consecuencia, es evidente que todo tipo de normas jurídicas debe atender al concepto de “ética de la responsabilidad”³⁴ que como la califica Spaemann, *“tiene la peculiaridad de que convierte un determinado fenómeno moral, social y jurídico – precisamente el de la responsabilidad- en un modelo con el que interpretamos en su totalidad nuestra orientación moral a la acción [...] la responsabilidad es siempre responsabilidad por algo y responsabilidad ante alguien [...]”*

La labor pues de integración al derecho interno de las disposiciones convencionales en materia de derechos humanos no debe ser, bajo ningún concepto, una tarea mecánica de ajustar las disposiciones de los Tratados Internacionales a nuestro derecho. Requiere un fuerte ejercicio de responsabilidad y de moral jurídica, que conlleve a la eliminación de todas las disposiciones que contravienen una vigorosa vigencia de los derechos humanos, circunstancia ésta que no se daba cuando imperaba el criterio de las garantías individuales caracterizadas mas por una afán del juzgador, apoyado por diversas normas, por reducir bajo cualquier pretexto el número de asuntos a tratar en sus tribunales o bien a incrementar las dificultades y obstáculos al particular para inhibir sus aspiraciones de resolver la problemática de sus derechos legales.

³³ Rhonheimer, Martin, *La perspectiva de la moral, Fundamentos de la Etica Filosófica*. Madrid. Ediciones Rialp, S. A.,

³⁴ Spaemann, Robert, *Limites acerca de la dimensión ética del actuar*. Madrid, Eiusa, 2001. P. 205

Pero en esta tarea, no debemos marginar los puntos de opinión de Laporta³⁵ en el sentido de que:

“Uno de los criterios tácitos que suele ser utilizado para poner de manifiesto el sentido de la evolución histórica y del perfeccionamiento de los sistemas jurídicos es la intensidad de su apelación a la ética [...] puede decirse que muchos de esos rasgos y de esas nociones son lisa y llanamente los derivados de una importación cada día mas creciente de material proveniente de la moral [...] En primer lugar se ha introducido en la textura de grandes sectores del sistema jurídico un enfoque ético que ha determinado una variación fundamental de su alcance [...] En segundo lugar, la importación se ha producido también mediante apelaciones directas a normas o principios de ética social o personal [...]”

Igualmente mencionamos la necesidad de erradicar el positivismo decimonónico en el modelo de interpretación y aplicación de las leyes. Lo que habremos de considerar en la amplia exposición contenida en este propio trabajo de investigación es demostrar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la relacionada con el juicio de amparo, son insuficientes para cumplir el objetivo que se propone.

³⁵ Laporta, Francisco, *Entre el Derecho y la Moral*, México, Fontamara, 3ª Reimp. 2007, pp. 60-61

En tercer lugar, Alexy³⁶ al hablar de la tutela de los derechos que el titular tiene frente al Estado para que lo proteja de intervenciones de terceros, expresa lo siguiente:

"No menos variadas son las formas de protección. La protección puede darse a través de normas de Derecho penal, de normas de Derecho procesal, de acciones administrativas y a través de la coacción física. Si bien este tipo de derechos suelen ser derechos constitucionales de los particulares frente al estado, nada impide que existan derechos de protección entre particulares [...]"

Complementando lo anterior, Cruz Parceró³⁷ anota:

"Hablar de "derechos humanos", por ejemplo, se ha convertido en algo tan usual que difícilmente hay hoy día un solo movimiento social que no apele a la defensa de tales derechos o que no busque su reconocimiento; tampoco hay gobierno alguno que no diga proteger los derechos de sus ciudadanos. Muchas de las imputaciones más graves que se suelen dirigir contra un gobierno, son las de violar los derechos humanos de sus súbditos. En el ámbito internacional, por ejemplo, hay doctrinas que justifican la imposición de sanciones contra los Estados, incluso la intervención militar, cuando violan sistemáticamente los derechos individuales."

³⁶ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, CEC, Madrid, 1993, p. 436

³⁷ Cruz Parceró, Juan Antonio, *El Lenguaje de los derechos, Ensayo para una Teoría Estructural de los derechos*, Madrid, Editorial Trotta, 2007 Pp. 153-154

Todo lo anterior pretende sustentar, sin perjuicio de las consideraciones contenidas en el apartado especial correspondiente, que nos asiste la razón cuando afirmamos que no basta la sustitución que elimina las garantías individuales y en cambio se inclina abierta y categóricamente por el reconocimiento de derechos humanos en la Constitución Mexicana y que la obligada incorporación del derecho mexicano externo al generado por las Instituciones legislativas internas debe estar matizado de responsabilidades, razonamientos que soporten el juicio de la ética, la abrogación y en su caso derogación de disposiciones contrarias a los derechos humanos y sobre todo, buscando una muy necesaria simplificación en el campo de la excesiva normatividad, que se evidencia con meridiana claridad cuando de procedimientos de defensa hablamos.

Esto implica que frente a un nuevo paradigma jurídico, se requieren modernas herramientas procesales para cumplir los postulados del derecho constitucional sustantivo. Lo evidente refleja nuevo orden jurídico dotado de viejas estructuras procesales. Deben erradicarse todas aquellas que corresponden al histórico y hacer surgir las que ahora demanda la modernidad constitucional.

Por último, citamos una cuestión que ha sido ya comentada de manera muy general en los párrafos precedentes. Se pretende justificar procedimientos que permitan al juzgador tener, de manera ágil y práctica, los elementos de convicción que le den acceso a la verdad histórica, apartándose de la no necesariamente verdadera cuestión planteada por las partes en conflicto. Se busca la verdadera, simple, accesible y ágil protección de los derechos humanos mediante una acusiosa revisión de las garantías en la nueva conceptualización constitucional, para ofrecer

mecanismos adecuados que no solamente permitan una accesible defensa de los derechos humanos sino además que para el mismo fin, el juzgador tenga los elementos necesarios para evitar las muy frecuentes injusticias o fallos ausentes de motivación y menos de argumentación, producto de normas procesales de exagerado rigorismo.

Con la anterior estructura creemos probar nuestro planteamiento hipotético que esencialmente abraza la reforma constitucional del mes de junio del año dos mil once, pero reconoce la insuficiencia de la misma en materia procesal.

Las argumentaciones de esta tarea de investigación tendrían como corolario el que se protejan, respeten y se hagan cumplir los postulados amplios del concepto derechos humanos; pero al propio tiempo, que se respete la supremacía constitucional, se dote a particulares y autoridades de herramientas procesales como garantías impostergables; que se elimine el proceso demasiado complicado en la realidad práctica del control de convencionalidad y que se estructure, construyendo cuidadosamente su figura, un nuevo juez prudente y con facultades amplias que entregue mejores cuentas en la defensa de los derechos humanos que acuden confiados en demanda de sus garantías.

Capítulo I. Los Derechos Humanos y su conflicto actual

En este apartado pretendemos establecer las enormes ventajas de la sustitución de las garantías individuales por el enunciado progresista y liberal de “los derechos humanos”, pero al mismo tiempo, demostrar que en tanto persistan las “viejas leyes” procesales las garantías para el reconocimiento, protección y seguridad de aquellos se traduce en un reto a superar. Nuestra idea es que, para incidir plenamente al estado de derecho constitucional, se reconozca en todos ámbitos la enorme trascendencia que implica este tránsito que permita la inserción en sede de modernidad del siglo XXI.

I.1 Los Derechos Humanos

La ideología de los derechos es producto de la decisión de las naciones que aliadas, triunfaron en la segunda guerra mundial para determinar su postura en contra del totalitarismo fascista, durante el tránsito de la denominada guerra fría hasta la caída del muro de Berlín con la evidente intención de establecer una ideología de carácter universal, lo que dio lugar al nacimiento de los llamados nuevos derechos.

En Häberle encontramos que es el desarrollo del Estado, esto es, su paso de Estado Liberal a Estado Social el que plantea los términos en que deberá darse la relación del Estado y los derechos fundamentales, por virtud de la reivindicación de los derechos sociales que día con día se van asentando firmemente en el seno de

la sociedad misma generando evidentes consecuencias jurídicas. Y con su pensamiento, expresamos

“[...] Bien visto, el estado social de derecho es una ”prórroga” congenial, para el siglo XX, del antiguo concepto del Estado de derecho y actualmente es de preguntarse si no requiere una nueva prórroga, tomando en cuenta que el Estado constitucional es responsable también por las futuras generaciones[...].”³⁸

A diferencia de América, los europeos ubican esta nueva generación de derechos dentro del ámbito de la constitucionalidad. Así, Cruz Villalón ³⁹sostiene que los derechos fundamentales deben interpretarse como una categoría dogmática del derecho constitucional que nacen con la Constitución, compartiendo con ella su posible eficacia sus mismos problemas, sin desmedro de que, afirma, los propios derechos fundamentales acaben con las Constituciones⁴⁰.

Bajo estos criterios es dable determinar que de lo que se trata es evidentemente la de integrar ambos conceptos, creándose las vías adecuadas de interconexión para la más eficaz aplicación de los derechos fundamentales en el contexto de la nueva visión de los Estados.

³⁸ Häberle, Peter, *El Estado Constitucional*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2001, p. 224

³⁹ Cruz Villalón, Pedro., “Formación y evolución de los derechos fundamentales” en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1999, pp. 23-54

⁴⁰ Cfr. Cruz Villalón, Pedro.” Formación y evolución de los derechos fundamentales”, en *La curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución*, CEC, Madrid, 1999, pp. 23-54.

Sin embargo, no debemos dejar de anotar que la percepción que tenemos de los derechos fundamentales está muy alejada del establecimiento de un catálogo descriptivo-enunciativo, ya sea derivado de unas reformas constitucionales –porque esta tercera generación es posterior a las propias Constituciones- o de los diversos tratados internacionales.

I.1.1 Comunidad Europea

El Tribunal Constitucional español ha pretendido definirlos como “[...] *elementos esenciales del ordenamiento jurídico objetivo de la comunidad nacional*[...]”⁴¹, en un claro mensaje que debe traducirse en un mandato de actuación para todos los poderes constituidos, y se complementa con la expresiones del jurista español Jiménez Campo⁴², para quien lo adecuado es la creación de los derechos fundamentales por la Constitución, es decir, que la propia Constitución defina una determinada situación jurídica en términos que la hagan identificable para el intérprete y que además, ha determinado también la necesaria consideración de esa situación jurídica como derecho a partir de la entrada en vigor de la norma que lo enuncia.

Adicionalmente, resulta de singular trascendencia el que, en relación con los derechos fundamentales, aparezcan fórmulas jurídicas que permitan a la luz de la evolución de las entidades sociales una base razonable para que a través de las

⁴¹ El Tribunal Constitucional Español en su reiterada jurisprudencia a partir de 1981, ha reconocido el doble carácter de los derechos fundamentales, primero como subjetivos pero adicionalmente objetivos. Vid, entre otras la SSTC 1/1981, 25/1981, 129/1989Tro.

⁴² Cfr. Jiménez Campo, Javier, *Derechos fundamentales. Concepto y Garantías*, Madrid, Trotta, 1999, p 24-25

resoluciones jurisdiccionales puedan actualizarse los derechos fundamentales que surjan de momento a momento.

Este avance, permite, sin la menor duda, dejar atrás el desarrollo casuístico de las normas que dejan, por imprevisión, omisión o simplemente por la generación de nuevas situaciones concretas no previstas por la hipótesis general normativa, una situación de anormalidad, impotencia, desamparo y perjuicios indecibles.

Rolla hace alusión a este tipo de *Cláusulas Generales de Validez* –que ya aparecen en algunos textos constitucionales europeos-, estableciendo que a través de ellas:

“[...]se puede asegurar una continua síntesis entre disposiciones constitucionales y valores contemporáneos, entre derecho e historia, pero, al mismo tiempo, consienten orientar la disputa relativas a la posibilidad de introducir los nuevos derechos entre los derechos fundamentales de la persona, entendiéndose por aquellos los no regulados expresamente en el catálogo constitucional[...].”⁴³

Ahora bien, no podemos marginar en esta etapa de nuestra investigación la importancia de los tratados y convenios internacionales en Europa, que afirman los suscriptores de los mismos, producen una especie de proceso de integración a un ámbito superior en materia de derechos fundamentales que permite enriquecer las perspectivas nacionales a través de la experiencia foránea. Se reconoce, empero,

⁴³ Rolla, Giancarlo., “Le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenze costituzionali” en *Quaderfni Costituzionali*, XVII, núm. 3, dic. 1997. Pp. 458-459

que la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea suscrita en Roma en 1950, obedece a cuestiones estrictamente políticas.

En todo caso, coincidimos con Balaguer Callejón⁴⁴ cuando expresa que en el Estado constitucional de derecho, los derechos fundamentales son una pieza esencial del orden constitucional. Su reconocimiento constitucional no tiene sólo una función declarativa y garantizadora respecto de los derechos mismos sino que, en un segundo plano, sirve también de instrumento básico potenciador del equilibrio de poderes. Esto significa que la proclamación constitucional de los derechos fundamentales, desarrolla una función de retroalimentación del sistema democrático que, en última instancia favorece también la realización de los derechos proclamados.

Esta constitucionalización de los derechos fundamentales marca el establecimiento de dos niveles diferenciados en su realización: el nivel constitucional y el nivel legislativo.

Adicionalmente la instauración de la jurisdicción constitucional sea cual sea el modelo, lleva inevitablemente a identificar como derechos fundamentales aquellos que, sea cual fuere su contenido, quedan bajo la salvaguarda del juez que juzga desde ellos la obra del legislador y dentro de este estado constitucional moderno, a la caracterización de los derechos fundamentales como “derechos frente al legislador”

⁴⁴ Cfr. Balaguer Callejón, Francisco, *Versión actualizada del trabajo*, G. Giappichelli Editore, Torino, 201, pp.113-130

El constituyente prefigura estableciendo límites al legislador y éste configura los derechos dentro de aquellos límites que actúan directamente en relación con el contenido esencial del derecho garantizado en constituciones como la española o la alemana, de manera tal que la ausencia de desarrollo legislativo no impide la realización esencial del derecho.

Ahora bien, es sabido que la Comunidad Europea constituye un organismo jurídico propio desde el punto de vista técnico, diferenciado de los ordenamientos estatales y dotado de autonomía respecto de los mismos.

Aunque tal vez, por falta de consenso político no ha sido posible generar una Constitución Europea, sí ha sido el Tribunal Constitucional de tal Comunidad el que ha resuelto las cuestiones inherentes a los derechos fundamentales con base al tratado de Amsterdam, por el cual:

“La Unión respetará los derechos fundamentales tal y como se garantizan en el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales firmado en Roma el 4 de noviembre de 1950, y tal y como resultan de las tradiciones constitucionales comunes a los Estados miembros como principios generales del derecho Comunitario.”⁴⁵

⁴⁵ Este precepto es, sobre todo, una mera confirmación convencional de la evolución de la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea en materia de derechos fundamentales, que no viene a reconocer derechos fundamentales como tales sino a confirmar su estatus de principios generales del Derecho comunitario elaborados por el propio Tribunal. Por tanto, en este caso, aplica la remisión al antiguo artículo F2 del Tratado de la Unidad Europea y actual 6.2 desde el citado Tratado de Amsterdam.

Este quehacer del Tribunal de Justicia de la Comunidad Europea es muy diferente al que realizan las jurisdicciones constitucionales nacionales, por las siguientes consideraciones: a) No existe un contexto normativo definido; esto es, una auténtica proclamación constitucional de derechos que se impongan sobre todos los poderes públicos incluso cuando falta el desarrollo legislativo; b) No existe una determinación previa de disposiciones sobre las cuales la jurisdicción constitucional pueda precisar los posibles sentidos normativos; y c) No existe una interacción posible con el legislador democrático que desarrolle y configure los derechos a partir del marco constitucional.⁴⁶

La reflexión tendrá ahora que avocarse a los problemas generados por la jurisprudencia del derecho constitucional europeo en materia de derechos fundamentales y en sus relaciones con la jurisprudencia constitucional nacional con relación a la protección de los principios en que aquellos se sustentan.

Se genera aquí una compleja y delicada tarea que consiste en un proceso de integración supranacional que regula al mismo tiempo, las disonancias y los potenciales conflictos entre el Derecho Comunitario y el Derecho interno de cada Estado miembro y con especial referencia a la protección de los derechos fundamentales por como son reconocidos y garantizados por el Tratado de la Unión Europea.

⁴⁶ La falta de los elementos enunciados obedece en primer término a la ausencia del contexto constitucional no logrado aún por la Comunidad Europea, aplicando el principio de subsidiariedad de los derechos reconocidos especialmente por las tradiciones constitucionales comunes de los Estados miembros, el Tratado de la Unión Europea y los Tratados Comunitarios, el convenio europeo para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales, las Cartas Sociales adoptadas por la Comunidad y por el Consejo de Europa, así como por la jurisprudencia del tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos.

Se trata básicamente de producir una derogación generalizada en el Derecho interno, resistiendo a las mismas leyes de carácter constitucional y la propia resistencia constitucional a la doctrina conocida como de los contralímites⁴⁷.

Estas anotaciones relacionadas con la protección de los derechos fundamentales en la Comunidad Europea y los problemas que se generan primero por la ausencia de una Constitución Comunitaria; y luego por las acciones del Tribunal Europeo de Justicia, que resulta vinculatorio para todos los países miembros del pacto de Roma; los problemas que generan las determinaciones jurisdiccionales del tribunal que conllevan la derogación del derecho interno de cada país comunitario y el que se hable de posiciones de carácter supranacional, resultan relevantes para el análisis que en breve habremos de hacer respecto de las cuestiones relacionadas con la defensa y protección de los derechos fundamentales en América Latina.

I.1.2 Estados Unidos de Norteamérica

Iniciaremos expresando que a diferencia de los países europeos, Estados Unidos no tutela de manera concreta los que denomina derechos civiles. El sustento de su sistema jurídico estriba en contemplar en abstracto los principios protectores

⁴⁷ No desatendamos este conflicto de integración de normas del Derecho Comunitario al Derecho interno de cada país miembro de la Comunidad Europea, porque algo semejante debe ocurrir en América, cuando que por mandamiento de las convenciones Americana de Derecho Humanos de San José y Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos signado en Nueva York y de los que este estudio de investigación se ocupará con amplitud, debe integrarse el derecho convencional al derecho interno de cada país parte de estos tratados en materia de derechos fundamentales, humanos, civiles o políticos, atendiendo a las diversas denominaciones contenidas en las mismas. Así los contralímites de la Comunidad europea equivaldrían al control de convencionalidad interno en los países de América.

de los derechos de sus gobernados, estableciendo un amplio mecanismo, con facultades extensas sustentadas en la prudencia de sus juzgadores.

No es un régimen de interpretación hermenéutica de las normas, ni tampoco sus métodos de aplicación de las leyes se ajustan a la teoría de la pureza del derecho impulsada fuertemente por Hans Kelsen, sino que, hace uso de los principios generados en las diversas disciplinas científicas que pudieran constituirse en baluartes que aporten sustento a las determinaciones a las que se tenga que arribar.

La ideología jurídica⁴⁸ ha llamado, desde hace mucho tiempo, derechos subjetivos a los que ahora se denominan derechos humanos, que no son sino una parte del conjunto de aquellos, según lo escribe Correas, quien cita a Michael Villey, como la persona que investigó el tema, concluyendo que sus resultados coinciden con los de Marx y los de Kelsen, refiriendo que se trata de una ideología que comienza con el capitalismo.

Sin embargo, el país mas poderoso de los que integran la familia jurídica del *Common Law*, es sin lugar a dudas el de los Estados Unidos de América. Es innegable su enorme influencia en casi todos los rincones del planeta, no solamente en los campos de la política y la economía, sino de manera destacada en las cuestiones culturales. México por su cercanía geográfica no ha podido escapar cabalmente de la misma.

⁴⁸ Correas, Oscar, *Acerca de los Derechos Humanos, Apuntes para un Ensayo*, México, UNAM, ediciones Coyoacán, 2003, p 18

Las similitudes del *Common Law* británico con el sistema americano se diluyeron sensiblemente a la obtención de la independencia de las trece colonias respecto de la Gran Bretaña, máxime que en ésta, subsiste el régimen monárquico en tanto que los americanos optaron por la constitución de una república federalista. Como dato anecdótico habría que asentar que la conformación sociopolítica de las colonias mostraba una topografía jurídica diversa: a) la influencia de la monarquía española en las áreas del oeste del país; b) la de Francia en el estado de Luisiana y c) la rusa en el ahora estado de Alaska.

Martha Morineau⁴⁹ nos recuerda que:

“Entre las constituciones vigentes, la Constitución americana es una de las mas antiguas del mundo y de las constituciones escritas es la más antigua. Data de finales del siglo XVIII y fue obra de la Convención Constitucional de Filadelfia, inaugurada el 5 de mayo de 1787 [...] Una de las objeciones mas graves hechos a la Constitución fue la de que en su texto original no se incluyera una declaración de derechos fundamentales [...] Esta omisión fue subsanada con la adopción de las primera diez enmiendas, incorporadas a la Constitución en 1791 y que vinieron a constituir lo que se conoce en inglés como “Bill of Rights [...]”

La carta fundamental de los Estados Unidos de América, desde su formalización deja establecido con meridiana claridad su vinculación con el supremo

⁴⁹ Morineau Martha, *Una introducción al Common Law*, México, IIJ-UNAM, 1º. Reimp. 2001, pp. 79-81.

derecho del país regulatoria de las actividades públicas de los órganos del poder y por tanto el control constitucional de todos y cada uno de sus actos.

En su texto, encontramos el sustento en principios universales como lo son los de la vida, la libertad y la búsqueda de la felicidad. Ya son los órganos del Poder Judicial los que determinarán el alcance de las leyes y de los actos de las autoridades, producto de su sistema interno, y preservarán las diversas posibilidades que presente el ejercicio de los derechos fundamentales derivados de los principios allí mencionados.

En capítulo especial habremos de referirnos con especial detenimiento en la determinación adoptada por la Suprema Corte de Justicia de los Estados Unidos de América, -su quinta sentencia desde su fundación en 1790- y que constituye en nuestra visión una verdadera escuela jurídica de vigencia universal en materia de supremacía constitucional que es uno de los puntos torales a tratar en este proceso de investigación y adicionalmente, su facultad revisora para efectos de control constitucional de los actos y leyes de aquellos dotados de poder político.

Y tampoco constituye un acto de secrecía la reticencia de sus sucesivos gobiernos de evitar la adhesión a los Tratados Internacionales que pretendan la protección, defensa y garantía de los derechos fundamentales y a las Cortes que vincularían sus determinaciones, generándose un aislamiento del contexto universal en esta y otras cuestiones de trascendencia como el saneamiento ambiental, la prevención del calentamiento planetario y su reconocimiento de competencia de la Corte Penal Internacional.

I.1.3 México

Para concretar la problemática: En nuestro país los órganos del Estado se empeñaron en mantener el paradigma jurídico del siglo XIX al extremo de buscar soluciones aparentes a problemas reales como lo sería el de la interpretación jurídica en el decreto de adhesión al Tratado Interamericano de los Derechos Humanos, estableciendo como argumento – que aparenta validez jurídica, pero que obedece a otras razones⁵⁰, que no es competencia del Congreso de la Unión, sino de las Entidades Federativas, cuestión ésta que por salvaguardar el positivismo decimonónico ha generado tremendos conflictos de jurisdicción en las entidades federativas, habida cuenta que en algunas existen Leyes que sancionan con penas de prisión a quienes practiquen aborto del producto concebido y en otras existen inimputabilidad y ambos criterios cuentan, adicionalmente, con la negativa de inconstitucionalidad a las primeras y declaración de constitucionalidad a las segundas, mas por cuestiones del número de votos de los señores Ministros que por cuestiones de argumentación Jurídica, sin que sea rescatable el que a fines de Septiembre del 2011, el Titular del Poder Ejecutivo del Estado mexicano haya enviado una iniciativa para retirar del texto del decreto de adhesión al Pacto de San José la salvedad interpretativa de alusión, sobre todo si consideramos que jamás fue reconocida por la Asamblea general, ni las Comisiones respectivas de Derechos Humanos pero tampoco por las Cortes Internacionales, y en consecuencia no existe razón alguna para que el criterio del Gobierno Mexicano, expresado como se dice, fuera capaz de lograr que surtiera efectos jurídicos.

⁵⁰ Esas otras razones no pueden ser otras que las de evitar la “intrusión” de otras Ciencias como la Ética en las cuestiones jurídicas y mantener así la tradición de la pureza del derecho, alejado obviamente del tránsito crítico del juicio moral.

Todo lo anterior nos lleva a la consideración dejando de lado razones de la modernidad jurídica, con cuidados exagerados para no lastimar el paradigma entonces imperante no obstante su obsolescencia; se imponen decisiones políticas a la hora de suscribir los tratados internacionales para evitar los señalamientos de los países que han decidido adoptar la transformación del derecho en aras de lograr una absoluta modernización de los sistemas, pero haciendo salvedades interpretativas o excepciones que son completamente incompatibles con la realidad prevaleciente en el ámbito de las naciones.

Evidentemente que existen una serie de valores inherentes al ser humano que deben ser reconocidos, respetados protegidos y amparados por una serie de disposiciones del más alto rango jurídico que es el constitucional pero concordante con la realidad, reconociéndose en consecuencia, la insuficiencia del sistema jurídico procesal anquilosado en que estamos inmersos y que debe ser marginado, no solamente por virtud de la situación coyuntural que se manifiesta con la tendencia innegable de la supranacionalidad del derecho, sino para dejar de lado los severos problemas que genera el dogmatismo kelseniano que la realidad misma ha dejado rebasados y que algunos se niegan a reconocer.

La búsqueda de soluciones tangenciales provoca que no se aplique correctamente la Teoría del Estado; representa violaciones significativas a la indisponible supremacía constitucional, que no debe estar supeditada a ningún tribunal internacional, así exista tratado internacional de por medio, habida cuenta de que se puede entender como una agresión directa, innecesaria e injustificada a un

pueblo independiente, atentando en todo lo que significa soberanía y ésta, como una facultad que le compete únicamente para libremente determinar las leyes que lo rijan y la forma de gobierno que decida, y por tanto, debe continuar siendo inviolable.

García Morelos⁵¹ sostiene

“En el mes de abril de 2010 se inició en el senado mexicano un apresurado procedimiento de reforma constitucional importante para dotar de nivel constitucional al derecho convencional de los derechos humanos. Creo que la pieza clave reside en el artículo 1º constitucional. Ahora se reconoce la protección de libertades constitucionales y de fuente internacional; pero además se fija la obligación expresa de aplicación directa de dichos instrumentos por parte de todas las autoridades, cuya interpretación deberá realizarse conforme a los textos internacionales en estudio, lo que implica el acatamiento de la jurisprudencia de los órganos supranacionales, quienes realizan la revisión judicial de todo tipo de norma doméstica, incluyendo las propias constituciones políticas.”

Sus puntos de vista no concuerdan con lo que finalmente fue el texto del artículo 1º constitucional porque no hay tal disposición expresa para la interpretación y estamos en presencia, en consecuencia, de una forma de interpretar totalmente subjetiva y a nuestro juicio equivocada.

⁵¹ García Morelos, Gumesindo, “El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos por los tribunales ordinarios en México”, México, Ubijus, 2010, p. 17

Si revisamos el texto constitucional y las normatividades de los Tratados, tanto el Pacto Internacional sobre derechos civiles y políticos de Nueva York y la Convención Americana de los Derechos Humanos de San José y sus correspondientes protocolos que los adicionan, no vamos a encontrar ninguna disposición que consagre que el derecho mexicano en sede externa está por encima del texto constitucional.

A mayor abundamiento, si derechos humanos se trata, sin lugar a dudas entre los mas protegidos y sancionables personalmente están, entre otros, los relacionados con el Genocidio; delitos de lesa humanidad; crímenes de guerra, en sus diversas modalidades, y que corresponde juzgar y sancionar en su caso por la Corte Penal Internacional. Para esto, el derecho constitucional mexicano establece en el párrafo octavo del artículo 21, lo siguiente: “El Ejecutivo Federal podrá, con la aprobación del Senado en cada caso, reconocer la jurisdicción de la Corte Penal Internacional.

Ergo, si no hay disposición respecto de los derechos humanos en el Derecho interno mexicano que sujete a superior jerarquía las disposiciones Constitucionales, ni tampoco normatividad en los textos convencionales que evidentemente forman parte del derecho mexicano por vinculación expresa sobre este particular, la conclusión es obvia: Debe respetarse la supremacía constitucional en cualquier caso y frente a cualquier circunstancia jurídica. Sobre este aspecto habremos de dedicar un apartado especial mas adelante.

Para decirlo de diferente forma: El sistema jurídico tal y como está conformado, aún a pesar de las recientes reformas en materia de derechos humanos, confronta una serie de conflictos que no solamente generan dificultades a los órganos del estado encargados de la interpretación y aplicación de un sistema normativo vigente que adicionalmente conlleva la carga adicional de generar una excesiva cantidad de disposiciones legales a nivel de leyes constitucionales, federales, ordinarias, secundarias, reglamentarias, reglamentos y todo tipo de ordenamientos legales obligatorios que complican no solamente su conocimiento sino su entendimiento por virtud de los problemas a los que habremos de referirnos en apartado especial relacionado con graves desatenciones, amén de las antinomias, jerarquías, lagunas y otros aspectos relacionados con la realización de una tarea que paradójicamente está encomendada a representantes de los diversos partidos políticos que obedecen a las instrucciones de sus coordinadores y jefes, atendiendo intereses particulares de grupo y no, como en nuestro concepto debiera ser, que todo lo relacionado con la normatividad, la legalidad y el derecho sea responsabilidad de los juristas.

Luego entonces, con la regla de que el desconocimiento de la ley no excluye su cumplimiento, es innegable que la tarea de la subsunción no es la deseable en la inmensa mayoría de los casos por descuido, negligencia, ignorancia, excesiva carga conceptual, pero en resumen, por un normativismo arcaico, rebasado, complejo e insuficiente.

Pero la situación se torna más complicada cuando el sistema jurídico impuesto por el órgano legítimo es tan cerrado y tan puro – en el sentido concebido

por Hans Kelsen y adoptado por nosotros⁵². Para el autor vienés, nacido en el Imperio Austrohúngaro:

*“El sistema normativo que aparece como un orden jurídico, tiene esencialmente un carácter dinámico. Una norma jurídica no vale por tener un contenido determinado, es decir, no vale porque su contenido pueda inferirse, mediante un argumento deductivo lógico, de una forma fundante básica presupuesta, sino por haber sido producida de manera determinada por una norma fundante básica presupuesta. Por ello, y solo por ello, pertenece la norma al orden jurídico cuyas normas han sido producidas conforme a esa norma fundante básica. De ahí que cualquier contenido que sea puede ser derecho. No hay comportamiento humano que, en cuanto tal, por lo que es como contenido esté excluido de ser el contenido de una norma jurídica. Ni la validez de una de ellas puede ser negada por contradecir su contenido al de otra norma no perteneciente al orden jurídico cuya norma fundante básica es el fundamento de la validez de la norma cuestionada [...]”*⁵³

⁵² Kelsen, Hans, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*, México, Fontamara, 4ª Reimp. P.11, cuando afirma que: “[...] solamente los hechos del ser pueden ser objeto de una ciencia como conocimiento empírico, y que el objeto de lo que se llama ciencia del derecho es del derecho. Pero si el derecho, tal como lo sostiene la Teoría Pura del Derecho, es una norma o un sistema de normas, entonces no puede haber ciencia del derecho realista alguna, esto es, conocimiento empírico alguno del derecho. Pues una norma no es un hecho del ser, sino una prescripción del deber ser; es el sentido de un hecho del ser, esto es, de un acto intencionalmente dirigido a la conducta de otros, es decir, el sentido de que los hombres deben conducirse de una manera determinada. Por ello, como sentido de un hecho del ser, debe distinguirse de este hecho mismo y no identificarse con él. El acto cuyo sentido es la norma o –como suele decirse en sentido figurado– el acto mediante el cual se crea una norma, el acto de ordenar, es un ser, la norma, que es su sentido, es un imperativo es un deber ser.”

⁵³ Kelsen, Hans, *Teoría de la Razón Pura*, México, Ed. Porrúa, 16ª. Ed. 2009, p. 205

Con estos criterios se transitó a través de los años por el camino del derecho occidental y en América Latina. Ya veremos mas adelante la relación del nuevo paradigma de los derechos humanos con el positivismo kelseniano. Pero desde ya podemos ratificar nuestras convicciones es que este sistema jurídico ha concluido su período de vida útil, y que ahora, de continuar su aplicación se traduciría en terribles y de suyo complejas tareas para dar curso a las legítimas reclamaciones de vigencia, interpretación de aplicación de una serie moderna de derechos que antes no se ventilaban ni política, ni jurídica, ni legislativa y menos jurisdiccionalmente.

Hoy en día, imperativamente, por ser absolutamente indispensable su aplicación, debe buscárseles un curso de solución pero –dicho sea marginal pero enérgicamente- que no contravenga ni nuestra Supremacía Constitucional ni el régimen jurídico que debe imperar como intocable.

Si a las nuevas disposiciones universales pactadas por las naciones y ubicadas obligatoriamente dentro de los Tratados Internacionales. No al hacerlo inadecuada, indebida inapropiadamente, atentando contra nuestra dignidad nacional como entidad jurídica independiente.

A título de autocrítica, confesamos que no estamos en contra de la vigencia, interpretación y aplicación de los principios y de los derechos derivados de los tratados internacionales, ni tampoco a que nuestro país se vincule con las Cortes Internacionales.

Nuestra objeción no es producto de ignorar las nuevas tendencias universales, sino porque afirmamos enfáticamente que es posible preservar la soberanía y con ella la supremacía constitucional, al propio tiempo que se cumplen con las obligaciones que los derechos humanos en su nueva concepción imponen. Como ahora se hace y se pretende continuar, es incidir en una concepción errónea de una transformación que es a todas luces incompleta y que la parte que falta es factible de realizar sin transgredir ningunas de las normas y disposiciones jurisprudenciales de las cortes internacionales.

Además, debemos convenir en que no todas las personas tienen las posibilidades de acceder a una Corte Internacional. Su primer impulso es tener la seguridad de que un tribunal cercano y local le pueda resolver su problemática de exigir el pleno respeto a su derecho humano violentado de alguna manera por cualquier órgano del estado.

En el sistema jurídico positivista que imperó en nuestro país hasta las reformas constituciones de las que nos estamos ocupando, nos impuso una doble concepción respecto de los casos a resolver por la autoridad jurisdiccional.

Una, tratándose de casos fáciles, en las que la única y mejor manera de resolverlos consistía en una perfecta subsunción de la norma general cuya hipótesis encuadraba de manera precisa y certeza sobre los hechos sometidos a la consideración del Juzgador. Así, la determinación del juzgador consistía simplemente en localizar aquella disposición normativa, y aplicarla al caso preciso de que se trata y asunto terminado.

La otra, se refiere a los casos difíciles. Aquí dentro del exagerado, extensísimo, complicado, contradictorio, plagado de lagunas y con problemas de jerarquías, la labor del Juzgador no es nada fácil. Dworkin sostenía que:

*“Cuando un determinado litigio no puede remitirse a una regla jurídica clara, establecida previamente por alguna institución, entonces el juez tiene, conforma a tal teoría “discreción” para decidir el caso en uno u otro sentido. Su opinión se redacta en un lenguaje que parece asegurar que una u otra parte tenía un derecho preexistente a ganar el litigio, pero esta idea es una ficción. En realidad el Juez ha legislado nuevos derechos jurídicos para luego aplicarlos retroactivamente al caso en cuestión [...]”*⁵⁴

Además, afirma sobre este particular que esta teoría de la decisión judicial, es completamente inadecuada.

Sin embargo, la realidad nos muestra que trátase de casos fáciles o de los llamados difíciles, el problema que subsiste es la interpretación y la aplicación de las normas jurídicas. Surgen de esta afirmación dos vertientes: una, ligada estrechamente a los derechos sustantivos que ahora se modificaron radicalmente y la otra, sujeta a los mecanismos procesales del pasado, que no le permiten al juzgador disponer de todos los elementos que le clarifiquen la verdad histórica y no solamente pueda y deba atender a la verdad jurídica.

⁵⁴ Dworkin, Ronald, *Casos Difíciles*, Cuadernos de crítica, número 14, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas, p. 5.

I.2 El conflicto de los Derechos Humanos.

En este apartado buscamos, a la luz del texto de la Constitución actual, particularmente en lo que se refiere al artículo 1º que contempla la inserción de los Derechos Humanos y sus garantías al rango jerárquico mas elevado de nuestra legislación, primero evidenciar que aunque no es una transformación de toda la constitución en el aspecto formal, sí contiene una radical mutación de fondo que prácticamente nos permite afirmar que, en materia de derechos humanos y libertades fundamentales, estamos en presencia de “una nueva Constitución”.

Sobre este criterio, a nuestro entender el conflicto que confrontan los derechos humanos se centra básicamente que esa “nueva ley” tiene que ser interpretada, entendida y aplicada de conformidad con “leyes viejas”.

Si atendemos a Prieto Sanchís⁵⁵, el ejercicio de la función jurisdiccional “se ha entendido como la solución de conflictos del modo preestablecido por normas conocidas que son garantía de seguridad jurídica”

Si examinamos la problemática desde el punto de vista del derecho interno, con excepción de la reforma constitucional en materia del juicio de amparo de la que hemos hecho abundante referencia, siguen las “disposiciones viejas” para la subsunción de un “derecho nuevo” y por tanto las herramientas no corresponden a la nueva realidad.

Pero si lo examinamos bajo la óptica del derecho mexicano en sede externa, en tanto no se cumplan con las obligaciones que adquirió el Estado mexicano como

⁵⁵ Prieto Sanchiz, Luis , “*Interpretación jurídica y creación judicial del Derecho*”, Bogotá, Temis, 2005, p. 172

parte de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, la problemática se complica aún mas, porque el juzgador tendrá que realizar un exhaustivo ejercicio, en cada caso, siempre, imposible materialmente de sostener.

A esta problemática nos referiremos y aportaremos nuestra modesta opinión sobre algunas propuestas que buscan soluciones sobre este particular.

I.2.1 Los obstáculos interpretativos.

Entonces, en la pretensión de focalizar científicamente la problemática relacionada, debemos determinar cuáles son los obstáculos que genera la realidad jurídica actual y cuya solución se traduce en problemas del orden del Derecho Procesal Constitucional, mas que de fondo, para solucionarlos, y que anotaremos en el capítulo final de este trabajo de investigación.

En nuestra óptica son dos:

a) Que no se tenga que recurrir a una supuesta situación de supranacionalidad para acreditar la inexistencia de la supremacía constitucional como justificación para aplicar tratados internacionales, así sean ratificados por el Senado en materia de lo que se denominan derechos humanos;

b) Modificar el sistema jurídico antiguo que permite limitadamente la disposición de algunas garantías con las que se pretende amparar y proteger los nuevos derechos humanos, situación esta que no obstante la

reforma, es evidente que persiste, no obstante su nueva connotación, y que contribuyen a obstaculizar el reclamo en defensa de los derechos fundamentales de los seres humanos.

Pretendemos pues proponer la modernización del sistema jurídico-constitucional mexicano. Que se determine por razones de soberanía nacional, de independencia y de imperio de la razón sin lugar a dudas la supremacía constitucional mediante un sistema jurídico que rompería radicalmente con el positivismo decimonónico y que, al propio tiempo se propicie el que se protejan los valores esenciales del ser humano mediante el proceso de incorporar al derecho convencional relacionado con los derechos humanos dentro de las diversas disposiciones constitucionales y en todas aquellas leyes, de manera tal, que no haya disposiciones legales fuera de nuestra propia legislación, y así, el mecanismo de protección que se genere no requiera, cuando menos en materia Constitucional, de la intervención subsidiaria del sistema internacional de protección a los derechos humanos al que México está adherido y vinculado a sus determinaciones, en los términos de los Tratados Internacionales suscritos por el Titular del Poder Ejecutivo de los Estados Unidos Mexicanos y ratificados por el Senado de la República.

En corolario, tenemos que reafirmar que el sistema jurídico mexicano desde fines del siglo pasado ha venido confrontando una serie de conflictos profundos, complicados, de difícil solución que genera dificultades no solamente para los Órganos del Estado encargados de la enorme responsabilidad de interpretar y aplicar un sistema normativo vigente que a todas luces resulta rebasado por la realidad del siglo veintiuno. Hablamos de un exagerado número de cuerpos

normativos, algunos productos de la legislación formal y otros generados por las facultades reglamentarias o criterios de solución de contradicciones de tesis o producto de las determinaciones judiciales que llegan a constituir jurisprudencia obligatoria.

Este sistema jurídico imperante está saturado de lagunas jurídicas, exceso del uso de la casuística que frecuentemente se traduce en insuficiencia normativas, amén de las abundantes antinomias que no permiten una pronta y eficaz interpretación de la norma buscada dentro del universo de las hipótesis generales, para ser, mediante la subsunción aplicada a un caso concreto que ha sido sometido a la consideración de las autoridades judiciales o administrativas que en cada supuesto correspondan.

Este paradigma jurídico insistimos, impuesto por el órgano legítimo es tan cerrado y tan puro, en el sentido concebido por Hans Kelsen, que se traduce en abominables determinaciones judiciales y administrativas que diluyen las legítimas pretensiones de los que acuden ante los tribunales de cualquier orden a reclamar la defensa de sus derechos.

Esto se debe en la visión de Atienza y Ruiz Manero:

“[...] a la pretensión del positivismo jurídico de dar a la teoría del derecho y de la dogmática jurídica un carácter meramente descriptivo, lo que implica la exclusión de la dimensión valorativa de las normas

jurídicas, además de su incapacidad para dar cuenta de otros aspectos relevantes del razonamiento jurídico”⁵⁶

Si a lo anterior adicionamos los conceptos de Zagrebelsky que define a la era del “positivismo jurídico” como la “ciencia de la legislación positiva”, argumentando:

“La idea expresada por esta fórmula presupone una situación histórico-concreta: la concentración de la producción jurídica en una sola instancia constitucional, la instancia legislativa. Su significado supone una reducción de todo lo que pertenece al mundo del derecho –esto es, los derechos y la justicia- a lo dispuesto por la ley. Esta simplificación lleva a concebir la actividad de los juristas como un mero servicio a la ley, si no incluso como su simple exégesis, es decir, conduce a la pura y simple búsqueda de la voluntad del legislador.”⁵⁷

Y concluye su exposición sobre este particular con una frase lapidaria:

“Una “ciencia del derecho” reducida a esto no habría podido reivindicar ningún valor autónomo. Era pues, apropiada la afirmación despectiva: tres palabras rectificadoras del legislador convierten bibliotecas enteras en basura”⁵⁸

⁵⁶ Atienza, Manuel y Ruiz Manero, Juan, *Dejemos atrás el positivismo jurídico*, Alicante, ISONOMIA no. 27, 2007, p. 1

⁵⁷ Zagrebelsky, Gustavo, *El derecho dúctil*, Madrid, Editorial Trotta, 4ª edición, 2002, p. 33

⁵⁸ Esta última frase Zagrebelsky se la atribuye al autor J. H. Kirchmann, en su obra “La jurisprudencia no es ciencia” (1847), CEC, Madrid, 1983, sin precisar la página.

Frente al nuevo paradigma del derecho constitucional mexicano se evidencia con absoluta claridad y sin lugar a dudas las severas dificultades que confronta el innecesariamente excesivo volumen legislativo para ajustarse a los requerimientos de la modernidad. Trataremos de explicar esta situación complicada y ofertar una gama de soluciones que pudieran contribuir, a nuestro juicio de manera importante a la solución que representa la insuficiencia de la reforma procesal constitucional frente al panorama universalizado de los derechos fundamentales, o humanos, o civiles o políticos, cualquiera que sea la denominación que se le quiera dar, dependiendo en que sede se examine.

La serie de problemas a los que de manera muy general hacemos alusión obedece a la insistencia de continuar aplicando, en algunos pero muy trascendentales aspectos, el paradigma del positivismo normativo decimonónico, que en tiempos actuales no es posible que contribuya en la solución de los conflictos, por las consideraciones, razonamientos y argumentaciones que habremos de expresar en el capítulo correspondiente a este tema y que debe ser, apuntamos desde ahora, relegado definitiva y categóricamente cuanto antes, para evitar que siga generando los conflictos graves que conlleva su ejercicio.

I.2.2 La reforma constitucional en materia de Derechos Humanos, ¿una reforma insuficiente?

Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos, particularmente el texto último del artículo primero constitucional reafirmaron en alguna medida lo señalado desde tiempos muy anteriores en el texto del artículo 133

constitucional. Ahora, el sujeto de la disposición constitucional proteccionista no reclamará violación a garantías individuales sino la promoción, respeto, protección y garantía de los derechos humanos, tanto los que se encuentren, como ya se expresó en la legislación interna como aquellos derivados de los tratados convencionales.

Vale anotar que seis años antes de la reforma constitucional de la que nos estamos ocupando, el Poder Judicial de la Federación, ya había determinado lo que debería entenderse por derechos humanos, estableciendo que:

“[...] se traducen en el conjunto de facultades, libertades y pretensiones de carácter civil, político, económico, social y cultural, incluidos los recursos y mecanismos de garantías de todas ellas, que se reconocen al ser humano, considerado individual y colectivamente.”⁵⁹

Si atendemos a Ramírez García y Pallares Yabur:

“El reconocimiento de un derecho humano así como su consecuente protección y respeto son realidades prácticas, es decir, implican conductas concretas de personas concretas motivadas no por instinto o por necesidad, sino por el cumplimiento de un deber ser, de una obligación. ¿Cual es la razón última que justifica esta obligación? Esta es la pregunta necesaria si queremos conocer el fundamento de los derechos humanos. No es una cuestión sencilla o pacífica: los

⁵⁹ *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena época, T. XXII, Tesis 1.15º.A41.A, octubre de 2005, p. 2341*

*problemas comienzan desde la oportunidad para plantearla y continúan al darle respuesta [...]*⁶⁰

Seoane⁶¹ escribió que la fórmula de Radbruch ha devuelto a la actualidad la cuestión de la validez y la obediencia al Derecho en el caso de leyes injustas, y a propio tiempo aporta elementos para la perenne discusión acerca del derecho y la moral. Y esta corriente que se actualizó durante el juicio a los guardianes del Muro de Berlín ⁶² época en la que calificó la iniquidad de las leyes del nacionalsocialismo, cuestionado la validez de tales normas y como consecuencia de ello, la obligación o no de obedecerlas. No debe pasar desapercibido de la postura de referencia carecía de soporte estrictamente jurídico, pues se sustentaba en consideraciones ius filosóficas. Ahora, sabemos que los derechos humanos tanto lo que se ubican en el seno del derecho interno como los que provienen del exterior pero a los que estamos vinculados por virtud de las adhesiones que en términos de la Constitución mexicana se hicieran en 1981, constituyen las herramientas para hacer valer los derechos humanos y por tanto ha quedado decretada la erradicación de las normas puras y de las leyes injustas.

Sobre la temática de los derechos humanos ahora que ya forma parte importante integrada a nuestra Carta Magna, no debemos marginar las aportaciones del doctor Massini cuando expresa que cuando se habla de ellos es evidente que sus titulares son precisamente seres humanos como únicos titulares de todo tipo de

⁶⁰ Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur Pedro de Jesús, *Derechos Humanos*, México, Oxford.2011, p 35de

⁶¹ Cff. Seoane, José Antonio, *La injusticia extrema no es derecho, (De Radbruch a Alexy), La doctrina Clásica de Lex Injusta y la fórmula de Radbruch. Un ensayo de comparación* (Rodolfo Luis Vigo, Coord.), México, Fontamara, 2008, p. 393

⁶² Véase, entre otros, a Radbruch Gustav, en *Derecho Injusto y Derecho Nulo, introducción y traducción de Rodríguez Paniagua José María*, Madrid, editorial Aguilar, 1971, pp. 1-22

derechos y que la presencia de la adjetivización no se contrapone a los no-humanos, porque, afirma como lo definió el jurisconsulto Hermogeniano *“Por causa del hombre existe el derecho”* y que, *“se trataría, por lo tanto, de derechos de mayor jerarquía deontológica que los restantes, de derechos “superiores” o bien “anteriores” al resto de los derechos.”* Adicionalmente el propio Massini nos entrega en resumida exposición, cual es la relación de los “derechos humanos” con las doctrinas comúnmente denominadas “iusnaturalistas”, ya que, escribe:

“[...] es casualmente la afirmación de la existencia de principios jurídicos suprapositivos, lo que caracteriza con propiedad a ese grupo de doctrinas. Decimos “grupo de doctrinas” porque no existe una doctrina iusnaturalista, sino un variadísimo grupo de ellas con diversos puntos de partida y disímiles conclusiones pero que acuerdan en sostener la existencia de al menos un principio suprapositivo jurídico, en el que se fundan racionalmente ciertas normas o derechos⁶³. Y este esclarecimiento resulta imprescindible, en razón de que algunos iusfilósofos y moralistas que se autocalifican de iuspositivistas o de adherentes al iuspositivismo jurídico –Hart, Nino, Bulygin, Bobbio, Hernández Marín, etc.- defienden la existencia de los derechos humanos como algo axióticamente positivo y de deseable vigencia.⁶⁴ A los efectos de dilucidar el conflicto, Massini, considera: “[...] ante todo deslindar conceptualmente la tesis iusnaturalista y iuspositivista, para pasar luego a su vinculación con la idea de derechos humanos... Sólo

⁶³ En esta referencia, el autor Massini Correas se remite a la obra “Diferentes concepciones del derecho natural” de Soaje Ramos G., en *Ethos*, 10-11, INFIP, Buenos Aires 1982-1983, pp. 317-319 y otros

⁶⁴ Aquí el autor se remite a la obra *“Historia de la Filosofía del Derecho contemporánea”* de Hernández Marín R., Tecnos, Madrid, 1986, *passim*.

*desde una posición iusnaturalista es posible sostener –con coherencia, por supuesto- la existencia de derechos humanos, así como su valor como criterios o paradigmas críticos de la normación positiva, ya que de no aceptarse la existencia de, al menos, un principio suprapositivo que les sirva de fundamento, ha de concluirse necesariamente su inexistencia y la vacuidad de las afirmaciones que lo tienen por objeto. El hecho histórico innegable de que las doctrinas acerca de los derechos humanos nacieron en el ámbito del iusnaturalismo moderno, no es sino una confirmación más, aunque no decisiva, de esta vinculación racionalmente innegable entre los derechos humanos, las doctrinas acerca de ellos y las tesis iusnaturalistas.”*⁶⁵

Coincidimos con los criterios expuestos Massini Correas en materia del “pedigree” de los derechos humanos, como un argumento adicional a nuestra ya ampliamente expuesta posición de marginar el positivismo decimonónico en todas sus manifestaciones arcaicas.

Pero, como ya se dijo, y ahora lo reiteramos de manera enfática, en coordenadas compatibles con la modernidad, las necesidades imperantes en el interior de nuestro país y como un cambio impostergable en el orden jurídico mexicano han generado un nuevo derecho constitucional, pero absolutamente incompatible en gran medida con las garantías de que está dotado.

Se habla ahora de derechos humanos, que en opinión de Staines constituye una redundancia puesto que todos los derechos son producto del ser humano, no

⁶⁵ Massini Correas, Carlos I., *Filosofía del Derecho, Tomo I, El Derecho, Los Derechos Humanos y el Derecho Natural*. Buenos Aires, LexisNexis, Abeledo-Perrot, 2ª ed., 2005. Pp. 111-117

obstante que “[...] desde hace algún tiempo se le emplea con un sentido específico, en relación con un grupo de derechos diferenciados de los demás y que son humanos por antonomasia[...]”⁶⁶, pero que, para los efectos que se buscan dentro de un paradigma jurídico moderno son suficientes para proteger de los abusos del Estado y de sus actos u omisiones ilegales todo, prácticamente todo lo inherente a la persona humana, y que va a obligar a todos, jueces, acusadores, defensores, abogados patronos, consejeros, litigantes, doctrinistas, estudiantes y a todos aquellos cuya actividad se relacione con las Ciencias Jurídicas a desaprender lo adquirido en las antiguas “Escuelas de Leyes” para ingresar a una etapa postmoderna, en estos albores del siglo XXI, como lo reclamaba con toda urgencia la composición del tejido social.

Sin embargo, la mera transportación del concepto “garantía” del significado que tenía hace muy poco tiempo al capítulo de mecanismo procesal, es insuficiente para hacer valer los derechos humanos ya establecidos.

Ramírez García y Pallares Yabur⁶⁷ expresan que garantía individual implica una locución de gran importancia en el ámbito jurídico mexicano y que su significado de acuerdo con Sánchez Bringas⁶⁸ gira en torno de un conjunto de prerrogativas alcanzadas por los individuos frente al poder público personificado en la autoridad; en este sentido operaban como límite para los gobernantes a fin de que se conduzcan de la manera dispuesta por las normas del orden jurídico.

⁶⁶ Staines Vega, Graciela C., *Prospectiva de los derechos humanos y su aplicación en México*, México, UNAM, 1993, p. 1.

⁶⁷ *Op. Cit.* Pp 28-29

⁶⁸ Los autores citan a Sánchez Bringas Enrique, *Los derechos humanos en la constitución y en los tratados internacionales*; Porrúa, México, 2001, p. 117-124

El concepto de “*garantías individuales*” en su sentido histórico, resulta caduco, y no es norma vigente en el texto de la Constitución Federal.

Vale señalar que al momento de elaborar estas notas seguía desatendido por el Congreso de la Unión el mandamiento establecido por el Congreso Constituyente Permanente⁶⁹ en la reforma constitucional referente al juicio de amparo, según se observa del texto del artículo segundo transitorio del decreto referido, que conmina al Congreso Federal a “*expedir las reformas legales correspondientes dentro de los 120 días posteriores a la publicación del presente decreto*”. Para este fin el Constituyente permanente también fijó una *vacatio legis* por igual período en el artículo primero transitorio. Lamentablemente el mandato, decíamos, no fue obedecido⁷⁰. Esto genera otro tipo de conflicto que es ajeno a la temática central que nos ocupa, pero que es conveniente señalar como información relacionada y que no debe pasar desapercibida, porque se genera el cuestionamiento de vigencia, observancia y obligatoriedad de la antigua Ley de Amparo que contraviene disposiciones de la Ley Suprema.

Bajo estos criterios, las conceptualizaciones de garantía individual que hicieran años atrás Ignacio Burgoa Orihuela, Miguel de la Madrid Hurtado y Jorge Carpizo MacGregor, entre otros, resulta innecesario ocuparnos de ellas, para contribuir en mínima proporción al proceso de desaprendizaje que todos los estudiosos de las ciencias jurídicas deben realizar, habida cuenta el drástico pero

⁶⁹ Cfr. Decreto por el que se reforman, adicionan y derogan diversas disposiciones de los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicado en el Diario Oficial de la Federación con fecha 6 seis de junio del año 2011 dos mil once.

⁷⁰ Vale señalar que con fecha 13 de Octubre del 2011, el Senado de la República remitió a la Cámara de Diputados la minuta de la nueva Ley de Amparo “para los efectos constitucionales”.

absolutamente imprescindible cambio en el paradigma jurídico, dejándose atrás los lastres del positivismo decimonónico.

El problema de insuficiencia que presenta se visualiza desde diversos ángulos:

- a) Está en riesgo de que se pierda la supremacía constitucional, cuando puede ser salvada, habida cuenta del valor de soberanía que significa para la nación, sin desmedro del cabal cumplimiento de las obligaciones derivadas del respeto, amparo, protección, divulgación y demás consecuentes de los derechos humanos en su moderna conceptualización.⁷¹
- b) La falta de incorporación de las obligaciones legales contenidas en el derecho convencional al derecho interno, incumpliendo inclusive, una de las disposiciones contenidas en el Tratado Internacional que en detalle habremos de analizar.⁷²
- c) Ajustando las disposiciones del derecho interno al derecho externo en materia de derechos humanos, esto es, prácticamente en todos los órdenes, para

⁷¹ Cfr. Artículos 39, 1º, y 133 en este orden, de la Carta Fundamental mexicana. De su análisis se deriva la determinación en este rango de depositar en el pueblo la soberanía, entendida ésta como indelegable para determinar las normas que regulan su sistema de gobierno; el primero, que ordena el cumplimiento de las disposiciones contenidas en los Tratados Internacionales en materia de Derechos Humanos suscritos, con los requisitos legales, por nuestro país y que obligan a incorporar al derecho interno sus disposiciones y finalmente el 133, que aunque adolece de problemas de semántica nos induce a considerar la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos como la Ley suprema del país.

⁷² Hay desatención del Constituyente Permanente y del Congreso de la Unión para cumplir con lo dispuesto en la parte relativa de los artículos Segundo, tanto del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos (Pacto de Nueva York) como de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Pacto de San José). De acuerdo con estas disposiciones el Gobierno mexicano debe implementar las medidas legislativas necesarias y obligadas para incorporar al derecho interno las disposiciones convencionales.

generar las condiciones que permitan a todas las personas establecer una relación vinculada con los Tribunales locales, sin la necesidad, a veces imposible de llevar a la práctica, de acudir a las instancias Internacionales.⁷³

- d) Revisar la Constitución, las Leyes Federales y las disposiciones locales para eliminar de su contenido aquellas disposiciones que contradigan los derechos humanos que inclusive ya le eran inherentes al ser aún antes de la existencia de las normas jurídicas que solo los reconocen pero que no tienen capacidad para concederlos.⁷⁴
- e) Que en el ejercicio de las garantías para la defensa de los derechos humanos, toda persona tenga al alcance un mecanismo simple y eficaz que corresponda a la génesis del juicio de amparo desde la Constitución de 1857 y no una serie de rigores técnicos que se traducen en restricciones, prohibiciones o condiciones difíciles de cumplir.⁷⁵

⁷³ Esta sería una mera consecuencia del cumplimiento de las disposiciones convencionales a que se refiere la nota anterior.

⁷⁴ De cumplirse con la obligación contraída, resulta obligado para los poderes Legislativos, tanto Constituyente Permanente como Congreso de la Unión, realizar una importante tarea depurativa de todas las disposiciones que contravengan el régimen de derechos humanos en vigor. De no hacerse así, siempre se acudiría a tribunales internacionales que por haberse aceptado en el decreto de vinculación a sus determinaciones, a modificar no solamente la Constitución sino una voluminosa suma de disposiciones normativas que ya no son susceptibles de sostenerse en los tiempos modernos.

⁷⁵ Es innegable que en el viejo paradigma, el legislador buscó e integró al derecho positivo una serie de disposiciones obligatorias que en la práctica se constituían en verdaderos obstáculos para acceder a los tribunales. Citamos a manera de ejemplos, los siguientes: caducidad por inactividad procesal; la prueba del interés jurídico (sustituido ahora por el interés legítimo); el arbitrio del Juzgador para notificar personalmente al quejoso sus resoluciones en los juicios de amparo, haciendo nugatorio el principio de igualdad entre las partes (Cfr. Artículo 30 de la Ley de Amparo).

- f) Definir procesalmente la progresividad de la obligación del Estado para el cumplimiento de los derechos humanos colectivos, como por ejemplo, los relacionados con la pureza del medio ambiente, vivienda, salud, etcétera.⁷⁶
- g) Finalmente, la accesibilidad de la generalidad de los integrantes del conglomerado social a los tribunales del derecho interno, frente a la grave problemática que significaría el acudir a los Tribunales Internacionales, evento éste que sin lugar a dudas está fuera de las posibilidades reales de la inmensa mayoría de las personas⁷⁷.

I.2.2.1 Ejemplos de la insuficiencia de la reforma

Primero.- La reforma constitucional que modifica los artículos 94, 103, 104 y 107 de la Constitución General de los Estados Unidos Mexicanos⁷⁸ afecta disposiciones relacionadas con el medio de defensa constitucional que constituye el juicio de amparo. Particularmente la alteración del numeral 107, fracción II, párrafo segundo en relación con el cuarto, que entró en vigor en Octubre del año de su promulgación, señala:

“Cuando en los juicios de amparo indirecto en revisión se resuelva la inconstitucionalidad de una norma general por segunda ocasión

⁷⁶ De lo que se trata es evitar contenidos de derechos humanos que por su propia naturaleza no son exigibles y por lo tanto no tienen garantías procesales para su cumplimiento.

⁷⁷ Las instancias internacionales a las que debe acudir el particular para presentar sus peticiones sobre violaciones a los derechos humanos no son de fácil acceso, precisamente por encontrarse fuera del ámbito nacional. La experiencia en diversos procedimientos internos nos ha mostrado meridianamente que no todas las personas pueden acudir a ellas, el juicio de amparo, por ejemplo; muchísimo menos, lo podrán hacer ante la Corte Interamericana de derechos humanos o ante la Comisión de derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas.

⁷⁸ Cfr. Diario Oficial de la Federación, 3 de junio de 2011

consecutiva, la Suprema Corte de Justicia de la Nación, lo informará a la autoridad emisora correspondiente”. El párrafo cuarto, por su parte, previene “Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria”

De la transcripción precedente se deduce la incongruencia e incoherencia entre el derecho interno y el derecho convencional; en tanto que por virtud de la suscripción del tratado correspondiente y la correspondiente vinculación con las determinaciones de los órganos internacionales son de cumplimiento obligatorio, la Constitución solo determina “informar” al Congreso de la Unión o Legislatura local, según el caso de tal determinación. Esto implica una enorme falta de severidad en el cumplimiento de las determinaciones judiciales porque se traduce en un elemento de fragilidad del control la constitucionalidad de las leyes que corresponde al Poder Judicial Federal y que aquí no se cumpliría sino dependería del arbitrio del órgano emisor, en detrimento de los derechos humanos y sus garantías de todos aquellos que pudieran ser sometidos a una ley que por interpretación jurisdiccional es contraria a la nueva concepción del derecho.

Pero además, si examinamos el siguiente párrafo, nos encontramos con este texto:

“Cuando los órganos del Poder Judicial de la Federación establezcan jurisprudencia por reiteración en la cual se determine la inconstitucionalidad de una norma general, la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo notificará a la autoridad emisora. Transcurrido el

plazo de 90 días naturales sin que se supere el problema de inconstitucionalidad, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitirá, siempre que fuere aprobada por una mayoría de cuando menos ocho votos la declaratoria general de inconstitucionalidad, en la cual se fijarán sus alcances y condiciones en los términos de la ley reglamentaria.”

Expresado de otra manera: En un sistema jurídico ordenado no tienen cabida las disposiciones que afecten, en cualquier medida los derechos fundamentales de las personas. Las reformas en materia del Juicio de Amparo,⁷⁹ permiten acudir a los Tribunales de la Federación para que resuelvan las controversias que se susciten por actos, omisiones o normas generales emanadas del poder público, esto es, que ahora son exigibles aquellas disposiciones que vulneren derechos fundamentales aún cuando no tengan la formalidad de una ley, así como, aspecto sin duda trascendente, cuando la autoridad no cumpla con su tarea por inacción.

Alguna vez se dijo que el Poder Judicial Federal, a través de su órgano superior, tenía la facultad de integrar las normas para cubrir las lagunas legislativas, es decir, crear derecho. Esto es inadmisiblemente porque el Poder Judicial no puede usurpar las funciones del Poder Legislativo; nadie le pide que cree normas y de hacerlo, estaríamos en presencia de situaciones de retroactividad irreconciliables con el principio constitucional al respecto. Pero para lo contrario, es decir para determinar que una ley es inconstitucional, ocurren situaciones disímiles que vale la pena examinar:

En un primer caso, en materia del juicio de amparo el párrafo xxx de la fracción II del artículo 107 Constitucional reformado, establece varios supuestos para que el principio Otero, es decir el de la relatividad en las sentencias de amparo se abandone en aras de una declaración general de inconstitucionalidad.

⁷⁹ Cfr. Art. 103 reformado de la Carta Magna

Pero veamos los requerimientos: a) Se debe tratar de juicios de amparo indirectos en revisión. b) Se debe atender a la Jurisprudencia reiterada de la Corte sobre la inconstitucionalidad de una norma general, en cinco casos consecutivos⁸⁰.

Reconociendo la Suprema Corte de Justicia de la Nación que carece de facultades para decretar directamente la abrogación o derogación en su caso de un cuerpo de normas generales o alguna en particular⁸¹, pero sin embargo, establece para los mismos efectos, diferentes planteamientos:

Un primer planteamiento, lo encontramos en los fallos que resuelvan las acciones de inconstitucionalidad a que se refiere la fracción II del artículo 105, en cuyo caso, con votación calificada de cuando menos ocho Ministros, esta determinación surtirá efectos generales y se decretará la invalidez de la norma de que se trate;

Otro bien distinto aparece en la reforma respecto del juicio de amparo contra leyes inconstitucionales. Después de pasar por el complejo procedimiento establecido, con el que no concordamos porque debiera ser liso y llano, la Suprema Corte tiene la obligación de informar al órgano emisor de la norma declarada violatoria de los derechos fundamentales, para que dentro del término de noventa días actúe en consecuencia. Si no lo hace, entonces el Pleno de la Corte, otra vez por votación calificada de cuando menos ocho Ministros, dictará el acuerdo general de inconstitucionalidad.

Pero la cuestión esencial sobre este importantísimo tema, es sin lugar a dudas los rigores con los que se maneja un aspecto trascendental en materia de

⁸⁰ El proyecto de Nueva Ley de Amparo elaborado por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y presentado el año 2000, sin que fuera enviado por falta de facultades de iniciar leyes al Congreso de la Unión, contemplaba la reducción de 5 a 3 fallos conformes.

⁸¹ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 72, inciso f.: *“En la interpretación, reforma o derogación (sic) de las leyes o decretos se observarán los mismos trámites establecidos para su formación”*

legislaciones. A nuestro entender, si el Poder Judicial Federal, como órgano de control constitucional determina que una Ley es inconstitucional, sería recomendable que se reformara la fracción III del artículo 105 Constitucional para que por la vía de la revisión forzosa el pleno de la Corte, sin votaciones calificadas que rayan en lo ilógico, ratifique la declaración de su inferior.

Y es que pueden darse varios supuestos, de lo que solo citaremos un par de ellos, a manera de ejemplo, sin que esto agote otros que también existen. En un hipotético caso: Si la Legislatura de una Entidad Federativa aprueba una norma general que prohíba caminar por las calles de determinadas ciudades después de las nueve de la noche, para su protección y seguridad y ésta es atacada a través del medio de defensa del amparo por, tal vez, 900 personas, es obvio que habrá otras tantas determinaciones de los Jueces Federales declarando la inconstitucionalidad de esa ley. Pero si las autoridades responsables se conforman con la misma y se decreta su firmeza, ya no estaríamos en el supuesto constitucional para que estas 900 determinaciones alcanzaran efectos generales.

La minuta de la Ley de Amparo que se encuentra en proceso legislativo, previene que este tipo de amparos a efecto de que tengan efectos generales en materia de normas generales declaradas inconstitucionales, los amparos indirectos deberán ser conocidos en revisión por la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por tanto, si el Tribunal más alto del país no ejerce la facultad de atracción, esto significa que lo atenderían los Tribunales Colegiados de Circuito. Esto deja fuera de la hipótesis normativa la posibilidad de que se determinen los efectos generales de la inconstitucionalidad.

Sobre este mismo tema, debe desaparecer el concepto de votación calificada para la declaración general de inconstitucionalidad. Se trata de un Tribunal de alto rango, con integrantes calificados por sus cualidades profesionales y humanas por el Senado de la República. Es absurdo que, como ya ocurrió en el pasado reciente cuatro votos impongan su criterio al de siete señores Ministros.

Es adicionalmente criticable el que los diversos casos contemplados por la constitución en materia de control de legalidad, tengan tratamientos diferentes, cuando la causa que les da origen es los defectos o vicios constitucionales de que padecen en todos los casos.

Veamos con atención: Se contemplan en el sistema normativo interno, cinco diversas formas para otras tantas decisiones:

- a) Una determinación de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, para resolver las contradicciones de tesis de Salas y Tribunales Colegiados⁸².
- b) Cuando el criterio sostenido por el mas alto Tribunal de la República, los Tribunales Colegiados de Circuito, y los Plenos de Circuito⁸³ sea concordante y consecutivo en cinco resoluciones sustentadas ininterrumpidamente y que hayan sido aprobadas por cuando menos ocho Ministros o cuatro si es determinación de la Sala; pero si proviene de los

⁸² Ver Art. 192, párr. Tercero de la Ley de Amparo

⁸³ *Ibidem*, párr.. segundo; párr. décimo del Art. 94 Constitucional (reformado junio 2011)

Colegiados deberán ser resueltas por unanimidad, para que puedan elevarse a jurisprudencia obligatoria.

- c) La ya referida con antelación respecto de las sentencias que determinan la inconstitucionalidad de una ley, que deberá ser por segunda ocasión consecutiva, y siempre y cuando se traten de amparos indirectos en revisión. Si por ejemplo, los Juzgados Federales en la primera instancia del juicio de amparo determinan la inconstitucionalidad de una norma general, así sea en cientos de casos, pero la autoridad emisora no interpone el recurso de revisión, ya no se está en el supuesto constitucional y esto se traduce en que los miles de personas que no acudieron por diversas razones a esta instancia para hacer valer sus derechos, quedarían sujetos a las regulaciones de una disposición legislativa o reglamentaria que ofende al Orden Jurídico establecido.
- d) Aquellos casos en que resuelven acciones de inconstitucionalidad⁸⁴ que dependiendo del número de votos se determina si la violación a la Constitución solo aplica de manera particular a la parte interesada o si tiene efectos generales.; y
- e) Cuando se esté en los casos de la declaración de inconstitucionalidad de una ley, ya sea por un Tribunal Colegiado durante dos ocasiones consecutivas o por la vía de la jurisprudencia a que se refiere la citada fracción II del artículo 107 reformado, según lo determina el párrafo tercero

⁸⁴ Cfr. Artículo 105, fracción II Constitución General de la República, cuyo último párrafo previene *"Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia solo podrán declarar la invalidez de las normas impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos"*

de esta misma fracción, no será aplicable a normas generales en materia tributaria.

Con sustento en las situaciones concretas enunciadas en los puntos inmediatos anteriores, es innegable que estamos en presencia de una serie de situaciones irregulares en los textos que hemos dejado anotados con anterioridad, que son confrontables con el derecho internacional pactado y por tanto, de no realizarse internamente el control de convencionalidad, al acudir a la Comisión de los Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas o a la Corte Interamericana de los Derechos Humanos derivada del Pacto de San José se ubica necesariamente en la hipótesis de ordenarse la mutación constitucional, con el consiguiente significado en el sentido de la pérdida de la soberanía, que como se indica, es susceptible de evitar sin desatender las obligaciones del Estado Mexicano en materia de Derechos Fundamentales.

El artículo primero⁸⁵ reformado de la Constitución Federal obliga a todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias a 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 en que establezca la ley, sin que dejemos de anotar que no solamente las personas gozarán de los derechos reconocidos en la Ley Fundamental, sino también aquellos incorporados en los Tratados Internacionales que hayan sido suscritos en los términos formales requeridos por la propia Carta Constitucional.

⁸⁵ Véase párrafo tercero

Al adherirse el Estado Mexicano a los Pactos de Nueva York y de San José multicitados, se obliga al cumplimiento obligatorio de las disposiciones contenidas en los mismo. México, además, se vinculó desde la misma fecha de su suscripción ⁸⁶*ad referendum* y luego ratificado por el Titular del Poder Ejecutivo y el Senado de la República⁸⁷ con la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la que de conformidad con la Sección Primera del rubro Observancia de los Tratados, el Estado ⁸⁸de conformidad con el principio “*Pacta sunt servanda*” debe cumplir de buena fe, con las obligaciones convenidas en los tratados y además, está obligado a no poder invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento del tratado.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también conocido como Pacto de Nueva York⁸⁹, dispone en la parte II, artículo 2, punto 2, lo siguiente:

“Cada Estado parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter”

⁸⁶ 3 de mayo de 1969

⁸⁷ Según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 14 de febrero de 1975.

⁸⁸ Cfr. Arts. 26 y 27 del Tratado mencionado.

⁸⁹ Adoptado el 16 de diciembre de 1966 y la adhesión de México se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 20 de mayo de 1981

El esfuerzo de modificar sustantivamente la Constitución en materia de derechos humanos, se trunca cuando las garantías de hoy, son totalmente insuficientes para proteger, amparar, hacer cumplir y que se respeten los derechos fundamentales contenidos en las leyes del derecho interno, Carta Magna incluida y particularmente, no solamente en el contenido de los Tratados Internacionales de los que México es parte, sino de las determinaciones jurisprudenciales que emanan de los órganos de juicio de que se disponen en el ámbito internacional, esto es, la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de los Derechos Humanos.

Nuestro punto de opinión es que hay insuficiencia jurídica para lograr el objetivo propuesto. Nuestra intención, demostrar la insuficiencia y proponer en nuestras conclusiones el diagnóstico de la problemática actual, con las transformaciones incluidas, y aportar caminos de solución al conflicto.

El planteamiento del problema es, en resumen: Las reformas hechas en México en materia de derechos humanos dejan cabos sueltos que dificultan la solución, complican el camino ante la ausencia sensible de una reforma procesal en materia de garantías, y sobre todo, al violarse la normatividad internacional es este punto, se genera una agresión a la supremacía constitucional, que de ser entendida y corregida, es susceptible de evitarse, con todas las consecuencias que ello implica.

Expresado de otra manera: Las reformas de fondo en materia de derechos humanos se ajustan a los requerimientos de esta época y consideramos que,

aunque algunas disposiciones constitucionales requieren alguna revisión porque son derechos humanos por concepto pero que no permiten su exigencia por tratarse o bien de los llamados difusos (colectivos), o que por su propia naturaleza no son exigibles.

Lo que está pendiente y urge resolver es lo relacionado con el nuevo concepto de garantías. Estamos hablando del Derecho Procesal Constitucional, tema que referiremos en breve más adelante.

I.2.2.2 Contradicciones sistémicas evidentes

En nuestra visión, la violación de los derechos humanos se actualiza cuando la autoridad competente se pronuncia jurisdiccionalmente en ese sentido, independientemente del número de votos, precedentes, resoluciones o inclusive para alcanzar la jurisprudencia. Luego entonces, la transgresión constitucional y al derecho convencional existe y de no corregirse el mecanismo interno tendríamos necesariamente que esperar una respuesta condenatoria de un organismo internacional que por decisión nuestra, es obligatoria y por tanto se requiere modificar nuestra legislación.

Con el único objeto de evidenciar las irregularidades de la legislación interna, que expone al sistema jurídico mexicano al escrutinio de las instancias internacionales, lo que conlleva como resultado la condena de que los cuerpos normativos aprobados por el Congreso de la Unión y que para los efectos de este

estudio lo debemos entender como un enunciado mas de la situación que prevalece en este exceso de normatividades, nos referiremos as la Ley Federal de Extinción de Dominio, reglamentaria del artículo 22 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁹⁰. Esta ley es anticonstitucional y adicionalmente transgrede disposiciones de derechos humanos establecidas en los Tratados Internacionales que como Estado ha suscrito el Gobierno Mexicano.

En efecto, la Constitución mexicana⁹¹ establece que en el caso de extinción de dominio se establecerá un procedimiento que se regirá por las reglas que el propio artículo señala y que básicamente consisten en que será jurisdiccional y autónomo del de materia penal, sin precisión mayor y que *“Procederá en los casos de delincuencia organizada, delitos contra la salud, secuestro, robo de vehículos y trata de personas [...]”*⁹². Por su parte, la Ley Reglamentaria establece:⁹³

“La acción de extinción de dominio se ejercerá, respecto de los bienes a que se refiere el artículo siguiente, aún cuando no se haya determinado la responsabilidad penal en los casos de los delitos previstos en la fracción II del artículo 22 constitucional”. Adicionalmente, el mismo dispositivo⁹⁴ señala textualmente que: *“La muerte del o los probables responsables no cancela la acción de extinción de dominio”*.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación no se ha pronunciado sobre la constitucionalidad de la ley citada; no obstante que no existe resolución al respecto,

⁹⁰ Se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 29 de Mayo del 2009

⁹¹ Cfr. Párrafo segundo del artículo 22

⁹² *Ibidem*, fracción II

⁹³ Cfr., artículo 7, párrafo primero, Ley Federal de Extinción de dominio.

⁹⁴ *Ibidem*, párrafo tercero.

vale señalar que la Primera Sala de este alto tribunal al resolver su ejercicio de atracción⁹⁵ respecto del juicio de amparo directo⁹⁶ cuya materia de fondo fue la posible aplicación de diversos artículos de la Ley de Extinción de Dominio para el Distrito Federal, por lo que se decretó la trascendencia de la atracción, pues “se está en presencia de un tema novedoso” y su resolución de este caso particular “puede servir de guía a los juzgadores en casos futuros en los que se analicen esquemas de litigio parecidos al conformado en el amparo directo[...].”

El simple análisis de lo anteriormente relacionado y transcrito, nos permite establecer meridianamente que la Ley reglamentaria incide en transgresión de derechos humanos, más allá de la intención del texto constitucional, simplemente porque las acciones de extinción dominio requieren como presupuesto para su adecuado ejercicio el que exista una determinación de la comprobación de la existencia del cuerpo de alguno o varios de los delitos señalados en el texto de la carta magna y adicionalmente el que la autoridad judicial determine la responsabilidad criminal de los procesados. Al operar de diversa manera la Ley Reglamentaria esta incurriendo en transgresión de los derechos humanos relacionados con la presunción de inocencia, debido proceso y derecho de defensa, los tres contemplados en la Constitución Federal y adicionalmente contenidos en el Pacto de Nueva York (Pacto Internacional sobre derechos Civiles y Políticos) y Pacto de San José (Convención Americana sobre los Derechos Humanos).

Si atendemos a los enunciados que solo pretenden establecer un meridiano panorama de la situación que guarda el sistema jurídico nacional, estaríamos

⁹⁵ Facultad de atracción 203/2011

⁹⁶ Se trata del amparo directo 74/2011 al conocimiento original del Primer Tribunal Colegiado en materia civil del primer circuito.

acordes en señalar la imperiosa necesidad de revisar nuestra extensa Legislación, en todos los órdenes de competencia vertical y horizontal, así como y en todas las disciplinas jurídicas del sistema mexicano, y de esta forma evitar la vulnerabilidad que representa la confrontación de nuestro derecho interno frente al derecho internacional en materia de derechos humanos.

En el mismo orden de ideas, si queremos destacar una mas de la serie de situaciones en las que necesariamente existirá una contradicción, luego confrontación y por tanto condena derivada de las irregularidades que prevalecen en el derecho generado por las instancias legislativas de nuestro país, frente al escrutinio de nuestras disposiciones normativas a la luz del derecho internacional en materia de derechos humanos el que, no obstante su exterioridad es derecho mexicano, lo constituye una disposición reformada en este año 2011 dentro de las que se elaboraron para modernizar y adecuar el nuevo marco jurídico al juicio de amparo que se traduce en la principal garantía de defensa de los particulares respecto de sus derechos fundamentales.

Esta mutación, es contraria a los derechos humanos de igualdad, de no discriminación y del debido proceso establecidos de manera convencional, pero inexorablemente obligatoria para el Estado Mexicano y lo constituye el caso de excepción contemplado en el párrafo cuarto de la fracción segunda del artículo 107 constitucional⁹⁷ que contempla la desatención del principio de generalidad cuando en dos juicios de amparo en revisión se determinas que la ley es violatoria de derechos humanos o cuando se genere jurisprudencia que determine la

⁹⁷ El texto de este apartado es como sigue: *“Lo dispuesto en los dos párrafos anteriores no será aplicable a normas generales en materia tributaria”*.

inconstitucionalidad de una ley, no aplicaría respecto de la normatividad específica contenida en el precepto de alusión.

Resulta evidente la violación del derecho interno y del derecho convencional. Uno, porque rompe el principio de igualdad de los derechos humanos y el otro, porque incumple el ajustar el derecho interno a la normatividad pactada en el derecho convencional, particularmente en lo que se refiere a la obligación de respetar los derechos y libertades reconocidas en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio.

Y son cuestiones como éstas que se relacionan de manera enunciativa las que obligan a la aplicación del control de convencionalidad que valga la insistencia no es factible de sostener por tiempo indefinido, lo que resultaría innecesario si se cumplieran las exigencias ya mencionadas para incorporar todo el derecho convencional al derecho interno y de esta manera evitar la intervención de las instancias internacionales, y menos tratándose de cuestiones inherentes a la Constitución, porque el resultado sería una resolución vinculatoria para que se reforme nuestra Carta Magna, mecanismo éste que no es indoloro, por las cuestiones examinadas en el capítulo especial correspondiente, pero que en todo caso inciden en detrimento de la soberanía, de la supremacía constitucional e irrespeto al Congreso Constituyente Permanente, cuyos mecanismos según se establece el propio texto son inexorablemente rígidos⁹⁸

⁹⁸ Cfr. Artículo 135 Constitucional.

Es evidente que con las reformas constitucionales en materia de derechos humanos⁹⁹ se genera un vuelco irrefutable en el denso panorama que prevaleció durante muchos años en nuestro país y con él, la desaparición de las entonces denominadas “garantías individuales” y de las que ya, en el curso de este trabajo de investigación se generaron algunos apuntes y comentarios sobre este particular. Debe precisarse a saz de insistencia que no nos debemos confundir con los términos: uno es el olvidado y borrado de la vida jurídica conocido como “derechos públicos subjetivos” o “garantías individuales o sociales” y otro, bien diverso el enunciado jurídico de “garantías” que surge con una gran importancia y trascendencia en la vida jurídica del país, a raíz del cambio de paradigma.

La eliminación de las garantías individuales como eje para determinar los derechos que a ultranza permeó en el Derecho Constitucional Mexicano durante siglo y medio constituye un importante paso hacia la modernidad que se debe traducir en mas eficiencia y eficacia en cuanto a la protección de los derechos humanos de los gobernados. El nuevo paradigma reclama olvidar el pasado y dotar a particulares y juzgadores nuevas y mejores herramientas para estar en aptitud de atender a los actuales requerimientos.

Es en gran medida, una revolución transformadora que elimina de las instituciones jurídicas imperantes el paradigma positivista decimonónico, que para expresarlo con toda claridad no cumplió a cabalidad el cometido para el que fue instrumentado, sobre todo si consideramos que el Estado tal vez por las enormes cantidades de problemas sometidos a la consideración del Poder Judicial Federal ,

⁹⁹ Publicadas el día 6 de junio del 2011 en el Diario Oficial de la Federación.

se convirtió en un auténtico cómplice al establecer requisitos, formalidades y exigencias no para mejorar la calidad de la interpretación de la ley sino para lograr como fin único el que se provocara una menor generación de problemas sometidos a su consideración y de esta manera dejar sin satisfacción de protección los derechos de los individuos o de las personas jurídicas que reclamaban la acción del Estado en vigilia y protección de sus intereses.

Las primeras consecuencias que se evidencian con la reforma constitucional en materia de derechos humanos se traduce de manera sensible en:

- a) La eliminación de la expresión “garantía individual” en lugar de derecho fundamental o derecho humano.
- b) La conversión de las “garantía” en meros recursos procedimentales.
- c) La obligatoriedad en la revisión del derecho internacional vinculado al derecho interno en materia de derechos humanos, es decir, el control de la convencionalidad inherente a todo tipo de autoridades.
- d) La incorporación del principio *pro personae* en la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos.
- e) La eliminación del principio de relatividad en las sentencias del Poder Judicial de la Federación en aquellos juicios de amparo que decreten la anticonstitucionalidad o inconstitucionalidad de las leyes, mediante la

declaratoria de aplicación general. Pero establece alguna excepción que viola el derecho humano correspondiente y al que habremos de hacer alusión en el apartado que habremos de elaborar como el aspecto total del giro que han tomado los acontecimientos y que ahora constituyen el objetivo central de nuestro trabajo de investigación.

Ahora bien, lo que corresponde examinar es si las reformas a las que recién se alude son suficientes para garantizar por una parte, la promoción respeto, protección de los derechos humanos y por la otra, si existen las garantías procedimentales dentro del derecho interno mexicano para cumplir con el fin esencial. Desde ahora apuntamos que, básicamente, los mecanismos de defensa de los derechos humanos que hoy día se encuentran en vigor son exactamente los mismos, con sus defectos, vicios, incoherencias y pretextos para denegar justicia que se aplicaban en el sistema jurídico del pasado.

Solo, vale la pena acentuarlo, se intentó con la reforma constitucional en materia del Juicio de Amparo modernizar la institución, pero a condición de que el Congreso de la Unión generara las reformas consecuencias con los mandamientos modernos de la Ley Suprema. La omisión del Congreso en este ámbito y las nefastas consecuencias de su inacción, son inaceptables, pero no hay forma, no hay disposición jurídica que sancione estas arbitrariedades en perjuicio de la población mexicana y que revelan un alto grado de incapacidad, desconocimiento de la juridicidad y sobre todo falta de aplicación para el cumplimiento de sus obligaciones mas elementales.

I.2.2.3 El Reto del Derecho Procesal Constitucional

Zagrevelsky¹⁰⁰ se pregunta sobre la existencia de esta disciplina científica, y al respecto el jurista turinés escribe:

“[...] por cuanto me consta, la fórmula “derecho procesal constitucional”, aunque no es usada con frecuencia, no ha entrado hasta ahora en el léxico jurídico utilizado habitualmente. Además, en los casos en los cuales se hace uso de ésta, no parece que sea con una particular e intencional riqueza conceptual [...]”.

Por su parte, Bordali¹⁰¹ afirma que *“El sentido de la Justicia Constitucional o defensa judicial de la Constitución, no es sino constituir un freno efectivo a la opresión gubernamental, especialmente cuando esa opresión se deja caer sobre los derechos y libertades de los ciudadanos y sobre los derechos e intereses de las minorías políticas en la democracia representativa”* -y cita como antecedentes remotos la determinación del Juez Marshall en el caso *Marbury vs. Madison* de 1803 en América y de 1920 en Europa, al referir de manera concreta la Constitución Austriaca. Pero ante quien debería ejercerse ese derecho de defensa, y para su respuesta se remite los jueces franceses que existían antes de la Revolución de fines del siglo XVIII llamados los *“parlements”*; los jueces franceses debían limitarse a aplicar la Ley, y si tenían dudas de cómo interpretarla, como éstos no eran otra

¹⁰⁰ Zagrebelsky, Gustavo, *¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional*, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S. C., (Fundap) 2004, p. 16

¹⁰¹ Bordali Salamanca, Andrés, “La función judicial de defensa del orden constitucional”, *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, México, Porrúa, 2006, p.,5,

cosa que los labios que pronuncian las palabras de la Ley, o seres inanimados que no pueden moderar su fuerza ni su vigor¹⁰².

Posteriormente en el país francés ocurren dos fenómenos sociales al crearse un Tribunal de Casación que era el guardián de la correcta aplicación de la ley, y el que adicionalmente, se permitiera a los jueces revisar las actividades del estado, lo que a todas luces constituye el nacimiento del derecho administrativo. La Constitución en esta época no tenía caracteres de validez jurídica sino como mero documento político, hasta que en Austria se permitió por vez primera la anulación de las Leyes a través de un Tribunal Constitucional.

No fue ajeno a estos movimientos jurídicos Hans Kelsen. Según lo relata Eto, al independizarse Austria (que formaba parte anteriormente del Imperio Austro-Húngaro), el citado jurista era considerado brillante y por ello se le encomienda la elaboración de la primera constitución del naciente país, disponiendo de una amplia libertad para confeccionar el texto, pero citamos a la letra:

*“[...] la intención de Kelsen fue la de codificar de manera sistemática e inobjetable, los principios políticos que se le habían encomendado, pero construyendo al mismo tiempo las garantías efectivas de la constitucionalidad para las funciones del Estado [...]”*¹⁰³.

¹⁰² Montesquieu, Luis Carlos de Secondant, *El Espíritu de las Leyes*, Claridad, Buenos Aires, 1977, p. 194. Montesquieu perteneció a una familia de jueces – parlaments- a los 27 años en 1716, citado por Andrés Bordali, *Op. Cit.*, p 6.

¹⁰³ Eto Cruz, Gerardo, “Un artífice del Derecho Procesal Constitucional: Hans Kelsen”, en *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, México, Ed. Porrúa- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 5ª edición, p. 85.

Comentando inmediatamente después que el propio Kelsen habría de referir con orgullo que el establecimiento de un Tribunal Constitucional era la pieza central de la Constitución que él había elaborado para Austria en 1920, pionera universal de la creación de un organismo jurisdiccional que iba a tener la potestad de impartir justicia en materia constitucional¹⁰⁴

La existencia de los Tribunales Constitucionales es prácticamente reconocida en todos los países, salvo aquellos que por su conformación política siguen practicando el absolutismo, tendencia negativa que en breve lapso está condenada a desaparecer. Analizar las funciones de cada uno de ellos, algunos integrados al Poder Judicial como en Francia y otros como organismos autónomos como ocurre en España, sería desviarnos del objetivo inicialmente propuesto.

En México, formalmente no existe un Tribunal Constitucional, pero por autoproclamación la Suprema Corte de Justicia con fundamento en las diversas disposiciones de la Carta Magna, que le genera estas atribuciones. En nuestra opinión estamos en presencia de un acto revisable porque no parecería desde el punto de vista estrictamente jurídico ni conveniente ni recomendable la acumulación de atribuciones en un solo organismo. Sano sería para el Sistema Jurídico mexicano dividir el quehacer de los Tribunales Jurisdiccionales, Suprema Corte incluida, y el de un Tribunal Constitucional autónomo, esto es, fuera de la esfera del Poder Judicial Federal, para interpretar las normas constitucionales; revisar sin votación calificada las determinaciones sobre amparos respecto de leyes consideradas jurisdiccionalmente como inconstitucionales y resolver las acciones de

¹⁰⁴ *Ibidem*, p. 86

inconstitucionalidad a las que se refiere la fracción II del artículo 105 Constitucional. No obstante las disposiciones normativas en vigor, algunas voces como Ferrer que escribe:

*“Una noción moderna y más amplia que corresponde a su enfoque material, entiende por tribunal constitucional al órgano jurisdiccional de mayor jerarquía que posee la función esencial o exclusiva de establecer la interpretación final de las disposiciones de carácter fundamental. En esta concepción se encuentran varias cortes o tribunales supremos de América Latina, donde podemos ubicar a la Suprema Corte de Justicia de México...debido a las reformas constitucionales de 1987, 1994, y 1999, se ha convertido materialmente en un tribunal constitucional.”*¹⁰⁵

En este mismo tenor, Gudiño apuntó en el foro de análisis de la reforma del Estado que:

*“La reforma constitucional de 1995, misma que, entre otras cosas, cambió la integración y la estructura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación y la perfiló de manera clara y definitiva como tribunal constitucional, e introdujo al Consejo de la Judicatura Federal como un órgano especializado en la administración y vigilancia de la judicatura.”*¹⁰⁶

¹⁰⁵ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002, pp. 55-56

¹⁰⁶ Gudiño Pelayo José de Jesús, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la reforma del Estado*, Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, México, 2007, Versión íntegra de la exposición del autor en la mesa 2.

Nuestra posición sobre este particular es que si bien es verdad que la Suprema Corte de Justicia de la Nación realiza tareas específicas de Tribunal Constitucional, también lo es que esta facultad no le fue conferida por las reformas de que hablan quienes defienden su punto de vista. Lo cierto es que, de quererlo el Constituyente lo hubiera determinado de manera expresa como ocurre en países europeos. Sin embargo, el tema se aleja de la esencia de este trabajo de investigación.

Corresponde a los Tribunales del Fuero Federal –sólo por excepción en materia de determinados asuntos de carácter penal y por la vía del derecho concurrente¹⁰⁷ la revisión de los actos y leyes generadas por el estado, las que deberán aprobar el cumplimiento cabal de los derechos humanos contemplados en el derecho interno y los derivados de los Tratados Internacionales signados sobre esta materia.

Para cumplir con esta tarea, los Jueces de legalidad constitucional y los órganos jurisdiccionales de todo nivel y aún las autoridades administrativas, habrán de usar como herramientas indispensables las garantías, entendidas en el nuevo concepto, pero conservadas sin alteración en el texto constitucional y leyes procesales.

El derecho mexicano está influenciado por el derecho napoleónico impuesto en Francia a partir de 1789 y en buena medida por el derecho anglosajón, expresado en la Constitución norteamericana de 1779.

¹⁰⁷ Cfr, Art. 104 de la Constitución mexicana.

El resultado de tal influencia ha sido durante los últimos dos siglos el generador de un paradigma jurídico anticuado, definitivamente realizado por la realidad actual y que definitivamente debe propugnarse mediante el pensamiento racional humanista que debe superar el mero contenido de la ley, para dar curso a las aportaciones científicas de otras disciplinas importantes y que contribuirían sensiblemente a lograr los objetivos que implica el bien común como camino adecuado que nos conduzca a la justicia, ideal lejano e inalcanzable hoy en día.

I.2.2.4 Soluciones entre el Derecho Procesal Constitucional y la ética

John Finnis además de lo revelador del título de su ensayo, aporta sus ideas en el sentido de que el positivismo constituye una propuesta más modesta, esto es, que el derecho estatal es o debería ser sistemáticamente estudiado como si fuera un conjunto de normas originadas exclusivamente en convenciones, órdenes y otros hechos sociales similares. Y sigue diciendo que:

“Tal y como fue desarrollado por Bentham, Austin y Kelsen, el positivismo jurídico era oficialmente neutral respecto de la cuestión que hay, fuera del derecho, criterios morales cuyo carácter directivo en la deliberación (normatividad, autoridad, obligatoriedad), no es completamente explicado por ningún hecho social. Por supuesto, -añade- que Bentham y Austin no creían que la obligatoriedad de la moral utilitarista que promovían dependiese de la aprobación de la

*aprobación de alguna persona o de algún grupo, aun cuando Austin sostuviera que todo el contenido de las normas utilitaristas está también ordenado por Dios [...]*¹⁰⁸

Frente al problema de la distorsión de los valores morales de la sociedad provocadas en menor o mayor medida por los excesos, defectos o ambos, en la justipreciación de los valores y sin que esto signifique un cambio radical en la conformación fisiológica del ser humano quien es prácticamente el mismo, sino que las dificultades artificiales para la vigencia y aplicación de una democracia actuante, transparente, reformista y sin distorsiones, se requiere un profundo análisis de las diversas corrientes filosóficas universales y a través de los tiempos, para que, con sustento en la Ética Jurídica como herramienta científico de soporte, se logre garantizar sin lugar a dudas un notable, sostenido, vigoroso e impostergable progreso moral en el desarrollo del tejido social.

En lo que Lipovetsky¹⁰⁹ en lo que llama Metamorfosis de la Virtud afirma que paralelamente a la depreciación social de los deberes individuales, las sociedades posmodernas han renunciado ampliamente a profesar el imperativo incondicional de honrar los deberes de la moral interindividual. Afirma con énfasis, que nuestra época redescubre la caridad mediante acciones humanitarias que singular importancia en los medios de comunicación, en tanto que, debemos preguntarnos de que moral se trata y desde luego que no es un periodo de legitimidad que permite el resurgimiento de nuestras sociedades sino el surgimiento de una figura inédita.

¹⁰⁸ Cfr. Finnis, John, "Ensayos Escogidos, Sobre la incoherencia del Positivismo Jurídico" en *Humanismo Jurídico* (Guillermo A. Tenorio Cueto, Comp.), México, Porrúa-U Panamericana. 2006, p. 2 y ss.

¹⁰⁹ Cfr. Lipovetsky, Gilles. *El Crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos*. Trad. J. Bgnozzi, Anagrama, Barcelona 1998, pp 128-129

Estos apoyos sustentados en la solidaridad-caridad inscritos en ese movimiento posmoralista, reportan comportamientos diversos en los grupos étnicos a los que corresponden, *vgr.*, uno de cada dos franceses no había hecho ninguna aportación a causas humanitarias en 1987; luego, según datos aportados por Charles Condamines¹¹⁰ revela que los noruegos son 10 veces más generosos que los franceses y aquellos 100 veces más que los italianos.

Independientemente de estas cifras estadísticas debemos concluir que la época posmoralista, es conjuntiva al conciliar el oropel y el corazón, el placer y la buena intención y que se traducen en apoyos externos enmascarados en una presunta solidaridad social que pretende ocultar actividades políticas individualistas cuando se propone apoyar los mayores de edad, a las madres solteras, becas a los niños, apoyo a campesinos, regalo de despensas, internet gratuito a estudiantes universitarios, solo pueden traducirse como un mecanismo de rendir culto a la personalidad mediática, para construir imágenes de generosidad mediante el uso de herramientas mercadotécnicas.

Pretendemos conocer, mediante la Ética, de manera crítica (racional y sistemática) el proceso desarrollado por la razón práctica y que culmina en la justificación de una decisión y su consecuencia ejecución. Este proceso supone, entre otros elementos, el reconocimiento de el fin o bien último del Hombre, un valor objetivo (bien y mal); ethos: normas; autonomía, deber/responsabilidad, etc.

¹¹⁰ Condamines Charles, *L'aide humanitaire entre la politique et les affaires*, París, L'Harmattan, 1989, pp. 49-54.

Adela Cortina ¹¹¹, después de hacer algunas consideraciones sobre la significación específica del concepto de la ética, arriba a conclusiones de alto interés para la filosofía jurídica, la que inclusive en su vertiente ética, -afirma-, no tiene como misión dirigir directamente la conducta, porque esta tarea, dice, compete a la moral y la religión, aunque acepta párrafos después que una mirada a la actual panorámica de esta disciplina científica, nos lleva a la conclusión de que nos hallamos en una época de ética normativa, frente a la ética descriptiva del pasado.

A continuación nos conduce por el camino de conceptualizar esquemáticamente las nuevas corrientes que configuran algo así, como ella lo llama, la atmósfera ética de nuestro momento.

El *utilitarismo* como la más antigua de las doctrinas creadas nace con Epicuro en la Grecia que atravesaba una crisis sociopolítica a finales del siglo IV a de C., en donde no era extraño que la pregunta moral se identificara con la pregunta por la felicidad individual?, esto es, que debe hacer el hombre para ser feliz, aunque si bien esta cuestión no corresponde de manera exclusiva a Epicuro, pero sí es característica de esta escuela que mueve a cualquier hombre a la búsqueda del placer y huida, por contrapartida, del dolor. Así, la bondad de una acción se mide por la cantidad de placer que puede proporcionar. Esta conceptualización fue retomada por el utilitarismo inglés a través de diversos escritores del siglo XVIII.

Actualmente un utilitarista, dice Adela Cortina, se encuentra con más de una piedra en el zapato. Una, consiste en el intento de organizar los deseos y aspiraciones

¹¹¹ Cfr. Cortina Adela, *Ética Mínima. Introducción a la Filosofía Práctica. Panorama Ético contemporáneo: ¿tiempos de una ética domesticada?*, Madrid, Tecnos, 2000, pp. 43-59.

de todos los hombres, e incluso de todos los seres vivos, buscando el mayor bien posible y teniendo en cuenta que los deseos de unos y otros están de hecho en conflicto. De aquí el problema con uno de los conceptos que la ética que relega la justicia, al convertir su función en idealista y deja la responsabilidad al Estado Benefactor, que al ampliar la prudencia individual a la sociedad produce necesariamente injusticias, como bien lo establece John Rawls en su *Teoría de la Justicia*.

Nos auxiliamos de Spaemann¹¹² para la búsqueda de una nueva luz para entender mejor, con base en nuestras experiencias y conocimientos una instrucción hacia nosotros mismos sobre nosotros mismos. La reflexión filosófica apunta, como se decía, a la unidad y lo hace en un triple sentido: 1.- Intenta que nuestros propios sentimientos, experiencias y juicios morales, en un principio a menudo dispares, formen un conjunto coherente; 2.- Trata de poner en conexión los sentimientos experiencias y juicios morales de diferentes hombres, de distintas épocas y culturas, para calibrarlos, relacionarlos y compararlos entre sí. 3.- Trata de comprender los fenómenos que calificamos de morales, y que de una u otra manera tienen que ver con las palabras “bueno” y “malo”, como algo que tiene su origen en un fundamento común y trata de identificar dicho fundamento.

Con este autor afirmamos que: las normas morales no son negociables, sino que delimitan la frontera de lo negociable; los juicios de conciencia no están a libre disposición. No obstante, la filosofía hace de esas convicciones objeto de diálogo, que

¹¹² Spaemann Robert, *Límites. Acerca de la dimensión ética del actuar*, Madrid, EIUNSA, 1987.

no pretende lograr que alguien asuma compromisos en relación a sus convicciones morales.

El discurso filosófico trata de comprender el fundamento de esa incondicionalidad propia de lo moral. Ciertamente que este intento da lugar a controversias, pues “toda palabra pronunciada suscita su contraria”(Goethe), pero esas controversias no se refieren a la existencia del fenómeno moral, que es un hecho, sino a su correcta interpretación.

Spaemann, afirma que es más dramática la situación cuando entran en contacto diversos grupos humanos o culturas divergentes y apunta en un triple sentido: 1.- Intenta que nuestros propios sentimientos, experiencias y juicios morales, en un principio a menudo dispares, formen un conjunto coherente; intenta hacerlos ,mutuamente útiles para su comprensión; 2.- trata de poner en conexión con los sentimientos y experiencias y juicios morales de diferentes hombres, de diferentes épocas y culturas para calibrarlos, relacionarlos y compararlos entre sí y 3.- Trata de comprender los fenómenos que calificamos de morales, y que de una u otra manera tienen que ver con las palabras “bueno” y “malo” como algo que tiene su origen en un fundamento común y trata de identificar dicho fundamento¹¹³

La discusión de la ética filosófica está determinada en lo esencial, entre otras cosas, por cuestiones relativas a la concreción del principio de la benevolencia. En el centro se sitúa la polémica de una posición que sus representantes han caracterizado como consecuencialismo, utilitarismo, utilitarismo idealista o como ética teleológica,

¹¹³ Cfr. *Ibidem*, p .20.

marcando la frontera respecto de las denominadas éticas deontológicas . El consecuencialismo, contempla la moralidad de toda acción en función de una estrategia de optimización. Sin embargo, no se puede considerar como concreción de la benevolencia fundamental en la cual el otro se nos hace real, una actitud que sustituya como objeto de la responsabilidad al prójimo personal real del agente por la abstracción de un proceso total.

Concluye señalando con toda puntualidad que así como el consecuencialismo es una reconstrucción de la intuición moral con ayuda de un modelo técnico de optimización, la ética del diálogo, si quiere ser algo más que un anexo metodológico a la ética kantiana de la razón, es una reconstrucción de lo ético con ayuda del modelo de los procesos de decisión democráticos. Ergo, la moralidad no es la capacidad de resolver tareas y solucionar problemas, sino la disposición a ver cuales tareas son las principales. La ética, en fin, malogra la intuición moral si en vez de marcar objetivos y límites a la técnica y a la política se concibe como una variante de la técnica o de la política.

Norbert Bilbeny en su obra *Aproximación a la Ética*¹¹⁴ examina el relativismo ético, y lo maneja como un problema descrito desde la antigüedad, y que aplica incorrectamente el concepto de justicia que lo hace depender de quien lo utiliza y del propósito con el que se maneja. Pese a todo, no podemos decir que su uso en este ejemplo, sea totalmente relativo, pues cada personaje tiene muy claro cuando una apropiación es justa y cuando no lo es. Se utilizaría una noción relativista de justicia si

¹¹⁴ Cfr. Bilbeny Norbert. *Aproximación a la Ética*. Ariel. 2ª. Ed. Actualizada, pp. 288 y ss.

apareciere una tercera persona y concluyese que es justo expropiar al colonialista y justo, también, apurar los recursos naturales de las colonias.

Sigue diciendo Bilbeny que una actitud relativista es aquella que de cualquier modo renuncia a decir que algo es bueno o malo, en sentido moral, de una manera invariablemente cierta y segura. Sostendría por ejemplo, que el soborno es deshonesto cuando una administración funciona bien, pero que no debe ser tenido por tal cuando contribuye benéficamente a recuperarla. Un mismo acto es declarado bueno y malo a la vez. La bondad o la maldad del soborno, ahora, serían solo relativas. El hecho es que para afirmar una acción o su norma son correctas, el relativista habrá tenido que hacer entrar en juego generalmente los intereses de los sujetos particulares que así lo juzgan. Pero también suelo apelar al número de éstos y a su ocasional situación: la pendiente de las justificaciones no tiene fondo. Mientras tanto, lo que queda en entredicho no es el absolutismo moral, sino el universalismo ético, que hace que lo bueno, lo honrado o lo justo pueda y deba valer lo mismo para todos y en cada ocasión. Con el relativismo es imposible llegar a un acuerdo sobre lo que es cierto, objetivo o en una palabra válido desde un punto de vista moral, porque impide la universalidad de los juicios éticos.

Desde nuestra óptica, Norbert Bilbeny en sus afirmaciones de referencia está estableciendo con toda claridad una radiografía de la distorsionada aplicación de las normas éticas a la juridicidad de algunas normas generadas específicamente por el Gobierno del Distrito Federal, que apuntan sin lugar a dudas a la interpretación superficial, equivocada, electora y transitoria de cuestiones que obedecen a todo menos a los principios que resistan el análisis de la conducta ética. La Ley que permite el aborto; aquella normatividad que hace surgir el matrimonio entre personas del mismo

sexo y el peor de todos el que permite a estos matrimonios entre iguales, el derecho de adoptar, rompen con el mecanismo del juicio ético, para impedir el que sean examinados bajo la lupa estrecha el objetivo de felicidad o satisfacción social que una norma pudiera provocar o generar como parte de sus finalidades esenciales.

La teoría de la normatividad kelsiana, su famosísima pero todavía útil pirámide de la jerarquización de las leyes; el que al derecho solo le importe la norma, sin considerar los aspectos interiores del sujeto; examinar solamente el deber ser, dejando de lado por no ser materia del derecho el ser, fueron con algunas reminiscencias en la actualidad, la razón del sistema jurídico que prevalece hasta nuestros días.

La Filosofía Jurídica, la Ética como parte esencial de la anterior, la Metodología, el análisis de las corrientes históricas y del pensamiento en las diversas épocas de la antigüedad, la antigua, la modernidad y la posmodernidad nos permiten alcanzar herramientas de incalculable valor para proponer en todas las trincheras académicas o del ejercicio cotidiano de la expresión del pensamiento jurídico, tener un extraordinario abanico de opciones sobre las cuales fundamentar nuestro pensamiento científico.

Aspectos importantes de la filosofía eudemonista generada por la creatividad del hombre de Estagira, Aristóteles que en su actividad creativa nos aportó importantes valores relacionados con los principios de la filosofía de la felicidad para que el conjunto de normas si bien se establezcan para consolidar un orden social indispensable, lleven como único y particular propósito el bienestar de cada uno de los integrantes del conglomerado social, al extremo que, resulte indispensable que en la normatividad de más alto rango se establezca la obligación del Estado y de sus órganos

de generar leyes y aplicarlas solo en beneficio de la colectividad, prohibiéndose de manera expresa y sancionable todas aquellas expresiones legalistas disfrazadas para generar simpatías, compra de voluntades, culto a la personalidad y gasto público destinado a la satisfacción de egocentrismos de cualquier naturaleza.

Hoy en día afirmamos con Manuel Atienza y Juan Ruiz Manero, de la Universidad de Alicante en España, cuando en su aportación denominada “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, demuestran, como Dworkin, Finnis, Massini y Vigo tienen toda la razón al considerar total y absolutamente rebasado el positivismo kelseniano, porque cito:

“[...] podemos concluir que el iuspositivismo ya agotó su ciclo histórico ante su falla en el reconocimiento del derecho como una práctica social compleja.”¹¹⁵

I.2.3 Corolario

La reforma constitucional en materia de derechos humanos crea un nuevo paradigma jurídico dentro del Sistema Mexicano; empero, la sobrevivencia de las garantías como mecanismos procesales de defensa, tal y como están concebidos, constituyen un obstáculo que siendo antiguo frente a nuevas ópticas jurídicas, habrá de revisar cuidadosamente para generar un nuevo garantismo, moderno, ágil, sin

¹¹⁵ Trad. Libre. El texto original en inglés dice: “[...] we can conclude that legal positivism has already exhausted its historical cycle by not recognizing law as a complex social practice.” Cfr. Atienza Manuel y Ruiz Manero Juan, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, Universidad de Alicante, España, *Isonomía* No. 27, 2007, p. 7

exigencias exageradas para convertirse en una herramienta útil y no en un valladar que pudiera resultar insalvable.

Debe entonces revisarse el capítulo de garantías. De este análisis, se obtendría: la eliminación de las garantías de seguridad jurídica que contradigan los principios *prohomine o propersonae* ; suprimir todas aquellas ineficaces, ineficientes e inexigibles y finalmente, adoptar constitucionalmente el principio *ex officio* en el quehacer del órgano jurisdiccional o autoridad administrativa que deba encontrar la verdad, dejando atrás los requerimientos procesales que como se verá en el capítulo correspondiente, solo obedecen, lamentablemente, a métodos empleados por el estado para complicar el acceso a la solución de los problemas.

En resumen, se requieren mecanismos procesales de fácil acceso, sin el rigorismo técnico del pasado que evidentemente fue construido para reducir al mínimo posible el número de asuntos que habrían de someterse a la consideración de los Tribunales y así aligerar su carga de trabajo.

Capítulo II. La Supremacía Constitucional indisponible

Si aceptamos las mutaciones constitucionales recientes en materia de derechos humanos, y consideramos que con ello el problema que se pretende resolver quedaría resuelto, cometeríamos un grave error. Veamos porqué.

Como lo expresaremos en el apartado especial correspondiente, una de las primeras consecuencias de no convertir en derecho interno al previsto en los Tratados Internacionales, obligaría en primer término a que el control de convencionalidad dispuesto constitucionalmente sea un ejercicio permanente y no transitorio como debe ser.

Si de suyo es compleja la tarea del Juzgador, no es posible que en cada caso se cumpla con esta exigencia dispuesta en el mas alto rango de la normatividad, sin que se tomen medidas adecuadas para que, por una parte, se cumplan los postulados previstos para la atención, cuidado y hacer prevalecer los derechos humanos y por la otra, se cumplan cabalmente con las disposiciones derivadas del derecho internacional, convertido en derecho mexicano.

Ahora bien, si se toman en cuenta las disposiciones internacionales y se derogan o abrogan todas aquellas disposiciones que a través de los años han saturado el universo normativo de nuestro país que de alguna manera se opongan u obstaculicen el ejercicio de la defensa de los derechos humanos, no habrá necesidad de acudir ante los Tribunales externos a reclamarlos, porque aquí, por

virtud de un derecho interno progresista, liberal y actualizado se disponen de todos los medios para la absoluta protección de los derechos humanos.

Se requeriría obviamente revisar cuidadosamente las garantías, esto es, los mecanismos procesales de los que se pueda disponer para que de manera ágil, sin complicaciones ni requerimientos formularios se acceda a los medios de defensa no solamente constitucionales sino integrados en los diversos cuerpos normativos que se encuentran vigentes en los ámbitos federal, estatal y municipal para que aplique a todo tipo de autoridades.

Si los órganos de gobierno son capaces de realizar los ajustes apuntados en los párrafos anteriores, no habrá organismo internacional, ni de la ONU pero ni de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos que ordene reformas constitucionales, que insisto, solo corresponden a los mexicanos por significar su soberanía.

Así, sobre estas sólidas afirmaciones, debemos sostener la supremacía constitucional indisponible, sin incumplir con las obligaciones convencionales pactadas en los términos del *"Ius Cogens"*.

II.1 Sobre la jerarquía normativa

El objetivo que se busca alcanzar en este apartado en estudio es el de probar satisfactoriamente y a plenitud que en cualquier país, sea cual fuera la forma de

gobierno adoptada por el pueblo en el ejercicio de sus libertades, pero con un régimen escrito sustentado en una Constitución, sea del signo que su democracia determinare debe, por encima de cualquier supuesto, prevalecer el principio de la supremacía de la Constitución en contraposición a la postura adoptada por aquellos que infundadamente han tejido una teoría inadmisible, insostenible y jurídicamente inaceptable para llegar a la equivocada conclusión de que los tratados internacionales en materia de derechos humanos deberían ubicarse jerárquicamente por encima de la Constitución.

Lo anterior pretende significar que las profundas transformaciones de la concepción de los derechos humanos como sistémicos del nuevo paradigma del derecho, han generado alteraciones tan sensibles como la que se señala en el párrafo anterior, pero que no permiten olvidarnos del aspecto fundamental de las jerarquías normativas.

Nos queda perfectamente claro que para el orden jurídico es imposible considerarlo sin que se precise el mecanismo de jerarquización de las normas positivas, sobre todo para determinar lo correspondiente frente a conflictos antinómicos, entre otras ventajas. Barack, destacado Juez norteamericano, de origen judío, nos regala sus reflexiones:

“[...] no es suficiente que sepamos hacia dónde necesitamos ir. Debemos desarrollar los medios que nos ayudarán a alcanzar dicha meta. Estos medios deben ser legítimos; el principio del Estado de derecho se aplica primero y antes que nada a los jueces mismos,

*quienes no comparten la libertad de la legislatura para diseñar nuevas estructuras con los mismos ladrillos viejos o crear nuevos ladrillos [...]*¹¹⁶

Así, aceptados como están los derechos humanos y sus garantías dentro del nuevo paradigma constitucional –los nuevos ladrillos-, se tienen dos alternativas posibles para determinar la jerarquía de las normas.

Como visualizamos la cuestión estas dos posibilidades son:

- a) La confortable, que estriba en aceptar simple y llanamente que los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos se encuentran por encima jerárquicamente de nuestra Constitución, con los argumentos que, como expresan algunos jueces en sus resoluciones, son fundados pero inoperantes, en el sentido de que como es el tópico de actualidad debe ser aceptado sin discutir ni analizar su fundamentación. Que no importa dejar de lado la soberanía y con ella la supremacía constitucional si a cambio de esto se obtienen enormes beneficios traducidos en mejores derechos humanos. Esta postura para nosotros es inadecuada y por tanto inaceptable, y sobre todo porque no tiene ningún fundamento de carácter jurídico del origen que fuere.

¹¹⁶ Barack, Aharon, *Un Juez Reflexiona Sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia*, México, Suprema Corte de Justicia, 2002, p. 53.

- b) La que ahora se propone que, por el contrario, está encaminada al respecto irrestricto de todos y cada uno de los derechos fundamentales, merced a las adecuaciones de nuestro derecho interno, de manera tal que la supremacía constitucional se garantice, no solamente por el simbolismo que representa, sus implicaciones con la Soberanía, sino por el gran respecto que a todos debe merecer un órgano colegiado de suma trascendencia: El Congreso Constituyente Permanente. Para lograrlo se requiere un ejercicio factible del Estado Mexicano indoloro y de pronta ejecución, como lo veremos en el apartado consecuente.

En el capítulo relacionado con las conclusiones y propuestas, habremos de establecer, esperamos que meridianamente los mecanismos que debieran actualizarse en nuestro derecho nacional para que los postulados de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos se cumplan a cabalidad y simultáneamente se garantice el respeto a nuestra soberanía, respetándose interna y en el exterior el rango superior de la Constitución General de la República.

En defensa de la supremacía constitucional, de la soberanía nacional y la prevalencia de los derechos humanos considerados en el derecho mexicano, integrado por el derecho interno y el convencional, consideramos que el tema central es el relacionado con la innegable influencia del derecho convencional, no solamente respecto de los derechos humanos contenidos en los tratados respectivos, sino particularmente destacable a resultas de la vinculación con las

determinaciones de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas derivadas del Tratado Internacional sobre derechos civiles y políticos, pacto de Nueva York y el Pacto de San José, Convención Americana de los Derechos Humanos, cuyos órganos jurisdiccionales tienen autoridad para imponer sus criterios con el carácter de obligatorios por determinación voluntaria del Estado Mexicano.

Los acontecimientos modernos, ciertamente, han generado una nueva gama de reclamos sociales que han alcanzado niveles de carácter mundial, frente a determinadas muestras de tiranía, transgresión de los derechos fundamentales, control violento de la disidencia política y hasta enmascarados en actitudes antiterroristas algunos países “desarrollados”, han generado una actividad a todas luces irregular como las detenciones sin cargos, sin debido proceso o la marginación de seres humanos a lugares recónditos fuera de sus países de origen, caso Guantánamo.

Esta inquietud de carácter universal tiene que ser bien encaminada y básicamente lograr la amplia e indiscutible manera de aplicar las disposiciones que salvaguarden dentro y fuera de cada nación la universalidad de los derechos fundamentales.

Lo que no aceptamos es que se haya adoptado una sola solución sin examinar otras alternativas que en primer término, permitieran cumplir a cabalidad los objetivos de prevalencia de los derechos humanos a nivel universal, pero que con imaginación y con mentalidad liberal y progresista se genere el cambio de

paradigma jurídico que consideramos habrá de generar anchurosos caminos para aplicar no solamente los derechos fundamentales sino derechos genéricos de cada uno de los sujetos racionales de la normatividad jurídica, para que nadie se duela de su irrespeto o incumplimiento, pero que al propio tiempo se respete la soberanía nacional.

Los argumentos que nos asisten para llegar a la conclusión de la indisponibilidad de la supremacía constitucional, son abundantes:

a) Los tratados internacionales que se refieren a derecho humanos no pueden bajo ningún contexto constituirse en derecho supraconstitucional, porque se puede arribar al mismo efecto, esto es, lograr un cabal y absoluta protección de los derechos humanos tutelados por el derecho mexicano (tanto interno como convencional integrados).

b) El avance logrado por la reforma constitucional mexicana en materia de derechos humanos simplifica el problema al quedar resuelto el aspecto de la normatividad en el mas alto rango; abandonar el sistema de garantías individuales o sociales, a todas luces obsoleto y decimonónico es un señalado triunfo del progresismo del derecho y llegar con mejores herramientas a las reclamaciones sociales del siglo XXI; pero al mismo tiempo, es factible respetar el concepto de supremacía constitucional, cumpliéndose los requerimientos necesarios para que no sea menester que una Corte Internacional ordene mutaciones que solo deben corresponder al Congreso Constituyente Permanente.

c) Los argumentos para dejar ubicada la Constitución en segundo término son, en nuestra opinión una respuesta tangencial provocada por el sistema positivista normativo que no permite la impureza de las disposiciones legales generadas por el poder legítimamente constituido, con total exclusión de todas las inferencias de diversa disciplina jurídica, acorde a la escuela tan coherentemente defendida por Hans Kelsen y de la que nos habremos de ocupar en el apartado correspondiente de este propio trabajo de investigación.

d) La lectura simplista de la no supremacía constitucional, es un recurso inválido, ligero, para soslayar el cumplimiento de cierto tipo de obligaciones vinculatorias adquiridas por el Ejecutivo y ratificadas en algunos casos por el Senado y en otros por el Poder Legislativo, según la nación de que se trate, pero sin una lectura profunda que permita encontrar el meollo de la problemática de la posmodernidad que vivimos y con ese supuesto identificado a plenitud, transitar por un diferente camino de juridicidad, cambiando el paradigma como es preciso, en lugar de recurrir a soluciones que son estrictamente dictados por intereses de la política imperante, y dejando marginados los caracteres jurídicos que deben imperar en toda sociedad que sujeta el quehacer de todos sus habitantes en el imperio de la Ley. Tan no ha se ha generado un análisis profundo de la cuestión, que inclusive algunos destacados juristas como Fix Zamudio que solo se permite enunciar, el que *“[...]en este original sistema la función de los jueces se postra limitada, a fungir como la boca*

*de la ley, con las restricciones de poder realizar interpretaciones jurídicas como órgano autómatas, falta de creatividad, que ya se ha demostrado el rol de los jueces constitucionales[...]*¹¹⁷

Con apoyo en lo anterior, estamos en aptitud de afirmar entonces, que dentro de la rigidez del paradigma jurídico en el que estamos inmersos, hay quienes, sintiendo que la calidad de juez constitucional se los permite, realizan cambios esenciales en el sistema jurídico imperante –que es a todas luces inadmisibles-, para no actuar limitadamente al fungir como boca de la ley – de la que en múltiples ocasiones se dice que habló en su momento Montesquieu- como autómatas, o seres inanimados.

e) Que quede claro desde ahora: Nos ubicamos en una posición liberal de cambio radical. Si solo criticáramos la postura de buscar resquicios para burlar la estrechez del positivismo decimonónico, mediante actitudes que rompan el propio sistema, correríamos el riesgo de ser calificados como conservadores del derecho. No es nuestra intención, ni nuestra postura. Por el contrario, se trata de no recurrir a trucos ineficaces, a falacias jurídicas para burlar la supremacía constitucional y aplicar normas que no son generadas por el Poder Legislativo, y hasta considerarlas por encima de la Carta Magna. Innovaremos para proponer un paradigma moderno, del siglo XXI que permita un amplio campo de acción no solamente para el poder público y en particular sus legisladores y autoridades jurisdiccionales sino para el universo de súbditos del

¹¹⁷ FIX ZAMUDIO, Héctor, “El Juez ante la norma constitucional” en *Justicia Constitucional, ombudsman y derechos humanos*. 2ª- ed. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2001. Pp. 1 y ss.

Estado, dentro de un paradigma jurídico amplio, satisfactorio, principialista que deje atrás el actual que, anquilosado nos asfixia, o propicia, como está ocurriendo de manera lamentable e innecesaria a recursos frívolos en aras de defender los postulados que no están contemplados en nuestra Legislación.

Ya hemos señalado que la escuela positivista decimonónica –la que fuera creada por Comte, luego seguida por Emanuel Kant, perfeccionada al máximo por Hans Kelsen y en la modernidad defendida por Robert L. A. Hart y Ulises Schmill - a dos siglos de distancia de su fundación, está totalmente rebasada y genera, entre otros problemas a los que ya nos hemos ocupado el relacionado con este capítulo y propicia, valga la reiteración, acudir a soluciones tangenciales insostenibles en rigor científico. Su pirámide jerárquica de las normas puede y debe continuar aún en el indispensable, inevitable y urgente cambio de paradigma jurídico aplicable. Y en la cúspide de tales reglas de trascendencia normativa deberán estar, incuestionablemente, bajo cualquier figura y con el contenido que fuere las Cartas Magnas de cada nación en la que el Constitucionalismo sea el punto central de sus correspondientes sistemas jurídicos imperantes.

Tiene vigencia plena el pensamiento de Hamilton, al referirse al papel de los jueces como intérpretes de la ley, en 1788, señaló:

“Una Constitución es, de hecho, y así debe ser vista por los jueces como una ley fundamental. Por tanto, corresponde a ellos establecer su significado así como el de cualquier acto proveniente del cuerpo

*legislativo. Si se produce una situación irreconciliable entre los dos, por supuesto, aquel que tiene una superior validez es el que debe prevalecer; en otras palabras, la Constitución debe prevalecer sobre la intención de sus agentes”.*¹¹⁸

Nuestra posición irreductible estriba en considerar, como ya se dijo, que todo sistema normativo de esta naturaleza deberá estar supeditado a la Constitución de cada país.

Independientemente de los textos de algunas Constituciones a las que habremos de recurrir solo para efectos de un ejercicio de derecho comparado, es determinante anotar los principales argumentos jurídicos que sustenten el criterio que ahora estamos defendiendo, sin concesiones de naturaleza alguna.

II.2 Sobre las garantías constitucionales y los derechos humanos

Algunos autores, cuyos puntos de vista habremos de analizar, sostienen que los Tratados Internacionales deberán estar por encima de la constitución, cuando de derechos humanos se trata. Empero, si bien es verdad hasta hace unos cuantos días era inexistente la enorme transcendencia en el sistema jurídico de este enunciado, ahora que ya se integró el por el órgano correspondiente que lo es el Congreso Constituyente Permanente, y modificó radicalmente el concepto de “garantía” que abandona la sustantividad de la que fue investida en el pasado, para

¹¹⁸ Hamilton Alexander, *El Federalista*, (editado por B. F. Wright), Cambridge, Mass. 1961, pp. 491-493

adquirir una nueva y limitada dimensión: ahora son mecanismos procesales que permitan reclamar el respeto, amparo, promoción y cumplimiento de los derechos fundamentales denominados constitucionalmente derechos humanos.

Es precisamente el capítulo de garantías el que adolece de elementos jurídicos para imponer una modificación radical a su estructura actual, aún en el nuevo concepto, para igualmente transformarse y garantizar, como su nombre exactamente lo indica, el propósito que se busca en el nuevo paradigma: Un mejoramiento de las condiciones personales de los integrantes de un tejido social, cada día mas exigente y con mayor respeto de los derechos que le son inherentes.

No es, bajo ningún ángulo de análisis, nuestra pretensión señalar que las garantías tal y como son ahora constituyen un aspecto negativo del orden jurídico nacional. Quiere significar, enfáticamente que las garantías como están ahora, no impiden el adecuado cumplimiento de la función que ahora le es constitucionalmente asignada.

El nacimiento de la asignatura dentro de la normatividad del derecho interno mexicano se dio bajo condiciones atípicas y absolutamente intrascendentes.

En 1989, alguna nación, sin sustento jurídico de fondo que apoyara una decisión de esa naturaleza, determinó, en uso de facultades reglamentarias otorgadas por la Constitución, modificar la estructura de su Secretaría de Gobernación, esto es, el Organismo del despacho encargado de los asuntos internos del país, para crear, sin necesidad jurídica alguna una Subsecretaría que

se denominó de los derechos humanos. Un año después, por decreto presidencial se canceló la oficina mencionada y en su lugar se creó una denominada Comisión Nacional de Derechos Humanos, que se integró como determinó el Jefe del Ejecutivo Federal, que obviamente no vinculaba a las Entidades Federativas para asuntos de su competencia. Sobre este panorama jurídico desolador, la cuestión en análisis se complica aún más, cuando por iniciativa del Ciudadano Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, se turna al Congreso Constituyente Permanente un proyecto de adición al artículo 102 Constitucional, que hasta entonces solo estaba destinado a definir y fijar atribuciones a la institución Ministerio Público de la Federación. Con esta alteración constitucional, porque fue aprobada por el Senado, la Cámara Federal de Diputados y la mayoría de las Legislaturas Locales, se creó un apartado B, destinado única y exclusivamente a la creación de la Comisión Nacional de los Derechos Humanos por el Congreso de la Unión y las legislaturas de las entidades federativas. Su objetivo: “[la] *protección de los Derechos Humanos que ampara el orden jurídico mexicano*”. Sobre éste particular Gudiño considera que el:

*“[...] primer problema que enfrenta el intérprete de este precepto es precisar el significado del concepto derechos humanos, no de manera abstracta sino dentro del contexto que lo utiliza la constitución [...] La denominación “derechos humanos” por sí sola resulta ajena a la tradición jurídica mexicana [...]”*¹¹⁹

La primera cuestión que durante muchos años surgió respecto del texto constitucional referido en el párrafo inmediato anterior es conocer con la precisión

¹¹⁹ Gudiño Pelayo, José de Jesús, *“El Estado contra sí mismo”*, Noriega Editores, México, 1998, pp. 96-97.

que requiere el tema, cuales son los derechos humanos que específicamente “ampara el orden jurídico mexicano”. La respuesta es obligada y obvia en alto grado: nuestro sistema jurídico no amparaba ningún derecho humano. Y al no estar previstos ni en la Constitución ni en ninguna otra Ley, es incontestable la imposibilidad jurídica recta, directa, jurídica, ordenada y legítima de aplicar esa disposición.

Si se pretende soslayar la realidad jurídica del país; si se quiere anteponer el calificativo de liberal al romper con la estructura del paradigma impuesto desde el siglo diecinueve, como algunos lo están haciendo o cuando menos lo pregonan es atentar contra la legalidad. Por tanto, no es admisible que con el tema de la tutela de los derechos humanos que se dice estos se encuentren amparados con un Tratado Internacional que por razones políticas -que hacen suponer fundadamente que sus consecuencias jurídicas no fueron valoradas y menos sus alcances- haya celebrado el Presidente como titular del Poder Ejecutivo de un país y ratificado con el Congreso Federal, o la Cámara que le corresponda, según la nación, sea bastante, suficiente, avanzado, moderno y liberal que sean admitidos como aquellos *que debe tutelar el Estado*, aun cuando no estén acordes con el texto de la Constitución en estudio. Ergo, es falso que los tratados internacionales, ratificados por el Senado, están por encima de la Carta Magna.

Si somos capaces de lograr, como lo habremos de proponer en el capítulo de conclusiones de este trabajo de investigación que se hagan cumplir los postulados de los derechos humanos, sin excepciones de ninguna naturaleza, dotándolos de mecanismos sencillos y eficaces para generar este resultado, entonces, los tratados

internacionales suscritos en este rubro, no pueden ni deben ser fundamento para olvidarnos de la supremacía constitucional.

Ahora bien, Constitución Mexicana finalmente ha abandonado el conjunto de garantías individuales y sociales, a saz de ineficiente, anticuado, y agotado, para asumir ampliamente un criterio progresista y liberal integrador de los derechos humanos que no son sólo aquellos que aparecen en el texto de la Ley fundamental sino también los contenidos en los Tratados internacionales suscritos por el Estado mexicano y que hayan cumplido las condiciones del propio texto.

Esto significa que básicamente tenemos una nueva Constitución, dejando de lado la parte estructural, para quedar inmersos en un nuevo paradigma jurídico que contempla el universo del derecho bajo una óptica completamente distinta.

Entonces se impone, en primer término, desaprender los aspectos con los que crecimos, estudiamos y conocimos desde nuestra formación universitaria y en el campo de la experiencia profesional para incursionar con herramientas útiles y eficaces a un principio dominante en nuestro tiempo que es el de la primacía de los derechos humanos.

El conjunto del derecho mexicano, tanto interno como convencional en materia de los derechos humanos es la traducción normativizada de la aplicación del iusnaturalismo racionalista, donde se encuentra el origen de la noción, esto es los derechos y privilegios que la ley natural concede al hombre, según la fórmula de Locke, para preservar su vida, libertad y status contra las agresiones e intentos de

otros hombres¹²⁰ fórmula ésta que data desde el siglo XVIII, y que son los que constituyen la razón de ser del Estado.

El que se incorporen al texto constitucional constituye un franco abandono al debate de las teorías y el rompimiento con paradigmas jurídicos arcaicos que impedían la injerencia de la Filosofía del Derecho y particularmente de la Ética en las cuestiones normativas, y menos en el mas alto rango que legislación alguna puede tener. Significa esto, el establecimiento de una serie de derechos morales integrados a la ley, pero no aquellos que únicamente pudieran existir en la mente del generador, sino sólo aquellos que, como lo dice Rubio Llorente¹²¹ sino sólo aquellos que en un lugar y unas circunstancias históricas concretas se considera imprescindible garantizar frente al poder, con independencia de su contenido sea coincidente con el de derechos universales, o resulte relevante sólo para los miembros de esa comunidad particular.

Como ahora están inmersos los derechos humanos –fundamentales, si se encuentran en el texto de las constituciones se está ajustando la teoría republicana del derecho a diferencia de la teoría absolutista del deber que maneja tolerancias, las que de otorgarse obedecen a cuestiones puramente políticas y que son concedidas y abolidas a voluntad por el detentador del poder, como ocurría en el siglo XVI cuando el detentador del poder francés otorgó la tolerancia los protestantes franceses –los hugonotes-, con el Edicto de Nantes de 1598, bajo el argumento de la gracia otorgada por la comprensión religiosa, pero ya bajo Mazarín,

¹²⁰ Citado por Rubio Llorente, Francisco, “Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho”, *“his life, liberty and estate against the injuries and attemps of other men”* en *Fundamentos*, Núm. 4, Junta General del Principado de Asturias, Madrid, 2006, pp 209-210.

¹²¹ *Op cit* p 213.

sólo como una cuestión de política exterior; el Edicto de Fontainebleau del año 1685 derogó el Edicto de Nantes y penalizó la confesión evangélica, dispuso la destrucción de las iglesias evangélicas, castigó los servicios religiosos domésticos y expulsó a sus sacerdotes del país¹²².

Esencialmente, sigue diciendo Kriele¹²³ que la división de poderes significa la sujeción del poder del Estado a la Constitución y a las Leyes de las que no puede disponer y a las que no puede violar, pues solo si el poder del Estado está sujeto al derecho en general, puede estar también sujeto a los derechos humanos.

Las afirmaciones señaladas en los dos párrafos precedentes quien utilizarse en el contexto del tema que nos ocupa para explicar que, no obstante el que se incorporaron al texto de la Constitucional Mexicana los derechos humanos, contenidos dentro del propio texto, y además, los generados por los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por nuestro país y la sujeción a los tribunales internacionales en este rubro, más la obligatoriedad de las jurisprudencias generadas.

Ahora bien, no debemos desestimar que en el texto de la Constitución de 1857¹²⁴ se dispone el rubro de “*Los derechos del hombre*” a los que los declara como la base y el objeto de las instituciones sociales, pero también que en la misma disposición impone a todas las autoridades la obligación de “respetar y sostener” las garantías constitucionales.

¹²² Hobbes, Thomas, citado por Martin Kriele, en el “Tema Derechos humanos y división de poderes”, en *Panorama de la Filosofía Política, Op. Cit.*, p. 27.

¹²³ *Ibid*, p. 28

¹²⁴ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, promulgada el 5 de Febrero de 1857

En la Constitución de 1917, como ya lo referimos en otro apartado, se mantiene el criterio de que “garantía” es sinónimo de derecho fundamental, seguramente siguiendo el postulado de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre y del Ciudadano¹²⁵ que establecía la condición de división de poderes y garantizar los derechos para que pudiera ser considerada como Nación, aunque en este texto constitucional del siglo veinte, se deja de lado la expresión “derechos del hombre”.

Nuestra postura en torno del sistema de garantías, tal y como estaba concebida en algo mas de siglo y medio es que era absolutamente insuficiente, en situaciones específicas inexigible y sus medios de defensa muy alejados de la accesibilidad general, merced a la serie de requerimientos, plazos, términos y cuestiones que dejaban de lado el auténtico y eficaz cumplimiento en la tarea de respetar y hacer prevalecer los derechos fundamentales, todo esto, merced a una nunca expresada determinación de continuar abonando el camino del paradigma positivista decimonónico, rebasado por la realidad y por las exigencias de la postmodernidad.

Eliminar la expresión “los derechos del hombre” y solo conservar la de “garantías”, como ocurrió en el pasado reciente, sin lugar a dudas es evocar el conflicto ancestral del iusnaturalismo con el positivismo jurídico, no obstante que, como bien lo apunta Carlos S. Nino, cuando al hablar del tipo de propiedad ética específica que lo distingue de un orden de pura fuerza:

¹²⁵ Cfr. Art. 16 del documento citado

“[...] el jurista debe hacer una estimación axiológica de las principales normas vigentes. Afirmar esto y postular, mas o menos vagamente los criterios valorativos respecto a los cuales debe juzgarse a un ordenamiento para determinar su carácter jurídico, constituye el programa iusnaturalista... que el jurista estaría mal encaminado si no hace una apreciación valorativa de las normas que pretenden ingresar a su sistema; en caso contrario, su ceguera dogmática lo llevaría a confundirlo todo, poniendo en el mismo caso al derecho con el régimen de un gangster.”¹²⁶

La reciente incorporación del concepto derechos humanos en el artículo primero constitucional mexicano como ya lo hemos precisado en el apartado especial sobre esta reforma deja atrás el arcaicismo decimonónico. Previene el reconocimiento de una serie de derechos fundamentales insertos en el propio texto constitucional –aunque requieren una revisión porque algunos de ellos no son fundamentales-, e incorpora los reconocidos por virtud de los Tratados Internacionales en los que el Estado mexicano sea parte.

Pero lo novedoso y que requiere examen analítico son las siguientes cuestiones:

¹²⁶ Nino, Carlos Santiago, *“Consideraciones sobre la dogmática jurídica”*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989, pp. 19-20.

a) La expresión *“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”*.¹²⁷

b) Que *“la interpretación de las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia...”*¹²⁸

c) La obligación de favorecer: *en todo tiempo a las personas (con) la protección más amplia.*¹²⁹

d) *“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.”*¹³⁰ , y

e) *“En consecuencia, el Estado deberá prevenir investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.”*¹³¹

II.3 Sobre el constitucionalismo comparado: Estados Unidos de Norteamérica y México

¹²⁷ Cfr. Párrafo primero, *in fine*, del artículo constitucional señalado.

¹²⁸ *Ibidem*, párrafo segundo, primera parte.

¹²⁹ *Ibid*, párrafo segundo, *in fine*.

¹³⁰ *Ibid*, párrafo tercero, primera parte.

¹³¹ *Ibid*, párrafo tercero, *in fine*.

Lo anterior, se puede sostener gracias a diversos argumentos. A saber:

- a) Los tratados internacionales no aprueban el *test de pedigree* al que se refiere Ronald Dworkin¹³². En efecto, si examinamos su origen no vamos a encontrar otro diferente a un acto político del titular del Poder Ejecutivo, ratificado por votación simple por una parte del Congreso Constituyente Permanente y por tanto sin la elemento jurídico de supremacía jerárquica, apoyados en los siguientes aspectos del derecho comparado. Recurriremos para ello a las disposiciones relacionadas con el tema respecto de los Estados Unidos de América y México.

En relación con el primero de los países invocados, la cuestión que ahora nos ocupa, surge en torno del texto del artículo VI 2º párrafo de la Constitución de los EE. UU., en el que dispone:

“La presente Constitución, las leyes de los Estados Unidos que en virtud de ella se aprobaren y todos los tratados celebrados o que se celebren bajo la autoridad de los EE. UU., serán la ley suprema del país. Los jueces de cada Estado estarán obligados a observarla, aún cuando hubiere alguna disposición en contrario en las Constituciones o en las leyes de cualquier Estado”.

¹³² Dworkin Ronald. *Los derechos en serio*, Op. Cit.

Como ocurre frecuentemente, la Constitución en sus términos no satisfizo a todos los grupos sociales y políticos del país, por lo que se generó una intensa polémica entre los que estaban a favor y otros en contra de la Constitución generada por la Convención de 1787 en Filadelfia. Por virtud de esto, el que fuera secretario de George Washington, un abogado llamado Alexander Hamilton y quien asistiera como constituyente por el Estado de Nueva York, concibió escribir una serie de artículos en defensa del nuevo sistema de gobierno, con el apoyo y colaboración de James Madison, constituyente igualmente pero por el estado de Virginia y de John Jay, que era Secretario de Relaciones Exteriores en el Gobierno de la confederación y luego designado por el Presidente Washington como primer Presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos para el período 1785-1795. Entre los tres mencionados produjeron ochenta y cinco artículos, que posteriormente fueron sistematizados y publicados bajo el título de “El Federalista”¹³³

El pensamiento de Hamilton, refleja los dos principios del control de la constitucionalidad. Uno, mediante la facultad que tiene el poder judicial para establecer las limitaciones al poder y cuyo deber, obligadamente habrá de traducirse en la declaración de nulidad de todos los actos contrarios al sentido de la Constitución. En efecto, sostiene:

“[...] todo acto de una autoridad delegada, contrarios a los términos del mandato con arreglo al cual se ejerce, es nulo. Por tanto, ningún acto legislativo contrario a la Constitución puede ser válido. Negar esto, equivaldría a afirmar que el mandatario es superior al mandante, que

¹³³ Hamilton, Madison y Jay. *El Federalista*. México, Fondo de Cultura Económica, 1957.

los representantes del pueblo (nosotros decimos los “poderes constituidos”) son superiores al pueblo mismo (poder constituyente”)... y luego agrega: *“No es admisible suponer que la Constitución, haya podido tener la intención de facultar a los representantes del pueblo, para sustituir su voluntad a la de sus electores. Es mucho más racional, entender que los tribunales han sido concebidos como un cuerpo intermedio entre el pueblo y la legislatura, con la finalidad, entre otras varias, de mantener a esta última dentro de los límites asignados a la autoridad”.*¹³⁴

Y es precisamente el quinto caso a resolver por la Suprema Corte de Justicia americana que había sido establecida en 1790, trece años después, bajo la presidencia del Juez John Marshall – ejercida de 1801-1835-, el más famoso de todos ellos, por su trascendencia no solamente en el derecho sajón, sino evidentemente en el constitucionalismo iberoamericano. En efecto, y siendo de todos conocida la historia a ventilar por la más alta autoridad judicial en el caso Marbury vs. Madison, omitimos, porque en definitiva, nuestro interés está focalizado principalmente en los términos en que se pronuncia la resolución, que es, a todas luces, irrefutable. Uno de ellos, que no es el objeto de éste apartado consiste en la determinación que habrá de permitir al Poder Judicial calificar la constitucionalidad de todas las leyes generadas no solamente por el Congreso Federal, sino por las legislaturas de cada uno de los estados de la unión, y la segunda cuestión, respecto de la supremacía constitucional.

¹³⁴ *Ibid*, Cap. 78.

Es de trascendencia dedicar este espacio para contener sucintamente los principales argumentos sustentados en el fallo de la controversia referida:

1).- *“Que el Gobierno de los Estados Unidos ha sido enfáticamente denominado “un gobierno de leyes y no de hombres”, por lo cual “la cuestión de si una ley repugnante a la Constitución puede llegar a ser ley del país, es una cuestión que interesa profundamente a los Estados Unidos”.*

2).- *“Que el pueblo tiene un derecho a establecer para su gobierno futuro, aquellos principios que en su opinión deban conducirlo a su propia felicidad, es la base sobre la cual toda la constitución ha sido erigida... los principios así establecidos son fundamentales, así como la autoridad de la que proceden, es suprema (para nosotros el poder constituyente) y están concebidos para ser permanentes.*

4).- *Es demasiado simple para ser controvertido, que la Constitución controla todo acto legislativo repugnante a ella; o por el contrario, que la Legislatura puede alterar la Constitución mediante una ley ordinaria. Entre estas alternativas no hay término medio. La Constitución es, o bien una ley suprema, inmodificable por medios ordinarios, o estás en el mismo nivel que los actos legislativos ordinarios, y como las otras leyes, es modificable cuando la Legislatura quiera modificarla... Si la primera parte de la alternativa es exacta, entonces un acto legislativo contrario a la Constitución no es una ley. Si la segunda parte es exacta, entonces las Constituciones escritas son tentativas absurdas por parte del pueblo para limitar un poder que en su propia naturaleza es ilimitable”*

5).- *“Aquellos que aplican las reglas a los casos particulares, tienen necesidad de explicar y de interpretar dicha regla.- Si una ley está en oposición a la Constitución, y si ambas se aplican a un caso particular, debe el tribunal decidir la cuestión determinando cual de dichas reglas en conflicto rige el caso; o bien conforme a la ley dejando la Constitución de lado; o bien conforme a la Constitución dejando de lado la Ley. Esto es de la real esencia del deber judicial. Si los tribunales dan prevalencia a la Constitución, y la Constitución es superior a todo acto ordinario de la Legislatura, es la Constitución y no aquella ley ordinaria, la que debe regir el caso.”*

6).- *“Quienes controvierten el principio de que la Constitución debe ser considerada por el tribunal como una ley suprema, se ven obligados a sostener que los tribunales deben cerrar los ojos a la Constitución y ver solamente la ley... Esta doctrina subvertiría el real fundamento de todas las constituciones escritas. Declararía que una ley enteramente inválida, es completamente obligatoria. Queda así, reducida a nada, la más grande conquista en las instituciones políticas, es decir, la Constitución escrita.”¹³⁵*

Lo trascendente del fallo al que le hemos destinado los espacios anteriores, consiste, básicamente en que sirvió de base para que Argentina, Chile, Paraguay, Bolivia y otras naciones, consistentemente sostengan la supremacía de sus Constituciones, y sólo para citar un ejemplo: Colombia en su Carga Magna que

¹³⁵ Cfr. Caso 5 U.S. 137 Marbury versus Madison. Anales de la Suprema Corte de Justicia. 1803.

examinamos para efectos de derecho comparado con anterioridad, establece en su artículo cuarto el que:

“La Constitución es norma de normas. En todo caso de incompatibilidad entre la Constitución y la ley u otra norma jurídica, se aplicarán las disposiciones constitucionales”.

Así, también podemos afirmar que si bien es verdad que el texto original del artículo 133 de la Constitución mexicana, en redacción original coincidía exactamente con el sexto párrafo segundo de la de los Estados Unidos, también es cierto que aún cuando fue reformada, sigue estableciendo que la Ley Suprema de toda la Unión, será *“Esta constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanan de ella y todos los tratados que estén de acuerdo con la misma, celebrados y que se celebren por el Presidente la República, con aprobación del Senado[...].”*

Con base en el texto transcrito el análisis ni siquiera resulta complejo, no hay tal supremacía de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, simplemente porque aunque reúnan los requisitos formales, esto es, suscritos por el Presidente de la República y ratificados por el Senado, de fondo no puede admitirse que impongan sus contenidos y menos las interpretaciones que algún Tribunal extranjero realice sin que estén de acuerdo, como evidentemente es el caso, con la propia Constitución.

Por su parte, nuestra Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) se ha pronunciado al respecto¹³⁶ defendiendo a cortapisa la supremacía constitucional. Por

¹³⁶ Tesis 65, emitida por la extinta Tercera Sala de la SCJN, Semanario Judicial de la Federación, Tomo 151-156, Cuarta parte, p. 218, el cual señala textualmente:

“CONSTITUCIÓN, SUPREMACÍA DE LA. ES UN DERECHO PÚBLICO INDIVIDUAL. FUENTES Y EVOLUCIÓN DE ESTE DERECHO. Es lógico contemplar que cuando los quejosos, en el amparo, reclaman la violación al artículo 133 de la Constitución Política de México, están planteando, a la consideración de esta Suprema Corte de Justicia de la Nación, diversas cuestiones constitucionales que es inaplazable discernir, con el fin de valorar, en su caso, si la supremacía constitucional es un derecho constitucional que entra en el ámbito de los derechos del hombre instituidos, por dicha Constitución, y si puede efectuarse, ese derecho fundamental público, en perjuicio de una persona física o moral. La enunciación de esas cuestiones, obliga a contemplar el origen del principio de la supremacía constitucional, dentro de las legislaciones mexicana y extranjera, e, incluso, dentro de la teoría de la Constitución, para poder encarar su significado y alcances como derecho fundamental del individuo. Frente al derecho público europeo, de tenaz y tradicional resistencia para insertar, en sus cláusulas constitucionales positivas, una norma que reconozca la supremacía de la Constitución, con respecto a los actos que en ejercicio de su soberanía expidan o dicten los Poderes Legislativo, Ejecutivo y Judicial de un Estado, el derecho público de las américas (Argentina, Colombia, Estados Unidos, México, Uruguay y Venezuela) ha sido expresamente consciente, desde su nacimiento hasta ahora, de una evolución positivamente ascendente en favor del principio de la supremacía constitucional, al consignarse, en los textos de las diversas Constituciones de varios de los países americanos, los antes nombrados, aquel principio, que ha adquirido la categoría política de ser un derecho fundamental público del hombre manifestado en la proposición de que "nadie podrá ser privado de sus derechos" (artículo 14 de la vigente Carta Política de México), y, entre esos derechos tiene valor primordial, el derecho a la supremacía de la Constitución, reconocida como la norma normarum y estar sobre cualquier acto de tipo legislativo, o bien de la administración pública o de naturaleza judicial que desconozca, viole o se aparte del conjunto de cláusulas y principios estructurales del orden constitucional positivo de una nación. La Constitución de los Estados Unidos de América, del 17 de septiembre de 1787, en su artículo VI, párrafo segundo, es el primer Código Fundamental de una nación que llegó a establecer, en una norma constitucional positiva, que la Constitución es la Ley Suprema de la tierra y está por encima de las leyes federales y locales y de los tratados o actos de cualquiera otra autoridad y "los Jueces en cada Estado, estarán sujetos a ella, a pesar de lo que en contrario dispongan la Constitución o leyes de cada Estado". La doctrina y jurisprudencia norteamericanas, lo mismo en las elucubraciones de Story que en las de Kent, en el siglo pasado, que en las de Corwin, en este siglo, son de una incontrovertible reciedumbre sobre la supremacía de la Constitución frente a cualquier ley federal o local en pugna con ella, o en un punto a los actos que la contradigan y realicen los otros poderes federales o locales de los Estados Unidos. Los precedentes de la jurisprudencia de la Corte Suprema, desde el año de 1816 hasta la fecha, han mantenido, igualmente, la supremacía de la Constitución contra cualquier acto de autoridad que trate de desconocer el alcance y significado evolutivo de sus cláusulas, como quiere, Corwin, en sus valiosos comentarios en orden a este tema. La teoría de la Constitución en México ha sido siempre irrefragablemente firme en torno de la supremacía de la Constitución, como norma fundamental y primaria en el ejercicio del poder público, y uno de los elementos integrantes de esta supremacía está presente en el artículo 376 de la Constitución de Cádiz del 19 de marzo de 1812 y su trazo es más patente en el artículo 237 de la Constitución de Apatzingán del 22 de octubre del año de 1814. Escindido nuestro derecho público del siglo XIX, por las dos corrientes doctrinarias que lo informan, esto es, la teoría del Estado Federal, siempre progresivamente en superación, y la corriente ideológica del Estado unitario, acogida por el pensamiento conservador, cada vez se hizo más notable, en el derecho público mexicano, el régimen constitucional federal instituido a partir del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana del 31 de enero de 1824, respetado, después, por la primera de nuestras Constituciones Federales, la del 4 de octubre de aquel año de 1824, y restituido, definitivamente, por el Acta de Reformas del 18 de mayo de 1847 y por las Constituciones del 5 de febrero de 1857 y de 1917, que adoptaron, ininterrumpidamente, el principio de la supremacía de la Constitución, determinado en textos expresos, e instituido, también, al través de otros factores integrantes de la teoría de la supremacía constitucional como lo son los concernientes a que la Ley Fundamental de un Estado debe ser expedida por el Poder Constituyente del pueblo y a que su revisión debe ser confiada

a un órgano especial, diverso al previsto para la elaboración de las leyes ordinarias. Procede invocar, para los fines de este principio de la supremacía constitucional, que si el Acta que creó el Estado Federal en México, la ya comentada del 31 de enero de 1824, instituyó, en su artículo 24, que "las Constituciones de los Estados no podrán oponerse a esta Acta ni a lo que establezca la Constitución General", ésta, la del 4 de octubre del nombrado año de 1824, lo regula con mayor extensión y más amplios alcances, cuando en la fracciones I y II de su artículo 161 decreta que los Estados de la Federación están obligados a "organizar su gobierno y administración interior, sin oponerse a esta Constitución, ni a la Acta Constitutiva" y a "guardar y hacer guardar la Constitución y las leyes generales de la Unión y los tratados hechos o que en adelante se hicieren por la autoridad suprema de la Federación, con alguna potencia extranjera". El Acta de Reformas del 18 de mayo de 1847 da cabida a esta noción de la supremacía constitucional, en los artículos 22, 23, 24, 25 y 28, pero sin que deba desconocerse que es el Proyecto de Constitución del 16 de junio de 1856, formulado por Ponciano Arriaga; León Guzmán y Mariano Yáñez, el que habrá de considerar, en su artículo 123, que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los tratados hechos o que se hicieren por el presidente de la República, con aprobación de dicho Congreso, serán la Ley Suprema de toda la Unión, y los Jueces de cada Estado se arreglarán a ella, a las leyes federales y a los tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados. El Congreso Constituyente de 1856-1857, aprobó, por 79 votos, la norma sobre la supremacía de la Constitución, que se convirtió, después, en su artículo 126 y en el 133 de la Ley Fundamental de la República, actualmente en vigor, que sancionó el Congreso Constituyente de 1916-1917, por el voto unánime de los 154 diputados que concurrieron a la sesión pública del 25 de 1917, quienes se manifestaron conforme con el dictamen presentado por Paulino Machorro y Narváez, Heriberto Jara, Arturo Méndez e Hilario Medina, a fin de que se restituyera, a la Constitución en formación, el artículo 126 de la de 1857, suprimido en el Proyecto de Constitución propuesto por don Venustiano Carranza. Así paso a formar parte del acervo de los principios integrantes del régimen constitucional del Estado Federal en México, el de la supremacía de la Constitución, prevalente frente a cualquier ley, federal o local, o frente a cualquier tratado, o a los actos que estén en pugna con la misma Constitución y provengan de alguna otra autoridad federal o local, administrativa, judicial o del trabajo, siempre con la mira, como se expresó desde el año de 1856, de que la supremacía constitucional sirviera de "salvaguardia del Pacto Federal". Entre los sistemas que han pugnado por el principio de la supremacía de la Constitución, Inglaterra no lo ha consignado jamás en algún texto expreso de sus flexibles leyes constitucionales, a pesar de que lo han reconocido la doctrina y los tribunales ingleses, a diferencia de Francia que, sin adoptarlo categóricamente, desde la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano, del 24 de agosto de 1789, consideró a la rigidez constitucional base indirecta de la supremacía de la Constitución, puesto que por medio de la institución del Poder Constituyente del pueblo, como único titular de la soberanía para aprobar y expedir la Constitución, se apoya la noción de la superioridad de ella frente a las leyes ordinarias. Sin embargo, no puede negarse que este país no ha sido partidario de que en una cláusula positiva de sus constituciones se inserte, expresamente, que la Constitución es la ley suprema, aunque Italia le dé ya relativa información en su Constitución del 31 de diciembre de 1947 (artículo XVIII de las disposiciones transitorias y finales). En verdad: el sistema francés, de repercusión universal por su observancia en muchos Estados de Europa y del resto del mundo, ha insistido en la doctrina de la superlegalidad constitucional (Hauriou, Principios de Derecho Público y Constitucional, página 304 a 310, al través del principio teórico de la concepción de que la Constitución es una super ley, por ser ella decretada por el Poder Constituyente del pueblo y no poder ser reformada por los mismos procedimientos decretados para la expedición, modificación y adición de las demás leyes de un país, sino sólo por conducto del órgano revisor de la Constitución, que algunas veces exige que su aprobación se haga también por el pueblo, por medio del referéndum o del plebiscito. Sólo el derecho público de Estados Unidos, desde el año de 1787, como pocos años después lo hará el de México, en su Acta Constitutiva de la Federación Mexicana de 1824 y, más concretamente, a partir de la Constitución del 5 de febrero de 1857, han influido en la teoría de la Constitución que exige la declaración expresa, en un precepto de ella, de que dicha Constitución es una norma suprema, aunque, desde luego, en directa conjunción con los otros elementos que integran la doctrina de la supremacía constitucional, como lo son el de sujetar su reforma al órgano revisor de la Constitución, con la observancia de un procedimiento especial; a que la aprobación y expedición de la propia Constitución quede exclusivamente confiada al Poder Constituyente del pueblo; y a que su respeto o reparación en caso de haberse infringido sus normas, se haga por un procedimiento especial que, en el sistema constitucional de México, es el juicio de amparo, ejemplo de institución sobre la materia. La supremacía de la Constitución en México estriba en estar, ésta, sobre cualquier ley federal o tratado

su contenido, hemos decidido insertar a la letra el texto de la determinación del Tribunal mas alto del país, en la nota de pie de página correspondiente a este tema.

Por las consideraciones que se han examinado, es indudablemente sencillo concluir que hay argumentos de peso para afirmar enfáticamente que la Supremacía Constitucional, es un valor nacional insoslayable, eso si nuestro nuevo Paradigma jurídico es capaz de resolver todas las cuestiones inherentes al respeto irrestricto de los derechos humanos, situación ésta que es absolutamente posible, habida cuenta del incumplimiento actual, particularmente, de lo dispuesto en el artículo 2º del Tratado Internacional de los Derechos Civiles y Políticos del Hombre, como se examinará cuidadosamente en el curso de esta investigación.

II.4 Sobre el Derecho Procesal Constitucional

Y como también se enunció, es evidente, urgente e impostergable que se propicie un cambio en la forma de adopción del derecho procesal constitucional en México.

Dentro del Procesal Constitucional, con el objetivo de realizar los ajustes legislativos convenientes, para que desaparezcan de su texto disposiciones que no

internacional, o sobre cualquier ley local que esté en pugna con ella, sin que ninguno de los actos del poder público administrativo o del Poder Judicial, federal o local, que no tengan lugar en un juicio de amparo, queden fuera de esta supremacía constitucional, lo cual es significativo para el orden jerárquico constitucional mexicano, por encarecer que la Constitución está por encima de cualquier otra ley o tratado, o de cualquier otro acto del poder público que la contradiga o la viole, y lo que define, en su esencia más nítida, esta supremacía de la Constitución, es su expresión como un derecho individual público de la persona humana o de las personas morales, en punto a que cualquier desconocimiento de ella o infracción a sus normas es encomendado y es reparado por medio del juicio de amparo.

soporten el análisis crítico del principio de la no contradicción con el ejercicio pleno de los derechos humanos abrazado por el derecho mexicano, interno y convencional, o bien se constituyen en obstáculos inconvenientes para ello.

Del procesal, en los ámbitos civil, penal, mercantil, administrativo y tantas otras disciplinas jurídicas que resulten para simplificar el acceso a los órganos de interpretación y aplicación de la ley, sin retóricas complicadas; sin obstaculizar la accesibilidad a los tribunales administrativos o jurisdiccionales; sin señalar una serie de formalidades que sin ser esenciales dificultan el acceso a la defensa de los mas importantes valores de los integrantes de un conglomerado social.

La idea, será, como aquí se apunta, mecanismos procesales que carezcan de toda forma rígida para responder a las necesidades de los usuarios y no como se encuentran redactados hoy en día que favorecen a los intereses de los obligados a decir el derecho, buscando casi siempre hacer inaccesible la acción, el recurso o el ejercicio de una garantía procesal para que de ésta manera no se les multipliquen los asuntos que son sometidos a su consideración.

De manera enunciativa, señalaremos algunos casos concretos:

1º.- Las reformas constitucionales del 6 de junio del año 2011 inciden en el juicio de amparo. Estas alteraciones conllevan importantes actualizaciones, abandono de criterios del pasado, pero a nuestro juicio, inciden el exceso de prohibir el derecho humano a la no discriminación, a los principios de generalidad y de igualdad, así como al derecho humano al debido proceso.

El caso concreto es el relacionado que cuando se dicten dos sentencias conformes que decreten la inconstitucionalidad de una ley¹³⁷ tendrá efectos generales, abandonándose el criterio de instancia de parte sustentado por la teoría de Otero, pero haciendo la excepción cuando se tratare leyes fiscales.

Esta exceptuación es violatoria de derechos humanos y seguramente traería como consecuencia una determinación de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas o de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para obligar al Estado Mexicano a reformar su Carta Magna, eliminando de su texto este enunciado que no concuerda con el Derecho Convencional.

No es admisible, entonces, que los sujetos de las leyes fiscales que ya fueron previamente declaradas violatorias de los derechos humanos establecidos en la Constitución o en los tratados internacionales signados y ratificados en este rubro, por la Autoridad Judicial encargada del control de la constitucionalidad, sigan siendo obligados a cumplir disposiciones normativas violatorias de aquellos derechos, del rubro que sea.

Ciertamente, la Constitución establece que ella misma señalará los casos de excepción en que no opere un derecho humano determinado; pero esta situación se refiere única y exclusivamente a la necesidad de suspender provisoriamente el uso, disfrute, protección y garantía de los derechos humanos en los casos que ella

¹³⁷ Cfr. Art. 107

misma se refiere¹³⁸, pero no aplica por el solo hecho de anotarlo en el texto del artículo en comento.

Dentro del procedimiento mercantil, de acuerdo con la cuantía, la sentencia definitiva podrá ser revisada¹³⁹ mediante el recurso de apelación, pero si tal suma no se alcanza, el fallo será irrecurrible. Este absurdo, transgrede los principios de igualdad, de no discriminación y de generalidad que se traducen en los correspondientes derechos humanos que no quedan adecuadamente tutelados.

El aspecto que no debemos dejar de lado en este apartado es el relacionado las reformas procesales a las que nos hemos venido refiriendo.

Las garantías constitucionales requieren cauces eficaces, simples, flexibles, accesibles a la generalidad de la población para que cumplan su cometido que habrá de traducirse en conductas de respeto al ejercicio ilimitado de los derechos humanos contemplados por el nuevo derecho.

Los formalismos procesales exagerados que, como se apuntó antes, fueron creados por el legislador a solicitud del estado para no complicarse en su labor, limitar y en algunos casos evitar, con recursos legales el acceso de particulares a la actividad jurisdiccional era la cuestión que motivaba estas determinaciones. Un ejemplo: para el ejercicio de múltiples acciones se requería cumplir el presupuesto

¹³⁸ Cfr. Artículo 29 Constitucional, que enuncia la posibilidad de suspender los derechos humanos en situaciones excepcionales.

¹³⁹ Cfr. Art. 1390 del Código de Comercio.

procesal interés jurídico; este concepto se abandonó ¹⁴⁰ para establecer un enunciado moderno el del interés legal, que normalmente es susceptible de probar frente a las dificultades que implicaba el concepto precedente.

Se trataría de modificar el Derecho Procesal Constitucional, mediante el establecimiento de garantías que atendieran a los principios *prohomine*, como lo marca el artículo 1º de la Ley Fundamental, y particularmente el principio ex officio que le otorgaría facultades amplísimas a la prudencia del juzgador para conducir la búsqueda de la verdad histórica, cuando la verdad legal sea, a todas luces diversa de aquella, ilógica o increíble. Las facultades de las que debería estar inmerso el Juez estarían basadas en los principios que ahora se contemplan como mecanismos alternativos de solución de controversias¹⁴¹ y que algunas entidades han llevado al texto de sus leyes locales, como ocurre, *verbigratia*, en el Estado de Nayarit, en el que, su Ley de Justicia Alternativa, previene: ¹⁴²

“ARTICULO 3.- Los medios alternativos para la solución de los conflictos se rigen por los siguientes principios: I.- Confidencialidad.- La información tratada no deberá ser divulgada y no podrá ser utilizada en perjuicio de las partes dentro de juicio; II.- Equidad. Los medios alternativos propiciarán condiciones de equilibrio entre los usuarios, que conduzcan a la obtención de acuerdos recíprocamente satisfactorios y duraderos; III.- Flexibilidad. El procedimiento deberá carecer de toda forma rígida para responder a las necesidades de los usuarios y podrá

¹⁴⁰ Cfr. DOF de fecha 6 de junio del 2011, que publica el Decreto que contiene las reformas constitucionales en materia de amparo.

¹⁴¹ Cfr. Art. 17 Constitucional párrafo cuarto.

¹⁴² Cfr. Decreto publicado en el Periódico Oficial, órgano del Gobierno del Estado, el 23 de abril del 2011, tomo CLXXXVIII, número 062,

agotarse uno o varios medios alternativos; IV.- Honestidad: En la aplicación se valorarán las capacidades y limitaciones del personal para conducirlos; V.- Imparcialidad: El especialista deberá estar libre en el desempeño de sus funciones, por lo que no concederá favoritismos, inclinaciones, preferencia o ventajas a alguno de los usuarios; VI.- Legalidad: Sólo serán objeto de medios alternativos los conflictos derivados de los derechos de las partes; VII.- Neutralidad: El especialista deberá tratar el asunto con absoluta objetividad, estar exento de juicios, opiniones y prejuicios ajenos a los usuarios que puedan influir en la toma de sus decisiones; VIII.- Seguridad Jurídica: En la eficacia y exacto cumplimiento de los acuerdos tomados; y IX.- Voluntariedad: La participación de las partes debe ser por propia decisión, libre de toda coacción y no por obligación.”

I.- LA DENUNCIA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES.

El primer problema, que no el único que se avizora en el contexto actual, es la posibilidad de que a los tratados internacionales sean denunciados por un Estado parte, posibilidad que se encuentra establecida en el texto de las propias convenciones, y por tanto se desvincule de la obligatoriedad de las normas en ellos contenidas, dejando de formar parte del universo de los estados signantes de los pactos y alejados de toda posibilidad de injerencia de la jurisdicción de los organismos internacionales jurisdiccionales y generando en consecuencia un total

abandono de aquellas trascendentales obligaciones y desatendiendo los criterios establecidos en los diversos foros, hasta entonces obligatorios.

Esta posibilidad la concede el propio derecho convencional¹⁴³ cuando establece que los Estados partes podrán denunciar:

- a) El pacto de San José después de la expiración de un plazo de cinco años a partir de la fecha de entrada en vigor de la misma y mediante un preaviso de un año, notificando al Secretario General de la Organización, quien debe informar a las otras Partes.
- b) La declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos¹⁴⁴ primero con carácter general y continuará en vigor, contiene el decreto, hasta un año después de la fecha en que los Estados Unidos Mexicanos notifiquen que se han denunciado.
- c) La Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados¹⁴⁵ contempla en la Sección Tercera la Terminación de los tratados y suspensión de su aplicación, y específicamente en su artículo 56 que se refiere a la Denuncia o retiro en el caso de que el tratado no contenga disposiciones sobre la

¹⁴³ Cfr. Artículo 78 de la Convención Americana de derechos humanos.

¹⁴⁴ Cfr. Apartado 3 de la Declaración para el Reconocimiento de la Competencia Contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, aceptada el 16 de diciembre de 1998, y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 24 de febrero de 1999.

¹⁴⁵ Pactada en Austria con fecha 23 de mayo de 1969, firmada *ad referendum* por el Plenipotenciario autorizado del Estado Mexicano en la misma fecha, aprobada por el Senado de la República el 29 de diciembre de 1972, según decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación del 28 de marzo de 1973; se depositó en la Secretaría General de la ONU el 25 de septiembre de 1974; se promulgó por el ejecutivo mexicano el 29 de octubre de 1974 y finalmente se publicó en el Diario Oficial de la Federación con fecha 14 de Febrero de 1975.

terminación, la denuncia o el retiro, podrá ser denunciado cuando a) conste la intención de las partes admitir la posibilidad de denuncia o retiro, o b) que el derecho de denuncia o de retiro pueda inferirse de la naturaleza del tratado y agrega la obligación de la parte denunciante de notificar con doce meses de antelación, por lo menos, su intención de denunciar un tratado o de retirarse conforme al párrafo primero.

- d) El Estado Mexicano generó mediante los mecanismos que dan génesis a las disposiciones normativas la Ley sobre la celebración de Tratados¹⁴⁶, cuyo artículo 9ª tiene el siguiente contenido: *“El Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos no reconocerá cualquier resolución de los órganos de decisión de los mecanismos internacionales para la solución de controversias a que se refiere el artículo 8º cuando esté de por medio la Seguridad del Estado, el orden público o cualquier otro interés esencial de la nación.*

Estamos considerando cuatro situaciones jurídicas verdaderas, legítimas y legales que existen en el Derecho Convencional para que bajo alguna circunstancia de orden político o social, o ambos, o frente a una regresión del ejercicio del ejercicio del poder público, se pudiera recurrir a cualquiera de esas soluciones para denunciar el derecho mexicano proveniente de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y las consecuencias de un acto de esta naturaleza incide sensible, profunda y gravemente en los avances del Nuevo Derecho del Siglo XXI.

¹⁴⁶ Publicada en el Diario Oficial de la Federación con fecha 2 de Enero de 1992.

II. LAS SALVEDADES, EXCEPCIONES E INTERPRETACIONES JURÍDICAS DE LOS TRATADOS.

Ahora bien, el Estado Mexicano al adherirse a los Tratados internacionales, estableció salvedades de interpretación y casos de excepción contenidos en los propios decretos ya relacionados.

Una de ellas, la relacionada con el derecho humano a la “protección de la vida del ser humano desde el momento de la concepción”, por considerar que la esfera de su competencia no corresponde al Congreso de la Unión sino a los Poderes Legislativos de cada Entidad Federativa. Tiene soporte aparente esta manifestación porque ciertamente no se encuentra esta determinación en el texto constitucional¹⁴⁷, y como la propia Carta Magna lo establece¹⁴⁸ cuando la Federación no se reserve la esfera de competencia en determinado tema, se entenderá delegado a las Entidades Federativas. Lo cierto es que la auténtica razón que subyace en estas expresiones aparentemente sustentadas en un criterio estrictamente legalista, es la de que si se admitiera esta responsabilidad de salvaguardar el mas importante de los derechos humanos, se contaminaría la ley pura normativista con expresiones de la ética inaceptables para los seguidores de la escuela de Hans Kelsen.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha establecido que:

“[...] una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser compatible con el objeto y propósito

¹⁴⁷ Cfr. Art. 73 de la Constitución Federal.

¹⁴⁸ Cfr. Art. 124

*de la Convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico*¹⁴⁹

Con lo relacionado en los párrafos anteriores se acredita de manera fehaciente que no basta la expresión de salvedad, excepción o interpretación jurídica para evitar el cumplimiento de los derechos humanos o fundamentales derivados de los propios tratados internacionales.

Y tampoco la solución sería la denuncia de las Convenciones, por las consecuencias internacionales que habrían de generarse necesariamente. Entonces, deben, en obvio de evitar altamente inconvenientes e indeseables, tomarse las medidas necesarias preventivas para que el conflicto ahora se enuncia como una mera posibilidad no se convierta en un verdadero problema.

En el apartado especial correspondiente, apuntaremos algunas aproximaciones para ajustar cabalmente nuestro nuevo paradigma jurídico a las exigencias de los tiempos que ahora vivimos y que se tradujeron en una profunda transformación del Poder Público; de los órganos jurisdiccionales; de los encargados de la investigación y persecución de los delitos; de los defensores públicos, de los abogados patronos o litigantes, de los catedráticos universitarios en las Ciencias Jurídicas, de las personas que deben acogerse a la protección del derecho mexicano, sumado el interno y convencional y sin dejar de lado a los estudiantes de

¹⁴⁹ Cfr. Restricciones a la pena de muerte (Arts. 4, 2 y 4.4 Convención Americana de Derechos Humanos) opinión consultiva. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4, párr. 155

la carrera de Abogado, habida cuenta de la obligada transformación radical de los programas educativos que deben asimilar.

De todo lo anteriormente contenido se alcanzan los siguientes resultados: La supremacía constitucional está salvo porque, simplemente, en el Derecho Interno y sus criterios de interpretación jurídica así está determinado; que las disposiciones de los Tratados Internacionales signados en materia de derechos humanos, tampoco disponen que estarán por encima de la Constitución. Que las pretensiones en contrario se sustentan en criterios europeos cuya situación por el Tratado de Roma, es totalmente diversa al de América Latina y por tanto inatendibles en esta región.

Capítulo III. El Derecho Mexicano y el control de convencionalidad en materia de Derechos Humanos.

En el presente capítulo trataremos de acreditar que el control de convencionalidad debe tener la característica de transitorio; el ejercicio de confrontación del derecho mexicano que proviene del exterior con el interno, corresponde a todas las autoridades en el ámbito de su competencia y no solo a la función jurisdiccional, sino atañe a quienes pueden iniciar normas generales con las atribuciones que marque la Constitución Federal y las locales en su caso, así como a los Poderes Legislativos al analizar, discutir y en su caso, aprobar las disposiciones legales que les corresponda.

Por tanto, no necesariamente el derecho convencional deberá ser jerárquicamente superior o preferente, de cara al derecho interno, sino que en esa tarea comparativa debe decidirse por el que mejores opciones de protección a los derechos humanos ofrezca en caso concreto, como labor indispensable de los operadores jurídicos para entregar la solución más justa.

III.1 La situación de los Derechos Humanos antes de la reforma de 2011

La época actual ha generado una auténtica revolución de las instituciones jurídicas que costará tiempo impulsar con la verdadera fuerza que se requiere para su reconocimiento y aplicación generalizada, máxime que, desde nuestra óptica, el cambio de fondo al que hemos hecho alusión reiteradamente, resulta incompleto, si

no se realizan los ajustes legislativos pertinentes de los que habremos de ocuparnos especialmente.

Sin embargo, no porque se haya realizado una reforma a nuestro juicio incompleta, podemos desconocer su enorme trascendencia. En efecto, este revulsivo científico está sustentado en el creciente interés por los derechos humanos en el mundo. No podemos olvidar que hace poco tiempo, quien hablaba de derechos humanos lo hacía sin sustento jurídico, como bandera enarbolada con fines eminentemente políticos, merced al desinterés de los estados a revisar su derecho interno para ajustarlo a la escuela del siglo veintiuno, proceso éste que apenas se ha iniciado en los últimos años de la centuria pasada y que registra un importante avance, pero insuficiente en los tiempos actuales.

Pero esto que en nuestro país se gestó desde 1981, con la adhesión a los tratados internacionales en materia de derechos humanos, uno de la ONU, el Pacto de Nueva York y el otro derivado de la Convención Americana de los Derechos Humanos, Pacto de San José, pareciera que no fueron capaces de generar ninguna acción, ninguna consecuencia que produjera un sacudimiento de nuestras anquilosadas normas jurídicas, no obstante la eficacia jurídica que adquirieron. Esta adhesión, que indudablemente llevaba una importante carga de obligaciones fue inexplicablemente desestimada.

El desinterés del Estado mexicano fue tal que solo puede entenderse como un mero acto protocolario de la diplomacia, pues de otra manera no se explica que no se hiciera absolutamente nada dentro del sistema jurídico interno para ajustar las

disposiciones normativas a los contenidos del derecho internacional adoptado y así generar un nuevo paradigma jurídico.

Si pretendiéramos encontrar las razones por la que México no fue capaz de ajustarse a las obligaciones derivadas del derecho convencional, a nuestro entender, tendríamos que apuntar que esta conducta obedece a las peculiaridades en que se desenvolvía el régimen Presidencialista de las últimas dos terceras partes del siglo pasado, en la que el titular del Poder Ejecutivo no solamente asumía las atribuciones que le generaba lo elevado del encargo constitucional sino que se consideraba así mismo, con el consentimiento generalizado, dotado de facultades omnímodas, sus deseos, de cualquier naturaleza, inclusive caprichosa, debían ser atendidos de inmediato contando además con una sumisión absoluta a sus deseos de los integrantes de los Poderes Legislativo y Judicial, de manera tal que los excesos y actos irregulares y hasta ilegítimos eran considerados normales por ser inherentes a la “alta investidura”¹⁵⁰

Como se dijo en el apartado correspondiente, el parteaguas de esta reconstrucción de la ciencia del derecho surge a raíz del término de la segunda guerra mundial, y con él, la celebración de uno de los juicios históricos mas importantes en el desarrollo de la humanidad, el caso de Nuremberg, Alemania. Inmediatamente después la conjunción de varios países para formalizar la Liga de las Naciones, a la postre Organización de las Naciones Unidas que generó la

¹⁵⁰ Cfr, Carpizo Jorge, *El Presidencialismo Mexicano*, México, Siglo XXI editores, S.A. de C. V., 14ª ed., 1998, pp. 190-199.

Declaración Universal de los Derechos Humanos¹⁵¹, que consta de 30 artículos declarativos, de los que relacionaríamos los últimos tres, que establecen:

“a) que toda *persona* *“tiene derecho a que se establezca un orden social e internacional en el que los derechos y libertades proclamados en esta Declaración se hagan plenamente efectivos”*¹⁵², b) que *“toda persona estará solamente sujeta a las limitaciones establecidas por la ley con el único fin de asegurar el reconocimiento y el respeto de los derechos y libertades de los demás, y de satisfacer las justas exigencias de la moral, del orden público y del bienestar general en una sociedad democrática... y que no podrán, en ningún caso, ser ejercidos en oposición a los propósitos y principios de las Naciones Unidas”*¹⁵³, y c) *“ Nada podrá interpretarse en el sentido de que confiere derecho alguno al Estado, a un grupo o a una persona, para emprender y desarrollar actividades o actos tendientes a la supresión de cualquiera de los derechos y libertades proclamados en esta declaración.”*¹⁵⁴

En efecto, fue Europa y América Latina los que iniciaron un fuerte cambio en sus instituciones jurídicas para implementar las medidas legislativas requeridas para ajustarse al vértigo mundial de la protección de los derechos humanos.

Este paradigma, generado en los principios establecidos en una de las corrientes mas arraigadas como lo es el iusnaturalismo en la versión que permite la

¹⁵¹ Cfr. Asamblea General de la ONU, Resolución 217 A (III) de fecha 10 de diciembre de 1948.

¹⁵² Ibid, art. 28.

¹⁵³ Ibid, art. 29, apartados 2 y 3

¹⁵⁴ Ibid, art. 30

incorporación a la Ciencia del Derecho de otras disciplinas científicas, como la Filosofía del Derecho y las derivaciones de la misma a fin de que, el quehacer del legislador, el comportamiento del individuo y el juez encargado de resolver las pretensiones de los particulares se liberen de la camisa de fuerza en que estaban sometidos a través del positivismo, agotado ya su modelo y generador de una serie de calamidades insostenibles, como la excesiva normatividad, las antinomias, las disposiciones confusas y el que como apunta Dworkin:

*“[...] en caso de conflicto entre dos normas, una de ellas no puede ser válida. La decisión respecto de cual es válida y cuál debe ser abandonada o reformada, debe tomarse apelando as consideraciones que trascienden las normas mismas.”*¹⁵⁵

Recordemos las anotaciones de Dworkin¹⁵⁶ para rechazar explícitamente las doctrinas positivistas, con el propósito inmediato de distinguir los principios -en el sentido genérico- de las normas¹⁵⁷ Consideramos interesante aquí, insertar un ejemplo usado por el citado autor, que revela exactamente el problema del que se ocupa: Se trata del caso sometido a la consideración de un Tribunal de Nueva York

¹⁵⁵ Dworkin, Ronald, *Op. Cit.*, p. 78

¹⁵⁶ *Ibidem*, pp. 65-66,: Respecto del positivismo, anotó “ Los principios claves pueden ser enunciados de la manera siguiente: a) el derecho de una comunidad es un conjunto de normas especiales, usadas directa o indirectamente por la comunidad con el propósito de determinar que comportamiento será castigado o sometido a coerción por los poderes públicos...b) El conjunto de estas normas jurídicas válidas agota el concepto de” derecho”, de modo que si alguna de tales normas no cubre claramente el caso de alguien (porque no hay ninguna que parezca apropiada, o porque las que parecen apropiadas son vagas o por alguna otra razón), entonces el caso no se puede decidir “aplicando la ley”. Ha de ser decidido por algún funcionario, por ejemplo un juez, que “ejerza su discreción”...c) Decir que alguien tiene una obligación jurídica, equivale a afirmar que su caso se incluye dentro de una norma jurídica válida que le exige hacer algo o que le prohíbe que lo haga...Esto no es mas que el armazón del positivismo. Los diferentes positivistas disponen de manera diversa su contenido, y hasta los hay que se crean el armazón a su manera. Las diferentes versiones se apartan entre así ampliamente en su descripción del certificado de origen que debe satisfacer una norma para ser considerada norma jurídica...”

¹⁵⁷ *Ibidem*, p. 73

en 1889 *Riggs vs. Palmer*, respecto de su un heredero designado en el testamento de su abuelo podía heredar por virtud de ese testamento aunque para hacerlo hubiere asesinado al abuelo. El razonamiento del juzgador advertía que:

“Es bien cierto que las leyes que regulan la preparación, prueba y efecto de los testamentos y a entrega de la propiedad al heredero, si se interpretan literalmente, y si su fuerza y efecto no pueden en modo alguno ni en ninguna circunstancia ser verificados ni modificados, conceden esta propiedad al asesino; pero siguió argumentando el juzgador que todas las leyes...pueden ser controladas en su operación y efecto por máximas generales y fundamentales del derecho consuetudinario. A nadie se le permitirá aprovecharse de su propio fraude o sacar partido de su propia injusticia o fundar demanda alguna sobre su propia iniquidad o adquirir propiedad por su propio crimen. El asesino no recibió su herencia”¹⁵⁸

Los argumentos para la marginación del positivismo decimonónico no implican bajo ningún ángulo de estudio que deba desaparecer del sistema jurídico la normatividad legislativa. Se pretende romper las rígidas estructuras en la que está soportado para dar cauce a un orden jurídico abierto al análisis de la ética jurídico para dar cauce a los requerimientos sociales.

El movimiento europeo a raíz del término de la segunda guerra mundial y el juicio de Berlín a los guardianes del muro, donde sin sustento se aplicó la doctrina

¹⁵⁸ La fuente que cita Dworkin en el ejemplo anotado es 115. N.Y.,506, N.E. 188 (1889)

Radbruch generó los derechos fundamentales de los que ya dimos cuenta en el apartado especial correspondiente.

No obstante México se incorpora a la corriente de los derechos humanos de manera tangencial, tal vez por razones eminentemente políticas derivadas de la diplomacia. Pero como ya se estudió, sus ajustes, firmas de tratados internacionales y hasta la creación de organización de defensa de los derechos humanos para proteger derechos humanos que no estaban contemplados en el sistema jurídico mexicano.

La clara incorporación de los derechos humanos a la Constitución mexicana, significa el inicio del fin de la era del positivismo decimonónico y el reconocimiento absoluto a la incorporación de otras disciplinas científicas afines a la Ciencia jurídica.

Por todo esto, las cuestiones constitucionales de fondo reformadas por el Decreto que modifica la denominación capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política eran impostergables.

Frente a la corriente universal de protección a los derechos humanos, la respuesta mexicana era endeble, falsa, insostenible como ya se examinó en el apartado correspondiente de este trabajo; pero algunas modificaciones se sostenían con fundamento en los criterios de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, y ejemplificaré con dos casos concretos: uno, relacionado con el principio *prohomine* – antes de la reforma constitucional- y otro, respecto del principio ex -oficio, respecto del que todavía no se legisla.

En el primer caso, mencionamos la Jurisprudencia P./J. 3/2005 del Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación que estableció:

“CONCEPTOS DE VIOLACION EN AMPARO DIRECTO. EL ESTUDIO DE LOS QUE DETERMINEN SU CONCESION, DEBE ATENDER AL PRINCIPIO DE MAYOR BENEFICIO, PUDIENDOSE OMITIR EL DE AQUELLOS QUE, AUNQUE RESULTEN FUNDADOS, NO MEJOREN LO YA ALCANZADO POR EL QUEJOSO, INCLUSIVE LOS QUE SE REFIEREN A CONSTITUCIONALIDAD DE LEYES.- *De acuerdo con la técnica para resolver los juicios de amparo directo del conocimiento de los Tribunales Colegiados de Circuito, con independencia de la materia de que se trate, el estudio de los conceptos de violación que determinen su concesión debe atender al principio de mayor beneficio, pudiéndose omitir el de aquellos que, aunque resulten fundados, no mejoren lo ya alcanzado por el quejoso, inclusive los que se refieren a la constitucionalidad de las leyes[...]*¹⁵⁹

Y para ejemplificar el segundo de los eventos mencionados nos habremos de remitir a lo resuelto por la primera Sala de la Suprema Corte de Justicia ¹⁶⁰, que esencialmente señala la obligación del Juzgador de revisar oficiosamente la

¹⁵⁹ Visible en la p. 5, del tomo XXI, febrero de 2005, novena época del Semanario Judicial de la Federación y su gaceta.

¹⁶⁰ Cfr. Jurisprudencia número 56/2009, consultable en el Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Novena época, tomo XXX, noviembre del 2009, p. 347, cuya voz señala textualmente: **“PROCEDENCIA DE LA VÍA. ES UN PRESUPUESTO PROCESAL QUE EL TRIBUNAL SUPERIOR PUEDE ANALIZARE DE OFICIO EN EL RECURSO DE APELACIÓN MERCANTIL.”**

procedencia de la vía; esto es, aplicación del principio *exoficio* y por tanto sin requerir solicitud de parte.

En diverso caso del anterior, pero sensiblemente cercana la idea que el criterio contiene, señalamos otra definición del mas alto Tribunal de la República,¹⁶¹ al establecer que siendo la personalidad un presupuesto procesal, debe ser examinado oficiosamente aunque ninguna de las partes lo hubiere solicitado expresamente.

Las referencias a los criterios jurisprudenciales que están contenidas en los párrafos anteriores, llevan el propósito de evidenciar la insuficiencia de las normas procesales vigentes. Si examinamos, para estos efectos, de nueva cuenta el texto de la enunciación de los derechos humanos, sus objetivos, sus alcances y las garantías de que deben estar dotados para su protección, entenderíamos con meridiana claridad que hace falta este último complemento.

Los derechos humanos en los últimos tiempos, particularmente en la Europa Occidental, Estados Unidos –aun cuando no ha suscrito tratado alguno respecto de los mismos-, y América Latina, con la notable excepción de México han alcanzado por consenso una enorme adhesión de la generalidad de las personas.

Ya registramos los intentos tibios, insuficientes, insatisfactorios y con tinte más de carácter político que jurídico realizado en los años noventas del siglo pasado,

¹⁶¹ Cfr., Primera Sala, SCJN, Semanario Judicial de la Federación y su gaceta, novena época, enero 2001, tomo XIII, página 97, cuyo rubro señala:
“PERSONALIDAD. PROCEDE SU ESTUDIO DE OFICIO EN LA APELACIÓN, CUANDO SE REVOCA LA SENTENCIA QUE DECLARA IMPROCEDENTE LA VÍA, ANTE LA INEXISTENCIA DEL REENVÍO”

hasta que ese consenso generalizado que se tradujo en presión ha logrado la reforma esencial requerida en el orden constitucional.

Y por supuesto que debe estar en el mas alto rango, habida su enorme importancia y trascendencia. No se está haciendo nada nuevo.

Así que nos apoyamos en las consideraciones que nos entrega Robert Alexy¹⁶² para justificar con su pensamiento el porqué de la necesidad de incrustar relevantemente los derechos humanos en el texto del Derecho Constitucional Mexicano; adicionalmente coincidimos con Pérez Luño¹⁶³ cuando establece que los derechos humanos constituyen la legitimación de las formas constitucionales del Estado de Derecho; y en resumen, constituyen la esencia de la integración del

¹⁶² Alexy, Robert, *Derechos humanos y ponderación*, Madrid-México. Fontamara Fundación Coloquio Europeo, 2010, 1.- *“La historia de los derechos constitucionales en Alemania en la segunda mitad del siglo veinte es la historia de su expansión...Primero, los derechos constitucionales han alcanzado una influencia que va mas allá de la relación entre el ciudadano y el estado... Segundo, los derechos constitucionales han sido vinculados de manera intrínseca al principio de proporcionalidad, que presupone que los derechos constitucionales tienen la estructura de principios o mandatos de optimización...- Tercero, el contenido de los derechos constitucionales se ha expandido más allá y por encima del de los derechos liberales clásicos (que) consisten sólo en la acción negativa u omisión estatal... De esta forma, los derechos de defensa tradicionales (Abwehrrechte) se han visto complementados por derechos de prestación (Leistungsgerecht) [...]”*

2.- *“Los problemas que suscitan los derechos a protección pueden dividirse igualmente en tres grupos en función (1) fundamentación, (2) contenido, y (3) estructura. El problema de la fundamentación radica en determinar si los derechos a protección deberían incluirse o no en la lista de derechos constitucionales, ya sea por aquellos que la redactan o enmiendan, ya sea por los que la interpretan. El problema del contenido se refiere, por una parte, al conflicto clásico entre seguridad y libertad y, por otra, al gasto financiero relacionado con los derechos a protección... El coste de la protección se mide en términos de libertad, dinero o ambos. La solución (a ambos problemas) presupone claridad acerca de la estructura de los derechos a protección...”*

3.- *Los derechos a protección son derechos constitucionales que ostenta su titular contra el estado... La principal fuente de problemas con que se topan los derechos a protección es que la protección de una parte significa la interferencia de otra. La protección ante comentarios despectivos presupone una interferencia con la libertad de expresión. Esta dialéctica de protección e interferencia da lugar a la siguiente observación: sólo puede haber una solución correcta si ambos derechos, el de protección y el de defensa, han de ser optimizados de acuerdo con las normas de proporcionalidad. Esta única solución correcta sería algo así como un punto ideal y supremo.”*

4.- *“La cuestión de la violación o no de un derecho de defensa, desencadena varias preguntas subordinadas. Aquí sólo nos interesa la de la proporcionalidad. El punto decisivo radica en que, cuando lo que se encuentra en juego es la violación de un derecho de defensa, no existen diferencias lógicas entre el examen de una violación justificada por un derecho de protección y el examen de una violación justificada por una política pública o un bien colectivo...”*

¹⁶³ Pérez Luño, Antonio, *Los derechos fundamentales*, Madrid, Tecnos, 2005, p. 21.

iusnaturalismo a la ciencia del derecho, venciendo resistencias y oposiciones cerradas.

Estas alteraciones sistémicas se traducen en que, a pesar de las diversas corrientes que presentan diversas divergencias entre sí, el *iusnaturalismo* actual presenta, en opinión de Areitio Rodrigo¹⁶⁴ algunos denominadores comunes a todas ellas, y cita las siguientes:

1.- Reafirmación crítica del *iusnaturalismo*, fundándolo en la existencia de valores previos a todo derecho positivo;

2.- Remisión a la metafísica, por los datos ontológicos básicos que preceden a toda valoración;

3.- Desnormatización del derecho natural, citando a Luño Peña:

*“No constituye regla de los actos humanos porque éstos no se refieren a ella. No es la ley en sí, por lo mismo que no tiene actos ni sujetos sobre los que recaiga a los que se refiera el hecho. Puede objetarse que la ley eterna es norma En primer término, porque desaparece en la ley eterna toda sanción propia anterior al orden de la naturaleza y en segundo lugar, porque –aún como norma en sí- no tendría validez antes de la realización histórica de la ley natural en la humanidad, con lo cual dejaría de contraponerse a la ley natural como ley eterna.”*¹⁶⁵

¹⁶⁴ Areitio Rodrigo, Ramón, *Derecho Natural, lecciones elementales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 2ª. Ed. 1998, p. 167-168

¹⁶⁵ Luño Peña, Antonio E., *Derecho natural*, Barcelona, Hormiga de Oro, 1961, p. 266

4.- Delimitación del concepto de naturaleza humana, ya que se pretende reducir el espacio atribuido a la naturaleza humana por la escuela racionalista del derecho natural representada por Grocio, Puffendorf, etc.

5.- Concepción tridimensional del Derecho. Los iusnaturalistas contemporáneos están de acuerdo en concebir al derecho como una obra humana que tiene carácter obligante y tiende a la realización de unos valores determinados.

6.- Insistencia en la necesidad de que la axiología jurídica tenga en cuenta las ciencias sociales para llegar a aplicaciones prácticas más eficaces y adaptadas a cada situación económica, política e histórica concreta;

7.- Insistencia en el carácter histórico de casi todos los ideales jurídicos, de acuerdo con la cambiante evolución de la sociedad;

8.- Dignidad de la persona como valor supremo. Este apartado es el punto de convergencia más destacado de los iusnaturalistas actuales, y;

9.- Por fin, otra de las pautas en que coinciden los iusnaturalistas es insistir en que los razonamientos jurídicos no se debe aplicar la lógica tradicional, sino la lógica de lo razonable, el *logos* de lo razonable¹⁶⁶

Con estas nuevas ideas plasmadas, México debe aprender a olvidar el paradigma segregado y asimilar en su auténtica dimensión la importante

¹⁶⁶ Este apartado citado por Areitio Rodrigo, lo atribuye a Recasens J., *Tratado General de Filosofía del Derecho*, sin embargo la cita es equivocada pues el autor de la obra en cuestión es Recasens Siches Luis, y fue publicada por Editorial Porrúa, México, 3º ed. 1965, pp. 641-665.

transformación del sistema jurídico mexicano, porque, sin lugar a dudas, hubo resistencias del Poder Público para la aceptación de un nuevo esquema jurídico que integrara sin desviaciones, falacias y compromisos de carácter político la institución de los derechos humanos a la Constitución y olvidarnos del lamentable historial de los derechos humanos en México es altamente insatisfactorio. Ya decíamos en otro apartado que la legislación mexicana –ni en la Constitución pero tampoco en ninguna de las leyes secundarias-, contemplaba como fundamentales a los derechos humanos, sino que siguiendo doctrinas generadas por la revolución francesa incluyó en la Ley fundamental, las garantías, no como sinónimo de derechos, sino en lugar de éstos.

La creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos en 1989 y su inclusión en el rango constitucional un año después¹⁶⁷ constituían un débil e infructuoso intento de integrarse a las obligaciones derivadas del Pacto de San José¹⁶⁸ al que México se adhirió, previa aprobación del Senado de la República¹⁶⁹. El decreto respectivo se publicó en el Diario Oficial con fecha 7 de mayo de 1981.

Se puede inferir, en consecuencia, que a pesar de la vinculación del Estado Mexicano al Pacto de San José, no se construyeron los acuerdos necesarios para

¹⁶⁷ Ver apartado B del artículo 102 constitucional.

¹⁶⁸ Ver Convención Americana sobre Derechos Humanos de fecha 22 de noviembre de 1969.

¹⁶⁹ El Senado de la República sesionó el 18 de diciembre de 1980, y el decreto resultante se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 9 de enero de 1981, con dos “declaraciones interpretativas” respecto del párrafo I del artículo 4, por la que “[...] *considera que la expresión “en general” usada en el citado párrafo no constituye obligación de adoptar o mantener en vigor legislación que proteja la vida “a partir del momento de la concepción”, ya que esta materia pertenece al dominio reservado de los Estados [...]*”. La otra declaración se relaciona con el párrafo 3 del artículo 12 de la citada convención, para hacer notar que en relación con los actos públicos de culto religioso éstos se celebren dentro de los templos, a diferencia de la permisibilidad del dispositivo invocado; asimismo, hay una reserva en relación con el derecho al voto activo a pasivo de los ministros religiosos o a la posibilidad de que se asocien con fines políticos, a contrario de lo que señala el Pacto de que se trata en el párrafo 2 del artículo 23. Debe precisarse que tanto la segunda declaración interpretativa como la reserva que hace el Senado con relación a la Convención Americana de los Derechos Humanos, quedaron sin efecto al ser reformada la Constitución Mexicana en su artículo 130.

implementar en todas las esferas y ámbitos el cumplimiento de las disposiciones contenidas en el mismo; esta inacción acredita, indiscutiblemente que la voluntad del titular del Poder Ejecutivo al suscribir el Tratado Internacional del que se trata, solo le animó un mero propósito político que no se cristalizó en lo jurídico.

En abono de la afirmación anterior bástanos citar que el documento que contiene la declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos , fue sometida por el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos a la consideración de la Cámara de Senadores para su aprobación que fue concedida el 1ª de diciembre de 1998 y promulgada, con fecha 9 de del mismo mes y año¹⁷⁰ , y con esto, el nacimiento de una serie de responsabilidades del Estado Mexicano.

Pero también hay que recordar aquí lo dispuesto en la propia Constitución mexicana¹⁷¹ en el sentido de que sólo cuando el Ejecutivo Federal lo considere, con la aprobación del Senado de la República, y en cada caso concreto, podrá reconocerse la jurisdicción de la Corte Penal Internacional. Este debe traducirse en que los asuntos a ventilar en esta Corte de Roma, son delicadas violaciones de derechos humanos de alta envergadura, como lo son sin la menor duda el genocidio, de lesa humanidad y crímenes de guerra en sus diferentes variantes. Con mayor razón debe estimarse que los asuntos al conocimiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos no podrán tener por objeto cuestiones derivadas del contenido de las normas de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en respeto de la supremacía constitucional.

¹⁷⁰ Esta declaración fue depositada en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el 16 del mismo mes y año.

¹⁷¹ Cfr. Párrafo octavo del artículo 21 Constitucional.

Retomando los acontecimientos inherentes al “*ius cogens*” que se han relatado en los puntos anteriores y que no tuvieron repercusión alguna en el derecho interno durante algunos años –aproximadamente una veintena- que transcurrieron sin que el Estado Mexicano se preocupara por ajustar la Constitución General a las nuevas realidades.

A pesar de los vertiginosos cambios estructurales en la mayor parte de los países del orbe, particularmente en la Comunidad Europea y en América Latina, aquí se siguió estructurando la defensa de los derechos fundamentales mediante la aplicación de las llamadas “garantías individuales y sociales” también conocidas –indebidamente- como “*derechos públicos subjetivos*”, que afortunadamente dejaron de existir, merced al cambio de paradigma determinado por el Congreso Constituyente Permanente.

No obstante, no podemos dejar de examinar los criterios que tuvieron una importancia indiscutible en el paradigma jurídico mexicano y que aun perviven en el área de las garantías, entendidas como mecanismos procesales para alcanzar el objeto deseado.

Son ahora nuevos tiempos y nuevos momentos. Tenemos que reconocer las aportaciones científicas de donde provengan, para enriquecer el campo del derecho. Dejar atrás el formalismo normativo y buscar falsas salidas para la vinculación con responsabilidad adquiridas por el camino político, pero estrictamente legal que nos induce a aceptar normas provenientes de la ética, es suficiente razón para

olvidarnos del normativismo a ultranza propuesto por Kelsen y ahora defendido vehementemente por Ulises Schmill en México y Luigi Ferrajoli en Italia; éste último, incorporándose a una propuesta de nueva escuela denominada neoconstitucionalismo que solo propone, en esencia, la normatización de todos aquellos aspectos contenidos en los tratados internacionales para que se conviertan en norma constitucional, esto es, simple y llanamente una forzada continuidad de las ideas de Hans Kelsen brillantes y útiles en su momento, pero inaceptables ahora dos siglos después por virtud de los inevitables cambios y desarrollo dinámico y cambiante de la sociedad entera.

De los serios problemas del positivismo decimonónico que resulta conveniente destacar, lo constituye, no solamente la rigidez inamovible para que únicamente sea considerado como derecho el que proviene de las normas generadas por el poder legítimamente constituido y bajo las atribuciones que le otorgue de manera expresa la ley, sino además su absoluto rechazo a la inclusión de aportaciones científicas que pudieran ser determinantes para la solución de problemas entre el ejercicio del poder y los particulares.

Adicionalmente a este decreto vinculatorio con el pacto de San José, Convención Americana de los derechos humanos, con la interpretación jurídica respecto de la protección de la vida humana desde la concepción, hemos de dar cuenta de otro decreto, promulgado igualmente en 1981 generado por el Senado de la Republica mediante el que México se adhiere al tratado con la adopción de las reglas internacionales en materia de derechos civiles y políticos.

Si revisamos con estas bases el marco jurídico de las leyes fundamentales del país, por un lado tenemos las garantías individuales y sociales dentro del texto constitucional y derivada de los tratados internacionales la vinculación jurídica a los derechos humanos, derechos civiles y derechos políticos.

En los tiempos de elaborar estas notas ha sido aprobada por votación calificada de ambas Cámaras Legislativas una serie de mutaciones constitucionales de las que referimos, por ser objeto de nuestro estudio la relacionada con la adición al artículo 103 Constitucional que genera el medio de defensa del que disponen los particulares respecto de actos u omisiones de las autoridades que vulneren los derechos humanos así como en contra de normas generales transgresores de los mismos. La interpretación de los mismos derechos humanos y libertades fundamentales deberá hacerse, así está previsto, a la luz de la propia constituciones y de los Tratados internacionales suscritos por nuestro país en esta materia.

Frente a esta gama de cuestiones, conceptos, enunciados todos ellos encuadrados dentro de un esquema generalizado de la primacía de los derechos que además fue dotado de una especie de carácter obligatorio, debemos examinar si la coexistencia de ellos la permite el sistema jurídico mexicano. En avance, afirmaríamos que no esto no es factible sin dejar de lado nuestro paradigma jurídico.

III.2 El consenso sobre los Derechos Humanos

En este orden, Hans Kelsen se pregunta si puede haber derechos públicos subjetivos contra el Estado, o sea como derivar de las normas que estatuyen deberes del Estado, -esto es, de normas en sentido amplio- derechos subjetivos que le competen al gobernado y la única solución que encuentra, ajustada a la Teoría Pura del Derecho es

“[...] que la norma jurídica obligatoria para el Estado sea puesta a disposición del sujeto titular del derecho, haciéndose depender de éste el cumplimiento de la voluntad proclamada en la norma jurídica, y que representa el deber jurídico del Estado...es decir, que todas las normas jurídicas en sentido amplio, aunque envuelvan la voluntad del Estado de construir Escuelas, dar enseñanza, socorrer a los pobres, sostener hospitales, etcétera, guardan aquella misma relación subjetiva con un sujeto del derecho, siempre a condición de que esta voluntad del Estado se haga depender del sujeto mismo.”¹⁷²

Sin embargo, el propio jefe de la escuela Jurídica vienesa, en la segunda edición de la Teoría Pura del Derecho que elaboró 25 años después de la primera, introduce el concepto de las normas permisivas y en este orden Kelsen escribe:

“La tesis tradicional, según la cual el derecho subjetivo sería un objeto de conocimiento distinto de la obligación jurídica, atribuyendo inclusive a aquél prioridad sobre ésta, debe ser referida a la doctrina del derecho natural. Esta supone que existen derechos naturales, innatos al

¹⁷² Kelsen, Hans, Teoría Jurídica del Estado, ed. Porrúa, México, 1987, pp 573-575

hombre, existentes antes de todo orden jurídico positivo; el papel principal entre ellos lo desempeña el derecho subjetivo de propiedad privada. Conforme a esta forma de pensar, la función del orden jurídico positivo (o del Estado) que satisfaga la condición natural, consiste en garantizar esos derechos naturales, estatuyendo las obligaciones correspondientes...Sólo por abstracción se alcanzó paulatinamente, a partir de la concepción de derechos subjetivos preexistentes, el concepto de un orden jurídico. Es, por tanto, una concepción ahistórica y errónea, afirmar que los derechos en sentido subjetivo no sean sino derivaciones del derecho en sentido objetivo [...]»¹⁷³

Por su parte Herbert L. A. Hart¹⁷⁴ no examina en la obra indicada la diferencia entre derechos objetivos y subjetivos; defensor a ultranza de la escuela kelseniana, pero si se pregunta como se pudiera mostrar que las previsiones fundamentales de una constitución que por supuesto son derecho, lo son realmente, y hasta se permite establecer la existencia de un sistema jurídico en el que algunos jueces actuarían “por su cuenta” sobre la base de que lo que la Reina en Parlamento sanciona es derecho¹⁷⁵, la consecuencia sería un orden judicial contradictorio que no permitiría describir la situación.

Un aspecto poco conocido de Hans Kelsen es la incorporación del derecho internacional a la Teoría Pura del Derecho. Kelsen comenta su contemporáneo Kunz, al afirmar que el checoslovaco desarrollado en Viena, reconoce que su obra no puede limitarse a tal o cual derecho positivo nacional, sino que debe incluir la

¹⁷³ Kelsen, Hans, Teoría Pura del Derecho, México, Ed. Porrúa, 16ª Ed, 2009, pp. 142-143.

¹⁷⁴ Hart, H.L.A., “El concepto de derecho” Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 1995, p, 138

¹⁷⁵ Op. Cit., p. 144.

pluralidad de todos los órdenes jurídicos positivos nacionales y el derecho internacional. Y agrega:

“Los derechos nacionales aparecen como órdenes jurídicos parciales delegados por el derecho internacional; la llamada soberanía de los Estados, resulta ser una especie de autonomía, una competencia otorgada por el derecho internacional.”¹⁷⁶

Todas estas consideraciones que constituyen la reminiscencia decimonónica de la escuela positivista kelseniana estaba condenada a desaparecer. Evidente es que no todas las “garantías”, constituían derechos fundamentales y otras, las llamadas por algunos “difusas” no eran exigibles al Estado ni se traducían en derechos para las personas. Y la “soberanía” como la califica Kelsen, deja de ser ya autonomía.

Impostergables, porque es evidente que frente la inacción del estado mexicano, la Corte Interamericana de Derechos Humanos con sede en San José, Costa Rica en cumplimiento de sus funciones¹⁷⁷ se tuvo que pronunciar en variados casos que fueron sometidos a su consideración y que obviamente concluyeron con resoluciones condenatorias para el Estado Mexicano.

¹⁷⁶ Kunz Josef L., *La Teoría Pura del Derecho, cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia*, México, Coyoacán, 2010, p. 21.

¹⁷⁷ Para Ventura Robles, Manuel E., “La Corte Interamericana de Derechos Humanos; Camino hacia un tribunal permanente”, en la *Revista IIDH*, año 2000-2001, San José Costa Rica, p. 273, “La Corte es un órgano jurisdiccional autónomo del Sistema Interamericano de Protección a los Derechos Humanos, de reconocida autoridad moral; su función relevante es la Interpretación y aplicación de la Convención...no hay órgano de protección más indicado en América para proteger estos derechos (civiles y políticos) que la Corte Interamericana, debido a que las sentencias que ésta emite son obligatorias para los Estados.”

Revolucionaria, porque se traduce en un doble proceso intelectual: uno, de desaprender las cuestiones del positivismo decimonónico aprendidos en las diversas Escuelas de Leyes, que no de Derecho en los años pasados y otro, iniciar un nuevo proceso mental para captar en su verdadera dimensión el fenómeno jurídico que para bien de la humanidad se gestó a partir de la II guerra mundial y ahora, en los inicios de este nuevo siglo comienza a cristalizar, aunque como lo veremos después, de manera totalmente insuficiente.

En el análisis de Rubio Llorente¹⁷⁸ la ideología que pone término a todas las ideologías, pues incluso, dice, las teorías que combaten su principio básico, esto es, la noción de derechos pre-positivos, comparte la concepción individualista de ley que surge y con ella sus valores, frente a imprecisiones conceptuales graves, sintetiza:

1) Como derechos morales no solamente jurídicos, los derechos humanos solo pueden ser entendidos como derechos de todos frente a todos y cada uno de sus congéneres.

2) La justificación ética del Estado viene de la necesidad de concretar el contenido de estos derechos en las relaciones interpersonales de todo género y de organizar la acción colectiva indispensable para realizarlos o sancionar su violación. La legitimidad del poder estatal depende, en primer lugar, aunque no exclusivamente, de su capacidad para asegurar la vigencia de esos derechos en el seno de la respectiva sociedad, mediante la creación y aplicación eficaz del derecho positivo que los incorpora;

¹⁷⁸ Llorente Rubio, Francisco, "Derechos fundamentales, derechos humanos y estado de Derecho" en *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional* (Juan Luis Requejo Pagés, Coord.), Junta General del Principado de Asturias, Asturias, 2006, p. 207.

3) Aunque el estado no surge para proteger los derechos humanos frente a él sino frente a los demás, una vez creado no tiene ya sólo esa obligación positiva de hacerlos valer en el seno de la sociedad, sino también la obligación negativa de respetarlos ajustando el ejercicio de su propio poder a límites y formas específicas. Como derechos en la relación frente al poder, los derechos humanos se denominan preferentemente derechos fundamentales o constitucionales.

4) El concepto de Estado de Derecho, tal como ha sido construido históricamente. No toma en cuenta la función del Estado como agencia indispensable para la realización de los derechos (su obligación positiva) sino sólo su obligación negativa de respetarlos, no los derechos humanos sino los fundamentales.

5) La acción de las instituciones destinadas a garantizar los derechos (la justicia constitucional frente al legislador, los diversos órganos de la comunidad internacional frente al Estado como miembro de ésta) sólo puede asegurar el respeto de los derechos fundamentales, no la realización de los derechos humanos en el seno de las respectivas sociedades, garantizan el Estado de Derecho, no el Estado justo;

6) Esa limitación de la garantía tiene una doble razón de ser: a) la carencia de legitimidad de las instancias de control para asumir una tarea reservada a la autonomía colectiva, que en el orden interno se expresa a través del legislador

democrático y en el externo a través del Estado; b) la incapacidad técnica de esas instancias para llevar a cabo esa tarea de creación y aplicación del derecho.

7) La actuación de las instancias de control y el concepto de derechos con el que éstas operan, han de ser nítidamente diferenciadas de las actuaciones que se llevan a cabo en el marco de la política de los derechos humanos, que operan con un concepto muy amplio de estos derechos e identifican como violación toda situación de carencia, con independencia de que esa situación sea obra de acciones públicas o privadas, o incluso simple producto de circunstancias de circunstancias históricas naturales.

Bajo esta tesitura debe quedar suficientemente evidenciado que ni el Estado cualquiera que sea su expresión formal o ideología política pero ni los súbditos, gobernados o pobladores de cualquier nación, independientemente de la connotación que se les atribuya puedan establecer una relación regulada para proteger, determinar, exigir los denominados derechos humanos.

Las relaciones jurídicas no pueden crearse, sostenerse o mantenerse sobre estructuras que van más allá de las cuestiones estado-particulares. La inmensa mayoría de los derechos humanos no tienen relación alguna con la juridicidad y por tanto con la intervención del Estado.

Consideramos enfáticamente que en aras de un Estado justo, forzarse una desvinculación absoluta de los derechos humanos y enfocar más directamente las

acciones normativas hacia aquellos derechos que sean estrictamente fundamentales.

Por otra parte no existen derechos cuyo sujeto sean animales que se dejen guiar única y exclusivamente por el instinto a falta de racionalidad o respecto de objetos inanimados porque evidentemente el quehacer científico necesariamente tiene como referente al ser racional y esto solamente lo es el humano ; el sistema jurídico posmoderno, debe encaminarse a la búsqueda de nuevos mecanismos que edifiquen un paradigma actualizado que otorgue la amplia cobertura que se requiere en los tiempos actuales para el ejercicio ilimitado de los derechos fundamentales o el establecimiento de un eficaz cuanto oportuno sistema de defensa que frene radicalmente todo intento de vulneración, independientemente de la fuente que la genere.

Todo lo anterior no debe, necesariamente, interpretarse como una propuesta de inserción al iusnaturalismo racionalista de Locke, relacionado con los derechos y privilegios que la ley natural concede a los seres humanos. La idea central de estas afirmaciones categóricas es establecer con meridiana claridad la absoluta necesidad de reconocer que existen situaciones ajenas al hombre y al estado que necesariamente se dan y que al examinarlas bajo cualquier ángulo de estudio, no tenemos más alternativa que reconocerles su status de derechos pero no por esto de interés jurídico.

Acceder a la vida, es condición natural que ocurre constante y reiteradamente en el mundo de los seres humanos, con las excepciones de aquellas leyes

relativistas surgidas en función de los defectos del paradigma jurídico decimonónico; dormir, despertar, caminar, hacer cualquier tipo de movimiento, alimentarse por sí o a través de alguna otra persona, observar, sobrevivir, y un interminable etcétera ilustrarían la idea del criterio que se pretende clarificar en este apartado. Pero todo esto y millones de actos, omisiones y ocurridos más, no hacen de los derechos inherentes a los humanos pero provenientes de la naturaleza un tema que cabalmente deberá ser contemplado vinculatoriamente por sistema jurídico alguno que se precie de ser vigorosamente actual.

El interés del jurista es, entonces, en aquella parte de los derechos humanos que se refiere a los aspectos fundamentales.

En este renglón, los europeos han logrado determinar la idea conceptualizadora de lo que se pretende, dejando de lado los aspectos genéricos abrazados fundamentalmente por América Latina, a raíz de la declaración de la Organización de las Naciones Unidas generada en 1948.

Dicho lo anterior, dediquemos nuestra atención en un propósito definitivamente concreto; dejémonos ya de hablar en nuestro sistema jurídico de aquellos aspectos que rebasan sensiblemente las capacidades del estado y los requerimientos de los gobernados por no ser objeto del quehacer del poder político que generan no solamente confusiones sino algo sumamente grave, como pudiera ocurrir en algunos países que se pudiera traducir en la transgresión de la supremacía constitucional, bastión de la soberanía nacional.

Nos avocamos pues, en una tarea apasionante pero sumamente compleja porque ambiciona legítimamente arribar a conclusiones completamente claras, debidamente apoyadas en la verdad jurídica y que está muy alejada de los sofismas que pretenden buscar una fórmula equivocada, irregular y de alto costo jurídico para la aplicación de conceptos vinculatorios determinados por la voluntad política que está muy alejada de la realidad.

Estamos empeñados pues, en la búsqueda racional de una solución jurídica que se constituya en una aportación innovadora. De inicio, pareciera que si abandonamos el positivismo kelseniano el sistema jurídico se derrumbaría, quizá porque la inmensa mayoría de los juristas egresados de las diversas Universidades fuimos formados bajo estos rígidos criterios que ahora nos cuesta abandonar. Empero, debemos tener la fortaleza mental y la capacidad intelectual suficientes para proponer la preservación de un sistema jurídico que ya no adolezca de la problemática en que estamos inmersos, habida cuenta de que debe aceptarse que la pureza de la Ciencia del Derecho tal como la concibió en su momento Hans Kelsen ya no es factible de seguir operando en este siglo XXI.

III.3 El estatus de los Derechos Humanos posterior a la reforma de 2011

Encontramos en una primera instancia que por más esfuerzos que realizara el Estado Mexicano, siempre prevalecía el criterio positivista decimonónico del que esta impregnado el sistema jurídico mexicano.

Sobre este particular podemos citar algunos ejemplos:

La cuestión de “interpretación jurídica” establecida en el decreto de adhesión a la Convención Americana de los Derechos Humanos, relacionada con “garantizar el derecho a la vida desde su concepción” y que tangencialmente elude argumentando que la Constitución Federal no dispone que esta temática deba ser legislada por el Congreso de la Unión y por tanto, como así está dispuesto por la propia Carta Constitutiva, es competencia de las Entidades Federativas.

El argumento mencionado en el párrafo inmediato anterior choca con la inteligencia humana. Se evidencia como pretexto, mas que como razón. Y en el fondo, aceptar esta responsabilidad de uno de los mas importantes derechos humanos como es la vida, es reconocer la injerencia del “*ius naturalismo*” en el derecho positivista kelseniano, lo que a todas luces era inaceptable.

Bidart Campos nos dice:

“Hay una resistencia que vencer: la que todavía para algunos significa la creencia de que la legislación es el techo del orden jurídico en vez de serlo la constitución, y la similar de que la Constitución solo funciona y es aplicable a través de las leyes que le dan desarrollo. Curioso nos resulta que con la antigua noción de que la Constitución es suprema, no se consiga todavía remover el obstáculo que implica reputarla como desprovista y desguarnecida de imperio, aplicabilidad y obligatoriedad

*propias, aún sin intermediación del legislador, y por su virtud, de ser la norma jurídica superior[...]*¹⁷⁹

Su apego al criterio de que las normas son las que permiten la solución de todo tipo de asuntos sometidos a la consideración de la autoridad jurisdiccional, o los criterios de la Ciencia Social - en criterio de Bentham - proveniente

El control de la convencionalidad adquiere particular relevancia y se percibe como algo nuevo, a partir de la judicialización de los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales suscritos por el Estado Mexicano, por virtud de la reforma de junio del 2011, que desaparece el concepto garantía utilizado en el sitio que siempre debieron ocupar los derechos fundamentales y se queda aquel enunciado dentro del texto, solo que ahora su papel preponderante es ser utilizado como un mero mecanismo procedimental, tanto para que los gobernados hagan uso de ese camino o cauce para exigir el respeto a determinados derechos humanos o bien entendida la expresión como mecanismo de protección, amparo, resguardo, promoción de los mismos del que disponen todo tipo de autoridades para esta finalidad.

El concepto ya existía en el texto de la Constitución de 1917 al establecer según cita literal *“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”*.¹⁸⁰

¹⁷⁹ Bidart Campos, Germán J, et al, *“La ciencia del derecho durante el siglo XX”, capítulo “Panorama de los derechos humanos a fin de siglo”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998, p 97*

¹⁸⁰ Ver artículo 133

Si atendemos al criterio que impera en el sistema pragmático jurídico mexicano, ningún juez de las Entidades Federativas se ha atrevido a sujetar sus determinaciones particularmente a los tratados, que deben entenderse de carácter internacional por la vía convencional y que son vinculatorios para el estado mexicano. Ahora nos encontramos con una reiterada norma constitucional, porque en el texto del párrafo segundo del artículo primero se determina categóricamente la manera en que habrán de interpretarse las normas relativas a los derechos humanos reconocidos en la misma Carta Magna, así como en los Tratados internacionales.¹⁸¹

A diferencia de las reformas constitucionales relacionadas con el juicio de amparo y que fueron publicadas en el Diario Oficial de la Federación el día 4 de junio de 2011 y que gozan de una *vacatio legis* de ciento veinte días, la inherente a los derechos humanos solo tuvo una de tres días, y por ello los operadores jurisdiccionales trabajan hoy día a marchas forzadas para acelerar un proceso sumamente violento de reprogramación para lograr dos objetivos concretos: el primero, desaprendizaje de lo obsoleto del pasado y dar el importantísimo paso de incorporarse a este inicio del neoconstitucionalismo que apunta al principialismo, pero que necesariamente debe ser reforzado por el Constituyente permanente.

Este mecanismo debe ser temporal y bajo ninguna circunstancia permanente, por la complejidad que representa.

¹⁸¹ Ver artículo 1º, párrafo segundo Constitucional.

Examinemos cuidadosamente el escenario, bajo el supuesto de entronizar el control de convencionalidad.

No salvaguarda la supremacía constitucional, porque vincula al Estado mexicano con las determinaciones de los organismos internacionales que obligarían a la autoridad nacional a determinar que el propio texto de la Carta Magna resulta violatorio de los derechos humanos y su determinación, que hasta ahora se había conservado en manos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

La supremacía constitucional, refleja un profundo valor por la cuestión de la soberanía que en determinado sentido se sometería a determinaciones extranjeras.

De hacerse una obligada comparación o confrontación entre el derecho interno mexicano y el externo vinculatorio por virtud de la adhesión a los tratados internacionales y sus protocolos adicionales, deberá aplicarse la norma que mas beneficie a la persona y no obligadamente la de fuente convencional.

A esto obedece que en el texto de este trabajo de investigación hayamos decidido incluir un capítulo relacionado con la defensa de cuestiones de soberanía manifestada a través de que sea el pueblo mexicano el que determine libremente su forma de gobierno, tal y como lo establece la propia Carta Magna¹⁸². Es doloroso perder la supremacía constitucional, por ello es obligado buscar un mecanismo eficaz y eficiente que permita conservar los dos valores, la defensa de la Constitución frente a disposiciones legítimas del exterior, pero al propio tiempo que

¹⁸² Cfr. Art. 39 Constitucional

sea capaz de velar por el irrestricto cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por la vía de los Tratados, mediante el cumplimiento de las obligaciones adquiridas con el mecanismo de adecuar las disposiciones constitucionales y del derecho mexicano interno a aquellos requerimientos.

Pero existe un contrasentido a la invasión de la esfera constitucional por la vinculación de la determinación de los Tribunales internacionales en el ámbito de los derechos humanos y consiste de manera en que a cambio de vulnerarse la soberanía nacional, se generan determinaciones vinculatorias de protección a los derechos humanos vulnerados de los connacionales.

A mayor abundamiento, existe un mecanismo para evitar la situación a la que anteriormente se hace alusión, merced a la cual queda absolutamente cancelada la posibilidad de realizar el control de convencionalidad y que, además, resulta obligatorio para el estado mexicano, toda vez que se encuentra adherido al Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, también identificado como Pacto de Nueva York¹⁸³.

Los derechos civiles y políticos a que se refiere el decreto de adhesión del Gobierno mexicano de 1981, se traduce en un multiplicador de los conflictos normativos y de interpretación, que fácilmente pueden evitarse si se concentran las dispersiones de los derechos, que se encuentran divididos en: garantías individuales; garantías sociales; derechos humanos; derechos civiles y derechos políticos en una sola gama que conceptualice de manera abstracta los principios

¹⁸³ El Pacto de Nueva York fue adoptado por determinación de Organización de las Naciones Unidas con fecha 16 de diciembre de 1966; México se adhirió con fecha 24 de marzo de 1981 y el decreto promulgatorio se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 20 de Mayo del mismo año.

generadores de un férreo sistema jurídico interno que nos permita afrontar las responsabilidades derivadas de la suscripción de los convenios o tratados internacionales en esta materia, sin violentar ni la Constitución cuya supremacía ha quedado demostrada y sin generar, necesariamente un régimen de abrogación o derogación de normas internas generadas por el poder político legitimado, en aras de determinaciones elaboradas por un Tribunal extranjero que se permite, indebida e inaceptablemente invadir la “intimidad constitucional” que es nuestro patrimonio, nuestro escudo y constituye la traducción de la voluntad democrática de un pueblo en materia de su soberanía.

Esta solución consiste en la voluntad política y jurídica del Estado Mexicano no solamente en su estructura horizontal, que contempla los Poderes Públicos divididos y sus Organismos constitucionales autónomos, sino también a las Entidades Federativas, Distrito Federal incluido y a los Municipios constituidos dentro del territorio nacional para que se de cumplimiento a lo dispuesto del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos¹⁸⁴, que sin lugar a dudas no se traduce en actos discutibles, simplemente porque están acciones, hoy día, constituyen una responsabilidad incumplida por el Estado Mexicano.

Bajo este ángulo de estudio, deberá:

- a) Adoptar con arreglo a los procedimientos establecidos en las Constituciones Federal y locales la integración de disposiciones legislativas o de otro carácter las reformas constitucionales y en las diversas leyes para hacer

¹⁸⁴ Ver artículo 2^a del Pacto de Nueva York.

efectivos los derechos humanos mediante el adecuado, razonable, accesible uso de las garantías que deben establecerse a la brevedad posible, para alcanzar los derechos reconocidos en el marco de la reforma constitucional del 10 de junio del 2011, mas las obligadas de las adhesiones a los Tratados, uno de Derechos Humanos conocido también como Pacto de San José y del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos de la Organización de las Naciones Unidas, ambos cuyas obligaciones y derechos son vinculatorias para los Estados Parte y sus consecuencias jurídicas además de las establecidas en el texto particular de cada convención en el contenido del Tratado del derecho de los Tratados de Viena, del que haremos especial mención en su oportunidad.

- b) Revisar el conjunto de normatividades positivas vigentes a fin de eliminar de su texto, todas aquellas disposiciones que restrinjan, prohíban, limiten, cancelen o nieguen el derecho a interponer un recurso efectivo contra violaciones a los derechos humanos de la persona.
- c) Respetar y garantizar a todos los individuos que se encuentren bajo su jurisdicción, todos los derechos, sin distinción de raza, color, sexo, idioma, religión, opinión política y de otra índole de origen nacional, posición económica, nacimiento o cualquier condición social.

Si estos presupuestos se cumplen, al adoptarse las normatividades del derecho internacional en materia de derechos humanos todo se traducirá en un derecho interno mexicano acorde, con los requerimientos de procedimiento y

posibilidad de acceder a los tribunales a exigir el cumplimiento del respeto de los mismos y no será necesario acudir a los tribunales internacionales ni tampoco a realizar el control de convencionalidad que convertiría la tarea del Juez de suyo complicada en un ejercicio exhaustivo de análisis del universo normativo que no solamente incluye las excesivas normatividades del derecho interno sino también revisar las disposiciones vinculatorias del derecho convencional en esta materia.

Hemos dedicado una buena parte de este estudio a examinar la situación jurídica constitucional de los derechos humanos a la luz de las recientes reformas (junio del 2011) y dejada constancia de su significación y alcances.

No obstante, debemos preguntarnos si tales alteraciones no solamente constitucionales sino en el sistema jurídico mexicano son suficientes para considerar que la tarea del Congreso Constituyente Permanente está concluida. Nuestra impresión, que consideramos fundada, es de que el camino, el procedimiento, los mecanismos de garantías al quedar como estaban, son insuficientes, arcaicos y en muchos de los casos inaplicables; por tanto, se requiere una inmediata actualización.

Por una parte, si bien es verdad que se han eliminado radicalmente las garantías como sinónimo de derechos fundamentales para convertirlas en mecanismos de defensa otorgados a los particulares para exigir el respeto de los derechos humanos, también lo es que es asignatura pendiente revisar cuestiones de fondo y de forma, indispensables y urgentes para alcanzar un estrato superior de mejoramiento jurídico de nuestras instituciones.

Si revisamos el contenido de los derechos humanos con todo cuidado, habremos de encontrarnos con los enunciados de la Carta Magna algunos que son absolutamente inexigibles por las razones que no lo fueron cuando se establecieron como “garantías” sin serlo y a cuyo estudio hemos dedicado una buena parte de esta tarea de investigación y que obviamente requieren su remoción del texto constitucional. Ciertamente es innegable que el Estado tiene obligaciones ineludibles para sus gobernados pero establecerlas como jurídicamente exigibles es incurrir en situaciones realmente inexistentes, imprácticas, insuficientes y hasta imposibles. Citamos como un mero ejemplo el ahora derecho humano a vivir como colectividad en un ecosistema, cuya calidad del aire deba ser satisfactorio, o bien, dudamos fuertemente que sea un derecho humano fundamental el poseer armas –así en plural- en el domicilio de cada persona “para su defensa”.

Frente a la corriente universal de protección y defensa de los derechos fundamentales, como lo señalan en Europa o derechos humanos como es usual en América, parecería que al adoptarse los Tratados internacionales sobre éstos temas y su vinculación con los órganos jurisdiccionales de los mismos como la Corte Interamericana de los Derechos Humanos o la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas, la solución más cómoda es aceptar la supremacía jerárquica de las cuestiones inherentes a esta temática inclusive sobre las Constituciones Generales de cada nación.

Los argumentos en este tenor son simples: No se vulnera la soberanía nacional con la determinación de las Cortes Internacionales que ordenen, *verbigratia*,

la reforma constitucional que estimen justificada en alguna de sus resoluciones, porque se traduce en una mejoría de la defensa de los derechos humanos y si bien se usurpa el ejercicio de las facultades exclusivas del Congreso Constituyente permanente, también es verdad que el ciudadano de determinada nación tiene una mejor defensa de sus derechos.

Nosotros consideramos errónea, insuficiente y peligrosa la postura a que nos referimos en el párrafo que antecede.

La soberanía es indisponible. Significa la facultad indelegable de la población entera en ejercicio de sus derechos civiles para determinar autónomamente su forma de gobierno, las atribuciones expresas a quienes se constituyan en poder político, las limitaciones a las que deben obligadamente someterse y de manera preponderante la inclusión genérica de los derechos humanos que deben ser promovidos, amparados, mejorados, protegidos mediante mandamientos expresos a los órganos de la autoridad de cualquier índole, pero además, también relevantemente, otorgar las garantías necesarias, accesibles, sin reservas y con todo tipo de facilidades para hacerlas valer.

Vale en tenor de la soberanía hacer las siguientes consideraciones:

Decidir pues, si la única solución es dejar de lado la supremacía constitucional, no es, en nuestro entendimiento un problema menor. Algunos países,

como Argentina, decidieron reformar su Constitución ¹⁸⁵ para establecer que los derechos humanos contenidos en los Tratados Internacionales tienen el mismo nivel jerárquico que sus disposiciones de su Ley Suprema: sin embargo, en nuestro criterio esta determinación de su Constituyente no entrega una clara solución al problema planteado. Es decir, si existiese una determinación de la Comisión de los Derechos humanos de la Organización de las Naciones Unidas o en un juicio llevado ante la jurisdicción de la Corte Interamericana de San José que le ordenara a este país modificar, alterar o realizar ajustes a sus normas constitucionales, la cuestión a resolver se compromete, habida cuenta de que ambas determinaciones están en el mismo nivel jerárquico, lo que a la postre resultaría innecesario, porque Argentina, como México y otros países acordaron, mediante la vía del tratado internacional, aceptar la vinculación de las determinaciones provenientes de los órganos externos en materia de derechos humanos. Dicho de otra manera, si en un extremo hablamos de supremacía constitucional o igualdad en jerarquía de las normas constitucionales con las determinaciones pronunciadas en materia de derechos humanos y en el otro una sentencia condenatoria dictada por un tribunal internacional al que se pactó sometimiento y con ello, la vinculación y obligatoriedad de cumplimiento de estas determinaciones, el país de que se trate, está dejando de lado una supuesta supremacía de su Carta Magna –que ya no lo sería-, o bien, en el supuesto de la igualdad jerárquica, en los hechos abonar la supeditación.

No obstante los argumentos establecidos en el párrafo anterior y que pudieran generar la idea de que nos oponemos a las determinaciones internacionales tratándose de derechos humanos y que tal vez se pudiera considerar que se intenta

¹⁸⁵ Cfr.,. Art. 31 de la Constitución Argentina, que a la letra dice: *“Esta constitución, las leyes de la nación que en su consecuencia se dicten por el Congreso y los tratados con las potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación [...]”*

buscar la sombra protectora de la supremacía constitucional como recurso para impedir la aplicación, respeto y protección de aquellos que fue reclamada ante el Tribunal internacional, debemos precisar enfáticamente que nuestro criterio está totalmente distanciado y específicamente opuesto a que esto pudiera ocurrir.

Lo que pretendemos es buscar un mecanismo mediante el que se cumplan cabalmente las expectativas del ser humano en los diversos campos de seguridad jurídica en defensa de los derechos fundamentales que le son inherentes, sin desmedro de velar por la supremacía de la Constitución Federal.

Con esta visión, estamos en aptitud de afirmar que no hay colisión entre una y otra postura. Que es factible jurídica y prácticamente armonizar el cumplimiento del respeto cabal a los derechos humanos y al mismo tiempo salvaguardar la supremacía constitucional.

La solución es simple y llanamente cumplir con las obligaciones establecidas en el Derecho Convencional mexicano. Bajo este ángulo de estudio, es impostergable que el Estado Mexicano realice la asignatura pendiente derivada del artículo 2° del Pacto de San José¹⁸⁶ y con ello el resultado se traduciría en que todas las disposiciones del derecho mexicano provenientes de los tratados internacionales, se convertirían en derecho interno, que con el ejercicio de los principios *pro homine* que ya está establecido constitucionalmente y el de “*ex officio*” que debe agregarse a las garantías de la propia Carta Magna, toda persona acudiría

¹⁸⁶ A la letra dice: “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 Parte 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.”

a las instancias de cualquier nivel, administrativo o judicial a reclamar legítimamente sus derechos, y con ello hacer absolutamente irrelevante e innecesario el que la Corte Interamericana de los Derechos Humanos derivada de la Convención de San José de la que ya hemos hecho referencia, ni la actual Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas se pronuncien vinculatoriamente sobre alteraciones a nuestra propia Constitución.

De fondo también se debe atender de inmediato a la simplificación del sistema legal mexicano.

Los estudiosos del derecho coinciden en considerar excesiva la normatividad existente y en la abundancia innecesaria es inminente el sobredimensionamiento de los problemas que el “*status quo*” de alusión está generando para todos sus actores:

- a) Para el juzgador, si consideramos la imposibilidad humana de revisar el inacabable universo normativo de disposiciones vigentes y positivas, entre las que debe localizar aquella que pueda aplicarse, previa interpretación al caso concreto que le ha sido sometido a su consideración.
- b) Para el sujeto del derecho porque no deja de ser una quimera y un mandamiento imperfecto, imposible, aquella disposición que mandata que “la ignorancia de las normas no excluye su cumplimiento”. Esta “justificación” a la validez de la norma se confronta con la racionalidad, porque nadie podrá negar que no es factible para ser humano alguno realizar esa labor titánica

sobre todo si consideramos que aún si se dedicaran todas las horas de todos los días, no sería posible ni siquiera leer el caudal de normas en que este país se encuentra inmerso.

- c) La complejidad de las reminiscencias del paradigma jurídico arcaico y el número de problemas que son sometidos a la consideración de los órganos jurisdiccionales o administrativos, implican mecanismos procesales interminables y con ello la dilación en la culminación de los asuntos cuya determinación es urgente para los interesados. Esto se traduce en una denegación de los derechos humanos.

Dentro del proceso legislativo que obligadamente el Estado mexicano debe realizar, deberá incluirse un estricto, acucioso y cuidadoso control de la convencionalidad. Ya apuntamos, al examinar las reformas constitucionales de Junio del 2011 que se establece desde el mismo artículo primero que todas las autoridades deben realizarlo. Y anotamos que este control de convencionalidad no es posible que sea permanente, sino contingente. No es posible que en todos y cada uno de los problemas que son llevados al estudio y determinación de todo tipo de órganos del estado, ya administrativos o jurisdiccionales puedan realizarse los procedimientos de revisar ese enorme caudal del derecho interno y confrontarlo con las disposiciones básicas del derecho convencional internacional aplicable y además las jurisprudencias que también resultan obligatorias en cumplimiento de las vinculaciones adoptadas voluntariamente por medio del tratado correspondiente.

Si lo que se pretende es que ese control de convencionalidad no se convierta en un lastre que retrase, complique, dificulte la tarea de decir el derecho, debemos transferírsele en una primera instancia a los Poderes Legislativos:

- a) Al Congreso Constituyente Permanente;
- b) Al Congreso de la Unión
- c) A las Legislaturas de los Estados; y
- d) A la Asamblea Legislativa del Distrito Federal, en el área de su competencia.

Al Cuerpo Colegiado cuya función es examinar, debatir, analizar y determinar las mutaciones a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos le corresponde de inmediato:

Realizar un control de constitucionalidad respecto de nuestra Carta Magna, confrontada con las disposiciones contenidas en los Tratados Internacionales suscritos por el Titular del Poder Ejecutivo Mexicano y ratificadas por el Senado, para evitar que, en materia de derechos humanos en el texto constitucional todavía existan disposiciones que se opongan a aquellas disposiciones, e inclusive a la jurisprudencia¹⁸⁷ también vinculatoria.

¹⁸⁷ Cfr. Art. De la Convención Americana de los Derechos Humanos, que establece la obligatoriedad de su jurisprudencia y ésta se genera en cada uno de los casos resueltos; es decir, a diferencia de la

Solo por señalar algunos ejemplos sobre esta necesidad insoslayable, citaríamos:

- a) Es violatoria de los derechos humanos de seguridad jurídica, debido proceso y no discriminación, la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 3 de junio del 2011¹⁸⁸ que establece, modificando la estructura del llamado principio Otero prevaleciente desde 1861, que cuando una ley sea declarada anticonstitucional, surtirá efectos generales, estableciendo el mecanismo adecuado para que el Poder Legislativo correspondiente cumpla con la derogación o abrogación en su caso¹⁸⁹. La violación supradicha nace cuando establece como excepción, que no tendrá efectos a favor de la generalidad, cuando la declaración de anticonstitucionalidad verse sobre leyes fiscales¹⁹⁰.
- b) Debe adicionarse la Constitución Mexicana para incluir como fuente de derechos humanos, todas aquellas determinaciones del Poder Judicial Federal, mediante el principio “*ad simile*” que resultaría, ante la ausencia de normatividad expresa, un recurso obligado de acudir a la analogía en beneficio del ejercicio de la función jurisdiccional o administrativa que en determinado momento deben cumplir todas las autoridades, abandonando la arcaica fuente de la jurisprudencia, primero porque es imposible considerar que de cinco casos –que eventualmente ni siquiera pudieran tener relación

jurisprudencia del derecho interno, no requiere de cinco situaciones resueltas en igual sentido, en asuntos similares, y sin que haya ejecutoria en sentido contrario;

¹⁸⁸ Nota: Con una *vacatio legis* de 120 días

¹⁸⁹ Cfr. Art. 107 fracción II de la Constitución Federal (reformado)

¹⁹⁰ Ibidem

entre sí- se genere una fuente de derecho obligatoria de aplicación universal. Es decir, esta aplicación del método inductivo de interpretación no necesariamente se traduce en un imperativo que atienda la universalidad de los conflictos.

- c) Los derechos civiles y políticos deben ser incorporados al texto constitucional, abandonándose por antidemocrático el sistema partidocrático que prevalece por el elevado costo financiero que representa para el erario público, por sus actitudes y conductas autoritarias y fundamentalmente porque todo este quehacer que le corresponde a la sociedad es operado por un pequeño grupo de políticos profesionales.

En este tema, se pudiera argumentar en contrario que la política y quienes la practican de manera permanente como su *“modus vivendi”* son actividades lícitas. Concordamos ampliamente con esta argumentación, pero en contrario, afirmaríamos que se requiere una serie de modificaciones a este capítulo mediante las que: a) Se reduzca el gasto público destinado a los Partidos Políticos; b) Se reduzca el número de representantes populares a cuando menos la mitad de los 500 que ahora son; c) Se atienda al principio de equidad de los integrantes del Pacto Federal en cuanto a sus representantes, los que ocupan los escaños del Senado; d) Se prohíba el manejo indiscriminado del presupuesto para gastos suntuarios, asaz de infructuosos, así como los ingresos de los integrantes del Poder Político.

Asimismo, deberán prohibirse de manera tajante el que un legislador de cualquiera de las Cámaras o de los Congresos Locales, o de la Asamblea

Legislativa del Distrito Federal, cambien de Partido Político por conveniencias personales y no de sus representados, cuando lo indicado, por razones de honestidad y moral política sería renunciar a su encargo proveniente del voto popular y ya como simple ciudadano adherirse a otro instituto político. En todo caso, el dejar la militancia de una Institución o Partido Político para adherirse a otro, condicionará su derecho electoral a ser votado a que previamente se interiorice de la plataforma ideológica y principios básicos en que se sustente el organismo al que se integra, y por tanto, dejar transcurrir uno o dos años calendario para este fin.

Sería sano para el país, en base al respeto de los derechos civiles y políticos de los ciudadanos, prohibir a los gobernantes de entidades federativas el publicitar su obra y particularmente su imagen mediante mecanismos nacionales e internacionales; sólo deberán atender a medios publicitarios constreñidos a la geografía del territorio que gobiernan.

Sin tratar de incidir más profundamente en un tema de alto grado controversial, anotaríamos finalmente, la necesidad jurídica de reducir progresivamente los recursos públicos a los Partidos Políticos, sin perjuicio de la obligación de rendición de cuentas.

Para el Congreso de la Unión, es impostergable:

- a) Revisar las Leyes Federales para eliminar de su integración todas aquellas normas que se contradigan, opongan o cancelen derechos protegidos por los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos.

- b) Eliminar de los textos legales de su competencia todas las causas de improcedencia, pérdida de derechos, negación de recursos que se traduzcan en violaciones al principio del debido proceso contemplado en los tratados de los derechos humanos.

Solo para ejemplificar: El que se prohíba la interposición del recurso de apelación en los juicios mercantiles atendiendo solamente a su cuantía, es, en opinión nuestra, discriminatorio, ofensivo para las clases populares y con ello transgresor de los derechos humanos de la no discriminación, igualdad y proporcionalidad.

- c) Incorporar en los textos aquellos derechos que se encuentran contenidas en el Derecho Convencional y en un afán de optimización los criterios jurisprudenciales que ya constituyen vinculación al Estado Mexicano.

A los Congresos Estatales y Asamblea Legislativa del Distrito Federal:

Revisar sus leyes. Algunas de ellas fueron generadas a partir de una postura de los tratados internacionales suscritos por el titular del Ejecutivo en el sentido de establecer “criterios de interpretación” o “salvedades”, y se consideró que éstas eran suficientes para que en este caso concreto la Federación quedaba fuera de obligación.

Debemos señalar que los organismos internacionales responsables de conocer en su ámbito las comunicaciones planteadas en contra de un Estado Parte por violación de derechos humanos, tiene disposiciones muy claras y definidas en torno a las cuestiones de interpretación o salvedades de los Estados adherentes y aún de su derecho interno, como enunciativamente, las siguientes:

- a) La jurisprudencia de la Corte ha señalado que los Estados tienen la responsabilidad de consagrar normativamente y de asegurar la debida aplicación de los recursos efectivos y las garantías del debido proceso legal ante las autoridades competentes, que amparen a todas las personas bajo su jurisdicción contra actos que violen sus derechos fundamentales o que conlleven a la determinación de los derechos y obligaciones de éstas¹⁹¹.
- b) El propio Tribunal ha establecido que para que el Estado cumpla lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana de los derechos humanos¹⁹² no basta con que los recursos existan formalmente, sino que es preciso que tengan efectividad en los términos de aquel precepto.
- c) A que la víctima en procesos penales, no solamente tenga derecho a la mera reparación del daño, sino, preponderantemente, a hacer efectivos

¹⁹¹ Cfr. Sentencias de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. Casos: Baena, Ricardo y otros. Fecha: 28 de noviembre del 2003, serie C, No. 104, párrafo 79; caso Herrera Ulloa vs. Costa Rica, Excepciones preliminares. Sentencia 2 de julio de 2004, serie C, no. 107, párr., 145 y caso Acevedo, Buendía y otros vs. Perú, fecha, 1º de julio 2009, serie C, párrafo 97

¹⁹² Esta disposición convencional obliga al Estado Parte a que: “[...] *toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales*”.

sus derechos para conocer la verdad y a la justicia y ello implica que a nivel interno, deben existir recursos adecuados y efectivos.

- d) La competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para determinar la validez de una reserva se desprende del artículo XIII de la Convención Internacional de los derechos contra la desaparición forzosa, en relación con artículo 62 de la propia Convención Americana.¹⁹³
- e) La Corte Interamericana, igualmente ha establecido que *“Una reserva que suspenda todo el derecho fundamental cuyo contenido es inderogable debe ser considerado como incompatible con el objeto y el propósito de la convención y, consecuentemente, incompatible con la misma. La situación podría ser diferente si la reserva solamente restringe ciertos aspectos del derecho interno inderogable sin privar al derecho de su contenido básico”*.¹⁹⁴

Como se colige de las manifestaciones contenidas en los párrafos precedentes, si bien es verdad que, como ya se ha escrito reiteradamente la reforma constitucional de fondo en materia de derechos humanos revoluciona el Paradigma Jurídico prevaleciente, también lo es que, sin lugar a dudas permanece inalterado el aspecto del derecho procesal constitucional, esto es, en materia de garantías del debido proceso, de seguridad jurídico y de accesibilidad a la

¹⁹³ En este sentido la Corte Europea de Derechos Humanos indicó: *“Que el silencio del depositario y los Estados Contratantes (en lo que respecta a las reservas y declaraciones interpretativas contenidas en el instrumento de ratificación de Suiza), no priva a los órganos de la Convención de la facultad de hacer su propia valoración”*. Cfr., Eur. Ct. H. R., Case of Belilos vs. Switzerland, application no 10328/83, 29 de abril de 1988, párr., 47.

¹⁹⁴ Cfr. Caso Velázquez Rodríguez vs. Honduras. Sentencia de 26 de junio de 1987. Serie C, párrafo 29; caso Castañeda Gutman vs. México. Sentencia 6 de agosto de 2008, serie C, No. 184, párr., 40.

reclamación del respeto de los diversos derechos humanos que en cada situación específica se pudieran contemplar.

El problema es pues, procedimental. Es cuestión de garantías en su nueva acepción, que ya referimos en apartados anteriores. Y decíamos que era inadmisibles este tipo de disposiciones normativas porque resultan incoherentes e incongruentes. A saber:

- a) Hay un caso concreto en que la integración de ésta Comisión se determinó por acuerdo del Titular del Poder Ejecutivo en el año de 1990, en tanto que la disposición legal que ordena al Congreso su creación se insertó constitucionalmente en 1992, esto es, dos años después.
- b) Que la disposición que genera su creación establezca que este organismo deberá avocarse a la protección de los, cito, Derechos Humanos **que ampara el orden jurídico del país en este supuesto.**
- c) Que tales organismos conocerán de las quejas en contra de **actos y omisiones de naturaleza administrativa provenientes de cualquier autoridad o servidor público**, con excepción de los del Poder Judicial de la Federación, que violen estos derechos.
- d) Los organismos dichos solo podrán formular **recomendaciones públicas no vinculatorias y denuncias y quejas ante las autoridades respectivas.**

- e) Además, se establece que ***no serán competentes tratándose de asuntos electorales, laborales y jurisdiccionales.***

El análisis correspondiente a los puntos anteriores nos entrega como resultantes el que un organismo nacional autónomo surge a la vida jurídica por determinación del titular del poder ejecutivo, y dos años después se ordena la creación del mismo, encargándose la formulación de la Ley que estructura, organiza y gobierna el mismo al Poder Legislativo Federal, en el caso que se invoca en este concepto. Resulta innecesario señalar que cada Entidad se crearon sus cuerpos locales de protección de los “derechos humanos”, siguiendo el mandamiento y por supuesto, las directrices del organismo nacional.

Y aquí resulta una incoherencia mas entre el sistema jurídico vigente que, en clave positivista, establece de manera expresa y sin que ningún órgano de la autoridad pueda atribuirse otras facultades diversas a las que le concede la norma, que solo podrá encargarse de la protección de los Derechos Humanos que amparo el orden jurídico establecido dentro sistema jurídico vigente. Dicho de otra manera: El problema subyacente, lo será siempre el determinar si la hay, diferencias sensibles entre derechos humanos y derechos humanos amparados por el sistema jurídico positivista.

El análisis de la mera expresión de la Ley, revela un grave conflicto para el Estado, simplemente porque no hay congruencia entre unos y otros. Y como bien sabemos no es admisible, bajo ningún ángulo, considerar que norma positiva es

igual a derechos humanos. Hans Kelsen, principal promotor universal del sistema normativo positivista, protestaría a grito abierto frente a lo que el hubiera considerado una gravísima y monumental equivocación jurídica.

No es, empero, infrecuente que se confundan las garantías con los derechos, ya sean humanos o fundamentales.

Con apoyo en las doctrinas universales que aportan a la Ciencia Jurídica importantes luces, las enormes diferencias que existen entre los tres enunciados señalados con anterioridad y que solo con modificaciones sustanciales al método jurídico imperante pudieran ser susceptibles de alcanzar un status que les permita operar eficaz y eficientemente como sistema jurídico: Esto es, que los derechos humanos, los derechos fundamentales y las garantías a que el Estado se obligue, con los cambios sustanciales que se requieren para lograrlo, puedan coexistir y de esta mejor manera, dejar atrás las graves incoherencias e incongruencias a que hemos hecho referencia y la más grave de todas, que es considerar que la ley constituye el derecho y que el derecho, como está concebido, es el ineludible camino hacia la justicia.

Veamos los aspectos fundamentales en que habremos de apoyar nuestro razonamiento, para establecer las premisas mayor y menor requeridas en todo silogismo perfecto y arribar a la conclusión que, siendo verdaderas aquellas, ésta también deberá serlo necesariamente. Ya con el juicio que nos permite la Lógica Jurídica, y alcanzado el razonamiento, establecer la argumentación que soporte el arribo de conclusiones cuando menos lógicamente coherentes y congruentes con los requerimientos de la época actual.

Nos apoyamos en primera instancia en el jurista español Luis Recaséns¹⁹⁵

Los Derechos Humanos luego entonces, constituyen la manifestación intensiva, general, natural y humana de una serie de prerrogativas que asisten al ser humano desde su concepción mismo hasta su fallecimiento y eventualmente después de éste, las que no necesariamente deberán estar comprendidas en los cuerpos normativos por tratarse de situaciones dadas que no permiten ni discusión y negación de su existencia.

La Comisión Nacional de Derechos Humanos – y sus réplicas locales- no pueden, porque carecen de facultades normativas expresas, como se fundamente en el modelo positivista vigente para proteger los derechos en cita. De allí que este Organismo no estará en aptitud ni jurídica, ni científica, ni política ni social de proteger los derechos humanos de los súbditos del Estado.

En síntesis: es obligado para todas las autoridades de cualquier jerarquía, competencia territorial, Federal, Estatal o Municipal, en el ámbito jurisdiccional o meramente administrativo responsable de interpretar, argumentar y decidir sobre cualquier reclamación que le sea formulada en materia de derechos humanos que le sea planteada.

Aceptaríamos que la reforma constitucional a la que tantas veces hemos hecho alusión significa un importante y trascendental revulsivo jurídico y casi el

¹⁹⁵ Recaséns Siches Luis, *Tratado General. Capítulo XIV*, citado por Germán J. Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*. México, UNAM, 2ª Reimp., 1993, pp. 6-7.

rompimiento con las estructuras decimonónicas sobre las que ha girado el derecho durante los últimos años.

Sería inaceptable, por absurdo que no existiera el positivismo en el nuevo sistema Jurídico Mexicano. Este positivismo deberá ser entendido a la luz del nuevo paradigma es decir, que los jueces, autoridades y particulares, en cuanto al fondo de las cuestiones a dirimir, se entren reguladas por normas estrictas, de orden público e indisponibles.

Pero donde radicalmente debe modificarse del derecho mexicano, es en lo que se refiere al campo de lo adjetivo, esto es, en el camino de los procedimientos, recursos, y fundamentalmente en lo inherente al método de interpretación, argumentación y aplicación de la norma en el ejercicio de la subsunción.

Los cambios son necesarios y urgentes, para generar un cambio radical en el sistema jurídico que solo de manera parcial incursiona en un nuevo modelo, pero al resultar incompleto, genera limitaciones. Con Innerarity¹⁹⁶ concordamos en que:

“[...] determinados fenómenos parecer abogar a favor de una progresiva desideologización. Por un lado, se puede observar un proceso de convergencia ideológica, en virtud de la cual pierden éstas su virulencia, obstinación y primitiva hostilidad [...]”

¹⁹⁶ Innerarity, Daniel, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Ediciones Rialp, S. A., 1990, p 159

El paso importante se ha dado ya, en cuanto a la estructura que ahora incorpora plenamente a la filosofía del derecho en nuestro régimen jurídico; faltan otros importantes fines que lograr, porque “lo nuevo de esta situación reside precisamente en que la plena realización de esta libertad potencial no consiste en un hacer sino en un dejar. Dejar-ser aparece como el acto mas elevado de la libertad humana”¹⁹⁷

Se venció pues la resistencia que limitaba el desarrollo pleno de los derechos fundamentales al fincarse en el rango constitucional el contenido esencial de los mismos. De esta manera se deja de lado la tesis central del positivismo jurídico en el sentido de que toda norma jurídica tiene sólo una fuente positiva que excluye necesariamente a su contradictoria, -tesis iusnaturalista- al permitir que exista al menos un principio de fuente no positiva.¹⁹⁸

Los derechos humanos, en criterio de Luis Recasens¹⁹⁹ “[...] *no significan unos derechos subjetivos en la acepción reciente, sino un conjunto de principios axiológicos que debe obedecer el legislador, sobre todo el constituyente, para encarnarlos en el derecho positivo [...]*”, agregando que, en la época de sus afirmaciones ya los países civilizados habrían incorporado su legislación superior, aunque “[...] *El problema más urgente es hacerlos cumplir. Pero siguen siendo tema filosófico, o iusfilosófico, de axiología jurídica[...]*”²⁰⁰

¹⁹⁷ *Ibidem*, p. 243.

¹⁹⁸ Cfr., Soaje Ramos G., *Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemometodológicas*, *Ethos* No. 6/7, Buenos Aires, 1980. Pp. 99-107.

¹⁹⁹ Recasens Siches, Luis, *Los derechos humanos*, México, Dianaia, 20, 1974, p. 128

²⁰⁰ *Ibidem*, p. 128

Por otra parte, si traemos a colación el punto de vista iusnaturalista de González²⁰¹, tendríamos que:

“los derechos fundamentales radican en la naturaleza misma del hombre, ser racional y libre, y que no le vienen ni de la sociedad, ni del Estado, ni del mero reconocimiento que hace de ellos las legislaturas positivas. Estas deben declararlos y señalar las garantías jurídicas que aseguren su vigencia, pero suponen su existencia anterior que, ciertamente, está por encima y es independiente de la voluntad estatal”.

La tarea por realizar es ardua y complicada. Estamos saturados de legislaciones absurdas, inoperantes y contrarias al espíritu de la protección de los derechos humanos. Es labor de los Poderes Legislativos, pero sin duda las Academias del derecho en las Universidades no deberían ser ajenas a éste quehacer.

Si aceptamos que la revisión del universo legislativo interno, en cada caso debe ser confrontada con las disposiciones de los Tratados internacionales en materia de derechos humanos, la tarea del juzgador sería inacabable, impráctica e imposible de realizar con eficacia.

Ofrezcamos pues, una fórmula accesible para que este conflicto no complique la labor jurisdiccional. En verdad, así se requiere.

²⁰¹ González Uribe, Héctor, “Fundamentación filosófica de los derechos humanos. ¿Personalismo o transpersonalismo?”, en *Revista de Filosofía (UIA)* 16, 1983, p.324.

Capítulo IV. Interpretación, Argumentación y aplicación de la Ley.

Tema capital de requerimiento inmediato de revisión es el capítulo relacionado con la interpretación y aplicación de las leyes porque los lineamientos establecidos en texto constitucional, literalmente no garantizan la protección, aplicación y respeto de los derechos humanos integrados sistema jurídico mexicano. Luego es anacrónico e impracticable el contenido del artículo 14 Constitucional. Hagamos el estudio correspondiente.

La labor del juzgador no debe ser aceptada como se ha expresado en múltiples ocasiones la concebía Montesquieu como un ser inerte, inanimado y sin convicciones que sería la boca de la Ley. Pensar que esta es la tarea fundamental del juzgador es sin duda alguna, quedar suspendidos en el tiempo y en espacio decimonónico, cuya cultura jurídica todavía prevalece y que es inaplazable relegar y con ello, optar por nuevas vías, modernos caminos que permitan un nuevo paradigma jurídico, más eficaz, más eficiente y con todo ello más confiable.

Hemos sostenido en el curso de este trabajo de investigación la indisponibilidad de la supremacía constitucional por considerar, sustentado en criterios de solidez en la argumentación que, por una parte constituye la carta fundamental de nuestro país y por la otra, representa uno de los valores más importantes del nacionalismo que es el de la soberanía, igualmente indiscutible o renunciabile.

No obstante, no significa que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, que a decir verdad es un trabajo reflejante de la Constitución de los Estados Unidos, alimentada, en otro orden, con criterios de España y con fuertes raíces provenientes de la época del siglo de la iluminación, al triunfo de la revolución francesa, no requiera cambios esenciales que permitan al Estado, a sus órganos no solamente jurisdiccionales sino en todos los órdenes, contar con herramientas distintas que se traduzcan en otro sistema jurídico asaz de moderno, alejado de la problemática heredada por el positivismo normativo kelseniano.

Una de las modificaciones urgentes, que requieren la atención del Constituyente Permanente, es la retrógrada, anquilosada y rebasada sistematización de la interpretación de la ley que impide al juzgador argumentar como lo demanda el estado de derecho constitucional, y con ello, encontrar nuevos caminos para entregar a los denominados justiciables una mejor calidad en las determinaciones jurisdiccionales. El esquema sistémico del que ahora discrepamos es aquel contemplado específicamente en los párrafos tercero y cuarto enunciados en el artículo 14 constitucional.

Para darle solidez y una adecuada cuanto irrefutable sustentación de las transformaciones de fondo y forma que habremos de proponer como un nuevo paradigma, es menester un acucioso examen del contenido de la norma en que se apoya todo el sistema de interpretar y aplicar el derecho en buena parte del mundo occidental, particularmente en América Latina y evidentemente en territorio mexicano.

El Juez, establece el párrafo tercero de la norma en comento, en los juicios del orden criminal²⁰² que queda prohibido imponer, por simple analogía, y aún por mayoría de razón, pena alguna que no esté decretada por una ley exactamente aplicable del delito de que se trata.

Como podemos interpretar la disposición constitucional referida en el párrafo anterior de manera distinta a la que implícita y explícitamente está comprendida en la misma, esto es, no hay ninguna posibilidad de que el sentenciador tenga al alcance de su inteligencia otras herramientas jurídicas para decir el derecho que no sea el texto literal de la norma de que se trata. Es altamente pretencioso considerar que la norma es perfecta y que, en consecuencia, es capaz de prever una diversidad de eventualidades que distingan el hecho o los hechos a considerar en determinado caso concreto. Y en adición, vale destacar la prohibición expresa, determinante, absoluta para usar las herramientas de otras disciplinas científicas como la Analogía y aún la mayoría de razón.

El efecto negativo de este precepto es innegable. El Juez debe limitarse a estudiar el contenido lingüístico de la norma, rigurosamente, y aplicarlo al caso concreto cuya labor de subsunción le ha sido delegada de manera extremadamente limitada. Basta para sustentar la argumentación de esta categórica afirmación la literalidad constitucional²⁰³

Igualmente insatisfactoria por insuficiencia, la disposición establecida en el párrafo cuarto y último de la norma constitucional referida, obliga a los jueces que

²⁰² Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, Art. 14

²⁰³ Cfr. Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, artículo 14, párrafos tercero y cuarto.

en las sentencias definitivas del orden civil, deban aplicar las leyes respectivas a la letra o a *“la interpretación jurídica de la ley, y a falta de ésta se fundará en los principios generales del derecho”*.

En el orden de las exposiciones anteriores, el surgimiento del nuevo paradigma jurídico al que hemos venido dedicando nuestra tarea ha generado , según nuestra apreciación y consideraciones a las que hemos venido haciendo referencia, el que las mutaciones constitucionales y a la ley de Amparo que se generaron casi de manera simultánea no satisfacen a plenitud los requerimientos para los que fueron implementadas por conservarse en buena medida las disposiciones legales solamente aplicables al sistema jurídico garantista del pasado y no pueden, con la amplitud, prudencia y científicidad que se requiere en la revaloración de la función interpretativa, con sus consecuencias jurídicas, traduciéndose estas circunstancias en evidencias una serie de graves omisiones en la reforma que ahora deben incidir de manera trascendente en el ámbito procesal constitucional.

A estos aspectos habremos de dedicar el estudio contemplado en este apartado, pues independientemente de las razones doctrinarias, jurídicas tanto derivadas de la propia Constitución y otras leyes como de los propios criterios judiciales, queremos evidenciar que la tarea del intérprete válido y verdadero de los derechos humanos, incidiría en una serie de determinaciones que sin lugar a dudas contradicen el objetivo buscado de manera tan importante en la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

Como punto de inicio, destacada y preponderantemente debemos enfatizar nuestro examen a este aspecto que debe entenderse como piedra angular para el quehacer de la interpretación y aplicación de la ley en la más importante tarea que realiza el juzgador dentro de las enormes responsabilidades sociales y profesionales que confronta momento a momento en su cotidiana actividad jurisdiccional; sin duda que tendremos que referirnos al capítulo relacionado con la interpretación, argumentación y aplicación de la ley, a la luz del imperativo contenido en el artículo 14 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

El mandato para el juzgador es claro²⁰⁴ y obviamente constitutivo de una serie de limitaciones que le impiden acudir a otros apoyos jurídicos que permitan la búsqueda de la verdad y la solución, cuando menos, equitativa del asunto que ha sido sometido a la consideración del responsable de esta tarea jurisdiccional. Las herramientas que otorga son a todas luces insuficientes para cumplir con los postulados de la nueva realidad

Por estas consideraciones, habremos de realizar un estudio cuidadoso del problema que a nuestro entender significa el mandato en materia de derechos humanos y sus alcances constitucionales.

A partir de esto, las herramientas jurídicas del orden constitucional son: 1) en los asuntos del orden criminal solamente la de imponer penas que correspondan exactamente aplicables al delito de que se trate; y como limitaciones: a) no usar la simple analogía (sic) y b) tampoco disponer de la mayoría de razón; 2) en los juicios

²⁰⁴ Ver párrafos tercero y cuarto del artículo 14 Constitucional.

del orden civil, las atribuciones serían: a) ajustar la sentencia definitiva conforme a la letra de la ley; b) recurrir a la interpretación jurídica de la ley, y c) a falta de ésta, a los principios generales del derecho.

Para Kelsen:

*“Cuando el derecho tiene que ser aplicado por un órgano jurídico, éste tiene que establecer el sentido de la norma que aplicará, tiene que interpretar esas normas. La interpretación es un procedimiento espiritual que acompaña al proceso de aplicación del derecho, en su tránsito de una grada superior a una inferior. En el caso que mas se piensa cuando se habla de interpretación, en el caso de la interpretación de la Ley, se debe dar respuesta a la pregunta de que contenido hay que dar a la norma individual de una sentencia judicial [...]”*²⁰⁵

El mismo jurista sigue diciendo que:

“Si por “interpretación” se entiende la determinación en cuanto conocimiento del sentido del objeto interpretado, el resultado de una interpretación jurídica sólo puede determinar el marco que expone el derecho por interpretar, y, por lo tanto, el conocimiento de varias posibilidades dadas dentro de ese marco. Por lo tanto, la interpretación de una ley no conduce a un decisión única, como si se tratara de la única correcta, sino posiblemente a varias, todas las cuales –en tanto

²⁰⁵ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, México, Ed. Porrúa 16ª Ed, 2009, p 349

*son cotejadas solamente con la ley que haya de aplicarse- tienen el mismo valor aunque solo una de ellas se convertirá en derecho positivo [...]*²⁰⁶

Savigny²⁰⁷ nos aporta su convicción de que la interpretación jurídica consistirá necesariamente en la “reconstrucción del pensamiento ínsito de la Ley”.

Vigo apunta:

*“El propósito explícito de los juristas será partir acríticamente sólo desde el Derecho positivo dado por el legislador, y luego de clarificar su sentido –etapa de la “ciencia inferior” o interpretación en Ihering- elevarse a la ciencia superior cuyo objeto será la conceptualización, construcción y sistematización del derecho positivo... pero si bien el discurso teórico y académico pretendía mantener una fidelidad y ortodoxia, la realidad jurídica no siempre se mantuvo en coherencia con lo que se predicaba y enseñaba.”*²⁰⁸

Como ya lo estudiamos en este trabajo de investigación, este modelo entre en crisis a mediados del siglo XX cuando se evidencian las insuficiencias y riesgos del modelo.

²⁰⁶ *Ibid*, p. 351-352.

²⁰⁷ Cfr. Savigny, Friedrich Karl von. *Sistema de Derecho Romano actual en La Ciencia del Derecho*, Buenos Aires, Losada, 1949, p. 82.

²⁰⁸ Vigo, Rodolfo Luis, *Interpretación Jurídica, (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)*, Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006, p. 234-235

La Constitución mexicana, sin lugar a dudas, es heredera del pensamiento Kelseniano, como se desprende de las consideraciones integradas en los párrafos anteriores, de manera tal que con la transformación de las garantías individuales y sociales a derechos humanos, que margina el positivismo normativo decimonónico, sufre alteraciones de fondo que conllevan la modificación absoluta del sistema jurídico mexicano.

El *iusnaturalismo* ingresa al derecho mexicano, dejando de lado el criterio de que para que fuese considerada como jurídica, una disposición normativa tendría que provenir de los poderes legislativos, sin acceso a la Filosofía del Derecho y a importantes disciplinas científicas derivadas de la ciencia madre como la Ética y la Lógica jurídicas.

Ahora bien, desde el punto de vista de Rodríguez Grez:

“El sentido de la norma no es más que su significado, esto es, aquello que la norma dice. Toda norma es una proposición lógica que se expresa en una fórmula literal. Lo primero que cabe al intérprete, en consecuencia, es desentrañar su significado. Para alcanzar este objetivo recurrirá a varios elementos, entre los cuales el más importante es el gramatical, ya que la hipótesis que contiene la norma se manifiesta en palabras [...] No puede confundirse el sentido de la norma con su voluntad o intención [...] La tarea del intérprete es conocer el

*significado (sentido) de cada norma, para, por este medio, indagar y descubrir su intención y voluntad [...]*²⁰⁹

Un punto de vista singular, sin duda, el señalado en el párrafo inmediato anterior, que se compagina con el texto actual del mecanismo que se autoriza a los jueces para interpretar y aplicar la ley, pero que ya no es admisible su operatividad en la época actual.

Hernández Franco y Castañeda afirman que:

*“Hoy en día recibe el nombre de semiología jurídica al estudio de los métodos de interpretación de las leyes. Sin embargo, no existe como tal una ciencia clara que permita interpretar científicamente y de manera precisa la legislación. Existen varias técnicas que auxilian a ello, aunque la redacción de las leyes en ocasiones presenta vaguedades, ambigüedades y texturas abiertas. Autores como Roscoe Pound (1870-1964), Benjamín Cardozo (1870-1938) y Oliver Holmes señalan que la interpretación debe hacerse de acuerdo con los contextos sociales. Otros autores como los que integran la corriente del realismo jurídico, consideran que el derecho es una construcción abstracta y su interpretación solo depende del criterio arbitrario de la autoridad.”*²¹⁰

²⁰⁹ Rodríguez Grez Pablo, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Santiago de Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª ed., 2004, p 37-38.

²¹⁰ Hernández Franco Juan Abelardo y Castañeda G. Daniel Horacio, *Curso de Filosofía del Derecho*, México, Oxford, 2009, p. 45.

Estos autores infieren con certeza que interpretar y aplicar arbitrariamente una ley conlleva la injusticia y se requieren otros elementos que permitan cumplir por el juez con su tarea frente al conglomerado social, al que sin dudas, está obligado a servir.

Vigo se refiere a Savigny, como quien:

“[...] definirá con valor de una verdad indiscutible que la interpretación jurídica consistirá en la “reconstrucción del pensamiento ínsito de la ley” y Jhering la llamará “jurisprudencia inferior”, aclarando que ella “no crea nada nuevo, ni puede hacer más que poner en claro los elementos jurídicos sustanciales ya existentes” [...] Montesquieu ya había inmortalizado “el ideal de juez como “un ser inanimado que repite las palabras de la ley” y para concluir estas citas, mencionaremos que “Laurent adoctrinaba: “Los códigos no dejan nada al arbitrio del intérprete; éste no tiene ya por misión hacer el Derecho: el Derecho está hecho. No existe incertidumbre, pues del Derecho está escrito en textos auténticos [...]”²¹¹

Ilustrativa la referencia del jurista Vigo que nos permite conocer el origen y la visión del constituyente cuando estableció los mecanismos obsoletos, inoperantes y conflictivos contenidos todavía hoy en día en el texto constitucional.

Ruiz-Tagle considera que:

²¹¹ Vigo, Rodolfo Luis, *Op. Cit.*, p. 16.

“Las decisiones que un juez tome, no son tan simples como “cuestiones de hecho” y “cuestiones de derecho”. Como lo hace notar Calamandrei llama “discrecionalidad técnica” por cuanto se basa en criterios predeterminados, que pueden ser morales (“violencia”, “dolo”, “buenas costumbres”, “culpa”, “buen padre de familia”), económicas (“lesión [...] inversión [...] solvencia”), políticos (“orden público”), lógicos (“verosimilitud, imposibilidad, justa causa”) o técnicos (“vicio de construcción o vicio que impide el uso”). Y sigue diciendo: Que (hay) una gama de asuntos que involucran la discrecionalidad del juez en forma inevitable y que es en éstos “ámbitos de discreción donde ocurren fácilmente contradicciones entre las decisiones de distintos jueces frente a casos muy semejantes especialmente en sistemas como el nuestro, que no siguen la doctrina de los precedentes [...]”²¹²

La discrecionalidad a que se refiere el autor citado no está contemplada en el texto constitucional ni en la inmensa mayoría de las leyes, excepto en materia de conflictos del orden familiar y está prevista para operar dentro del sistema acusatorio en proceso de adaptación en las diversas entidades federativas; pero la verdadera importancia radica en la impostergable necesidad de reformar la Constitución en lo que a esta garantía de los derechos humanos se refiere.

Retomamos a Dworkin quien con espíritu crítico refiere que:

²¹² Ruiz-Tagle, Pablo, *Derecho, Justicia y Libertad, Ensayos de derecho chileno y comparado*, México, Fontamara, pp. 25-26

“Las teorías de la función judicial se han vuelto cada vez más complejas y sutiles, pero las mas populares siguen subordinándolas a la legislación [...] los Jueces han de aplicar el derecho promulgado por otras instituciones, no deben hacer leyes nuevas [...] Además, algunos casos plantean problemas tan nuevos que no es posible resolverlos ni siquiera forzando o volviendo a interpretar las normas existentes, de manera que en ocasiones los jueces deben legislar, ya sea encubierta o explícitamente [...] cuando lo hacen, deben actuar como representantes del legislativo [...] Legislarán, sigue diciendo, “movidos por pruebas y argumentos de carácter similar a los que moverían al órgano legislativo superior”²¹³

Contra esta versión referida por Dworkin, establece con meridiana claridad su punto vista, a nuestro juicio, perfectamente válido, en el sentido de que:

“[...] los jueces no son ni deben ser legisladores y el conocido supuesto según el cual cuando van mas allá de las decisiones políticas tomadas ya por algún otro, están legislando, es engañoso [...]” Concluye el tema el profesor de Oxford proponiendo “la tesis de que las decisiones judiciales en los casos civiles, aún en casos difíciles [...] deben ser, de manera característica generadas por principio no por directrices políticas”.²¹⁴

²¹³ Dworkin, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 5ª reimpresión, 2002, pp. 147 y ss.

²¹⁴ *Ibid.*

Y lo señalamos precisamente porque los requerimientos del siglo veintiuno son justamente que el juzgador, para sus decisiones, no disponga de una herramienta limitada y asfixiante, sino de un amplio sentido de discrecionalidad prudencial y profesional para emitir sus determinaciones que como se ha expresado reiteradamente, mediante el mecanismo de allegarse oficiosamente elementos que pudieran servir de prueba para sustentar los argumentos de su discurso persuasivo que debe estar contenido en el fallo que pronuncie, necesaria e inexorablemente.

Veamos los conceptos de Guastini respecto de la interpretación, de la que precisa:

“[...] como en general los vocablos con la misma raíz, puede denotar bien una actividad –la actividad interpretativa- bien el resultado o producto de esa actividad. Por ejemplo, “las disposiciones legales sobre la interpretación” son las que disciplinan la actividad interpretativa; por el contrario, una “interpretación restrictiva”, es el resultado de una cierta técnica interpretativa. El resultado o producto de la actividad interpretativa no es otra cosa más que el significado del objeto interpretado [...] la interpretación jurídica pertenece al género de la interpretación textual...denota, grosso modo, o bien la actividad de averiguar o decidir el significado de algún documento o texto jurídico, o bien el resultado o producto de esa actividad: el significado mismo”.²¹⁵

²¹⁵ Guastini, Ricardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, México, Ed. Porrúa-UNAM, 2ª- ed. 2000, pp.1-3

La cita obedece, necesariamente a reforzar nuestro punto de opinión; a generar los soportes doctrinarios suficientes para demostrar que verdaderamente es insuficiente el método interpretativo de la ley contemplado en el Texto de la Carta Magna; por tanto este concepto debe ser examinado

Alejandro Nieto ilustra el tema como sigue:

“[...] el jurista se enfrenta a un texto –legal o fáctico- y ha de averiguar su sentido. La interpretación de los textos legales es también de naturaleza teórica y se apoya en conceptos porque es muy difícil, por no decir imposible, entender bien una norma si no se comprenden los “conceptos” con los que está empedrada [...] El positivismo legalista convirtió necesariamente la interpretación en el objeto central del conocimiento jurídico, puesto que la primera tarea del jurista había de ser la de conocer y entender correctamente los textos positivos, aclarando sus puntos oscuros y eliminando sus “lagunas”. Con el tiempo, sin embargo, la interpretación está dejando cada vez más de ser una reconstrucción de la voluntad (mens) de la ley, e incluso del legislador, para orientarse hacia la “creación” de un instrumento capaz, por un lado, de afrontar cuestiones sociales no previstas en el texto y por otro, de resolver los conflictos individuales.”²¹⁶

Viene a colación Massini quien sostiene:

²¹⁶ Nieto, Alejandro, y Agustín Gordillo (comentarios) *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Ed. Trotta, 2003, p 30

“[...] en el caso de la interpretación normativa jurídica, se está en presencia de una indagación –entendida la interpretación como proceso- y de un acto –entendida como el resultado de ese proceso- que tienen por objeto un texto o directiva normativa, en una determinada acción o conjunto de acciones [...]”²¹⁷

Hallivis²¹⁸ reconoce el grado polémico del concepto “interpretación” y su profunda evolución hasta llegar, citando a Zagrebelsky en su *Derecho Dúctil*, al nivel de jueces que solo crean normas individuales a un avance que permite al juzgador la aplicación de reglas y principios jurídicos desde todo el ordenamiento jurídico, en un contexto sistémico que justifica el resultado pero también se introduce al ámbito de los métodos, que es el que vamos a analizar, siguiendo los lineamientos del jurista en mención:

- a) Atribuido a Radbruch, debe distinguirse entre teoría de la interpretación filológico-histórica (subjetiva es decir, lo que quiso transmitir el órgano que la generó) y lógico sistemática (objetiva, voluntad objetiva de la ley)²¹⁹;
- b) Con Guastini, el autor afirma que existen tres teorías: la cognitiva (llamada también por Atienza formalista); la escéptica o realista, que considera a la interpretación como una actividad de valoración y de decisión, no de conocimiento, ya que las palabras no tienen un

²¹⁷ Massini Correas, Carlos I, *Objetividad Jurídica e Interpretación del Derecho*, México, Ed. Porrúa-Universidad Panamericana, 2008, p 60

²¹⁸ Cfr. Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría General de la Interpretación*, México, Ed. Porrúa, 2ª ed., 2007, pp 69 y ss.

²¹⁹ *Ibidem*, p. 69

significado propio, sino dos o más, el de quien la formula y el de quien la usa; y la intermedia que aplica una actividad tanto de conocimiento que permite descubrir el significado de un texto normativo como de decisión discrecional en el que se adscribe significado a un texto normativo;²²⁰

- c) El formalismo que se traduce en *“una rigurosa aplicación y observancia en la enseñanza o en la indagación científica, del método recomendado por alguna escuela [...]”*, y el antiformalismo (realismo) definido como *“[...] un sistema jurídico es necesariamente completo y coherente, tiene sus respuestas coexistentes para todos los planteamientos, y el espacio para la discrecionalidad judicial es muy reducido o de plano inexistente.”*²²¹

- d) Ahora bien, en opinión de innumerables juristas que nosotros compartimos, es insuficiente a toda luces cualquiera de las cuestiones que queramos aplicar para la aplicación de la norma legítima. No se trata de buscar en el abrumador horizonte de la normatividad, exagerado, contradictorio, excesivo, ayuno, insuficientemente casuístico, antijurídico alguna norma que pudiera aplicarse al caso concreto que ha sido sometido a la consideración del Juzgador. La subsunción no puede ser realizada bajo cualquiera de estas posibilidades.

Tenemos que recurrir a una justificación, un argumento sólido que permita la persuasión o convencimiento no solamente de aquella parte que tenga la razón sino

²²⁰ *Ibidem*, p.74

²²¹ *Ibidem*, p. 76

que logre que aquella a quien no le asiste el derecho sea capaz de reconocer la legitimidad del discurso esgrimido en la tarea de interpretar y aplicar la ley.

El punto intermedio es, sin lugar a dudas, la argumentación, a todas luces imprescindible. Vayamos a examinar este importante tópico

Atienza²²² señala que en el contexto del derecho actual no parecen sostenibles, ni el determinismo metodológico (las decisiones jurídicas no necesitan ser justificadas porque son puros actos de voluntad).

Rodolfo L. Vigo al hablar de Michel Villey, expresa que el tema de la *interpretatio juris* ocupa un lugar central y preponderante, y que lo define como

*“un saber teórico, a cargo de los juristas, cuyo objeto es determinar, - siguiendo el método de la dialéctica- lo justo, lo que le corresponde a cada uno, ayudándose para ello de los textos jurídicos, pero yendo mas allá de los mismos conforme las exigencias de la equidad[...].”*²²³

El propio jurista argentino Vigo apunta:

“Cuando se interpreta la ley no debe considerársela aisladamente, sino como formando parte de un ordenamiento jurídico que procura el bien de esa comunidad en un tiempo y lugar preciso, de ahí que al atribuírsele un sentido a esa ley que funda tal determinación de un

²²² Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, p

25

²²³ Vigo, Rodolfo Luis, Op. Cit. P. 65

*suyo, están presentes las normas jurídicas naturales, las normas constitucionales, otras leyes, normas consuetudinarias, etcétera y esa presencia de la totalidad de los componentes del mundo jurídico en la premisa mayor del silogismo interpretativo se proyecta en ese suyo que se asigna en la conclusión[...]*²²⁴

Tamayo y Salmorán nos entrega su punto de vista expresando:

*“En el siglo pasado, los “métodos de interpretación” surgidos para la “lectura” de las Codificaciones modernas se “petrificaron” sin haber podido resolver el problema de la interpretación. Algunos métodos reflejan tendencias ideológicas; unos pretenden preservar el derecho que, de modo exhaustivo ha determinado por escrito el legislador, creando aquellos procedimientos que permiten al órgano aplicador el “hallazgo” del significado y de la solución “correcta” ya existentes (implícitos en el texto); otros, haciendo que el órgano se desvincule del texto (vgr. cuando se busca “la voluntad del legislador”, “el hilo de la historia”, “la senda del progreso”) con objeto de “encontrar” lo mismo: la solución “jurídica verdadera” (que, seguro, anda “por ahí”).*²²⁵

Ahora bien, Nino, citado por Juan Abelardo Hernández Franco señala que

²²⁴ *Ibidem* P. 102

²²⁵ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa*, en *Interpretación jurídica y decisión judicial*, Compilador: Rodolfo Vázquez, México, Fontamara, 4ª reimpresión 2006, pp 118-119

“[...] por medio de la argumentación los juristas dogmáticos logran interpretar las normas de tal modo que su sentido guarda consistencia con otras normas positivas y con la intención del legislador [...]”²²⁶

Y el propio Hernández Franco nos entrega la definición de “Argumentación”, al afirmar que:

“[...] proviene del término argüere, que quiere decir “sacar en claro” o “dejar ver con claridad” [...] La argumentación jurídica se distingue –por lo menos en su sentido clásico y etimológico- como el ejercicio de razonamiento que busca que una idea o una explicación sea clara y brille por si sola”²²⁷

Los asuntos que se nos presentan, escribe Hernández Franco, ya sea como abogados o jueces primero son asimilados a las formas normativas legales o a otros casos, de manera tal, dice, que si lo pensáramos según el tradicional esquema de la premisa mayor, como la norma legal y la premisa menor, como el evento particular, la

“[...] asimilación sería intentar establecer o formular el caso concreto como una premisa particular que se pudiera adecuar complementariamente a la premisa mayor [...] aunque pudiera pensarse que la premisa mayor o norma jurídica no responde exactamente a la necesidad del caso planteado [...] Esta misma situación ocurre en

²²⁶ Hernández Franco Juan Abelardo, *Argumentación Jurídica*, México, Editorial Oxford, 2010, p. 32

²²⁷ *Ibidem* P. 32

México, donde muchos jueces, para llevar a cabo una “correcta” aplicación de las normas jurídicas emplean decisiones judiciales de casos aparentemente similares [...] Es evidente que los jueces pretenden ajustar una decisión previa de otro tribunal a una asimilación actual. No obstante, es necesario que el ajuste sea bien pensado ya que la similitud no garantiza una decisión eficaz.”²²⁸

Ezquiaga expresa categórico que:

“La interpretación jurídica no se agota en la argumentación interpretativa [...] La razón reside en la exigencia legal de motivación de las decisiones judiciales vigente en los sistemas jurídicos de nuestro entorno, obligación de motivar que sólo se entenderá cumplida cuando el aplicador presupone razones (argumentos) que justifiquen cada una de las decisiones adoptadas en el proceso de aplicación del derecho a un caso concreto”.²²⁹

Es oportuno mencionar aquí los pensamientos de la profesora mexicana Platas Pacheco cuando sintetiza que

“El deber consiste esencialmente en establecer con autoridad y en definitiva que es lo que en la justicia se concreta; es decir, el derecho en una situación particular sometida su jurisdicción, en resumen, el

²²⁸ *Ibidem*, p. 45

²²⁹ Ezquiaga, Francisco Javier, *Argumentos Interpretativos y Postulado del Legislador Racional*, en *Interpretación Jurídica y decisión judicial*, (Rodolfo Vázquez, Compilador) México, Fontamara, 1998, pp. 157.

*juzgador determina lo justo con carácter de sentencia vinculante para las partes [...]*²³⁰

Después de las diversas opiniones altamente calificadas y que se han sintetizado en los párrafos que anteceden, hemos de señalar que la finalidad de las normas, en manos de su intérprete jurisdiccional es la concordancia entre la verdad histórica con la determinación adoptada a título de determinación.

Sin embargo, y así lo han señalado los diversos criterios de autores que hemos traído a colación, que no siempre se cumple con este postulado y nosotros afirmaríamos más drásticamente que en la inmensa mayoría de los casos se determinan sobre todo en las instancias inferiores sin la prudencia, el cuidado y las posibilidades de hacer coincidir en cada caso la verdad legal con la verdad histórica, lo que conduce a las aberraciones tan frecuentes en nuestros días.

El Juez, en un rigor de exposición académico y no de otro orden, se encuentra atribulado frente a las presiones de su Superioridad para que dicte un mayor número de sentencias definitivas; en algunos casos se entregan “bonos” en numerario como “premio” a la cantidad de resoluciones pronunciadas. Estos mecanismos de “estímulo”, a nuestro entender son contraproducentes.

Lo son, porque se descuida el interés superior de confirmar jurídicamente una verdad histórica cuestionada mediante el procedimiento establecido y para ello se requiere conocimiento, interés y prudencia.

²³⁰ Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho, Prudencia, arte del juzgador*, México, Editorial Porrúa, 2009, p. 123.

Conocimiento, para implementar actitudes personales de perseverancia en el estudio de las realidades jurídicas que rodean a una sociedad, pero asimilando a profundidad las transformaciones del paradigma que ya no es ni está y reconociendo el nuevo marco jurídico que implica una serie de nuevos derechos y por tanto mayores responsabilidades en el saber del intérprete jurisdiccional, sin importar que dependa del Poder Judicial o correspondiente a Tribunales del orden administrativo.

Interés, porque el juzgador con una frialdad impresionante resuelva sin tener la menor noción de si la verdad legal corresponde fielmente a la verdad histórica, en dos supuestos distintos: uno, porque no profundiza en el análisis, valoración y suficiencia de los elementos de convicción que le fueron aportados por las partes por su prisa en resolver y la otra, porque no tuvo la capacidad de preocuparse por saber si su determinación correspondía a los derechos se encontraban en litigio y si lo hacía a favor de la persona a quien le asistiera realmente la razón.

Prudencia, para no solamente atender superficialmente sus responsabilidades profesionales como juzgador, sino saber buscar la auténtica verdad para ser congruente con el ejercicio que la sociedad le ha confiado y con ello rendir cuentas sanas de su trascendente e importante quehacer.

Aplicar los criterios de interpretación es decir, examinar cuidadosamente los hechos sometidos a su análisis bajo el principio constitucional *prohomine* establecido en el artículo primero del que ya hemos hecho referencia; realizar con el apoyo de la lógica jurídica el silogismo que le permita encontrar las bases para

motivar el sentido de su resolución y con base en todo lo anterior determinar cual es la norma o conjunto de normas exactamente aplicables al caso de que se trata.

Se trata, coincidiendo con Massini:

*“En este momento, de lo que se trata es de pasar de los principios a las consecuencias, de las causas a sus efectos, de las ideas más generales a las menores generales, en otros términos, se trata de componer la solución al caso jurídico a partir de los principios, causas y directrices establecidos a través del análisis deliberativo”.*²³¹

Expresan Larios y Caballero que existen relaciones estrechas entre la argumentación y la interpretación en el campo jurídico, pero ambas nociones, afirman, deben distinguirse claramente:

*“Se puede argumentar sin interpretar, por ejemplo, cuando se argumenta sobre la corrección de un concepto teórico jurídico o cuando se argumenta con pruebas sobre la existencia de un hecho jurídicamente relevante [...] (Según Habbermas) Se puede interpretar sin presentar argumentos, aunque una y otra se encuentran indisoluble [...]”*²³²

²³¹ Massini Correas, Carlos Ignacio, *La Prudencia Jurídica*, Buenos Aires, Abelardo- Perrot, 1983, pp 78-79

²³² Larios Velasco Rogelio, Caballero Gutiérrez, Lucila, *Las directivas de la interpretación jurídica*, México, Fontamara, 2011, p 31

Los autores citados en el párrafo anterior²³³, examinan los postulados de los párrafos tercero y cuarto del artículo 14 Constitucional para el efecto de determinar los mecanismos de interpretación establecidos en el texto de la Carta Magna mexicana. Esta sola afirmación nos obliga a detener nuestro análisis que está buscando el objetivo final de demostrar la insuficiencia de los métodos de interpretación y aplicación de la Ley señalados en la propia Carta Magna, y discrepa esencialmente de las aportaciones de los autores en mención.

No es nuestro propósito animar conflictos de opinión o establecer una crítica irracional de los conceptos vertidos ahora en comento; lo que se pretende, con todo comedimiento y respeto es establecer puntos de opinión diametralmente contrarios a los señalados por los autores de mérito.

Así, lo que debemos reconocer como punto de partida es que resulta a todas luces obvio que no obstante que la obra en cita es relativamente reciente, también debemos reconocer que el estudio que se realiza, está ajustado al paradigma jurídico anterior, esto es, antes de la reforma constitucional de fondo para eliminar de la terminología jurídica nacional las “garantías individuales y sociales” y en su lugar proponer un nuevo paradigma sustentado en la difusión, defensa, promoción, aplicación, interpretación y respeto irrestricto a los derechos humanos, independientemente de que, con este concepto se deje de lado la “Teoría Pura del Derecho” propugnada por Hans Kelsen, de manera tal que ahora deben interpretarse, argumentarse y aplicarse no solamente de las derivaciones del texto de la Ley Superior sino, mediante el control de la convencionalidad al que ya hicimos

²³³ *Ibidem*, pp. 166-177

amplia referencia en texto de este trabajo investigativo, todo aquello que resulta vinculatorio proveniente de los Tratados Internacionales en materia de derechos humanos a los que el Estado Mexicano se ha adherido y las determinaciones que a título de jurisprudencia generen la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas y la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Discrepamos de lo señalado en la publicación supradicha cuando afirman los coautores que si bien queda prohibida la aplicación de la analogía y la mayoría de razón para la interpretación de la ley, que solo debe ser a la letra, cuando afirman que *“esto significa que a contrario sensu no prohíbe tal interpretación extensiva si se realiza con otras directivas, como pueden ser, por ejemplo, la evolutiva o la de los trabajos preparatorios”*.²³⁴

El intérprete jurisdiccional no tiene licencia para darse facultades o atribuciones que no estén expresamente conferidas en su favor. La disposición constitucional de alusión es verdaderamente tajante, determinante y a la luz de nuestro punto de vista, insuficiente como trataremos de acreditarlo, agregando que, tampoco concordamos con la expresión de que *“[...] el Constituyente [...] permitió inconscientemente tal posibilidad en sentido contrario, porque parece no prohibir lo que se encuentra fuera de lo precisado [...]”*. Sin mayores opiniones nuestras, dejamos de lado la cuestión por obvias consideraciones.

Con relación al tema del párrafo cuarto, Larios y Caballeros, afirman que:

²³⁴ *Ibidem*, p 167

“[...] aparentemente no existen directivas de interpretación en el artículo 14 constitucional, cuarto párrafo [...] Al margen de las lagunas legales y del problema de la determinación y aplicación de los principios generales del derecho, lo prescrito parece innecesario porque aparenta significar únicamente que los órganos judiciales, en sus sentencias, deben acatar la ley [...]”²³⁵

Sin embargo, un párrafo después se contradicen al señalar que:

“[...] la apreciación anterior sobre la inutilidad de tal precepto es incorrecta... (porque) tiene en materia de interpretación, dos funciones importantes: 1.- Implícitamente prohíbe restricciones especiales en la interpretación de las leyes no penales[...] 2.- Por las razones expuestas en el apartado “interpretación y aplicación”, por el sentido evolutivo de la garantía de legalidad del artículo 16 constitucional [...]”²³⁶

Nuestra consideración sobre el texto del numeral constitucional aludido es que, frente al nuevo paradigma jurídico, debe ser alterada esencialmente para eliminar los cotos, limitaciones o “camisas de fuerza” que el intérprete de la ley debe acatar inexorablemente sin licencia de discrecionalidad alguna que lo conduciría, de hacerlo, a la violación de la norma constitucional por exceso o por defecto. No debemos olvidar la razón esencial del constitucionalismo: establecer la división de poderes, los derechos de los seres humanos que habitan una nación con sus

²³⁵ *Ibidem* p 175

²³⁶ *Ibid*

medios de defensa y decididamente las facultades pero también las limitaciones de los órganos del ejercicio del poder. Ya sabemos que existe la regla fundamental que establece los límites y la identidad del sistema, en donde las reglas se relacionan de modo *supra* o subordinado; la regla superior determina de algún modo, la producción, modificación o eliminación de la inferior y que adicionalmente, el sistema jurídico requiere de la coherencia para generar inexistencia de contradicciones o bien disponer de criterios para la resolución de los posibles existentes en razón de la temporalidad, especialidad o otra vez, de jerarquía.

Pero si nos quedamos con las opiniones de Kelsen en el sentido de que:

“El proceso legislativo es una serie de acciones que, en su conjunto, tienen el sentido de normas. Cuando se afirma que mediante [...] a través de los actos del procedimiento legislativo se “produce” o “promulga” una norma, se trata solamente de una expresión figurada para decir que el sentido o el significado del acto, o de los actos que constituyen el procedimiento legislativo, es una norma {...}”²³⁷

Sin embargo, el propio jurista maneja su convicción de no poder sostener su propia opinión, en virtud de que:

“[...] las votaciones constitutivas de una decisión mayoritaria, mediante la cual se sanciona una ley, no configuran necesariamente actos de voluntad, puesto que muchos de los votantes desconocen el contenido

²³⁷ Kelsen, Hans, op cit *Teoría Pura del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 16º edición, 2009, p 21

*de la ley que votan, o sólo lo conocen insuficientemente, y en cuanto al contenido del querer tiene que ser consciente para el agente volitivo... y cuando el miembro del parlamento vota a favor de un proyecto de ley cuyo contenido ignora, el contenido de su voluntad es una suerte de autorización[...]*²³⁸

Esto es, en un sistema jurídico positivista normativo por excelencia la aceptación de *Autoritas facem legem*. Es decir, los valores, los derechos y la protección de ambos se esfuman por virtud de actos autoritarios producto de la democracia. No obstante, no es el propósito de este estudio mezclar política y derecho, sino establecer meridianamente el que las normas jurídicas del pasado, independientemente de su jerarquía, de su contenido y de sus alcances son mas que nada producto de intereses políticos y en menor medida, escasa diríamos, el interés de la colectividad.

Nos apoyamos nuevamente en Kelsen para acreditar las afirmaciones en las que hemos soportado una buena parte de los razonamientos derivados de este capítulo, cuando escribe que:

“Como la democracia es por su naturaleza íntima libertad y la libertad significa tolerancia, no existe otra forma de gobierno más favorable para la ciencia que la democracia [...]”²³⁹

²³⁸ *Ibidem*, p 21, nota al pie.

²³⁹ Kelsen, Hans, *¿Que es la justicia?*, México, Ed. Fontamara, 22º reimpresión, 2009, p 82-83

Y expresa todo ello, olvidando los conceptos anotados en el párrafo que antecede de su propia autoría que le contradicen abierta y llanamente, para concluir con una serie de afirmaciones que apuntamos. A mayor consideración lo expresado por Kelsen en relación con la justicia, afirmando que

“[...] yo no sé si puedo decir qué es la justicia, la justicia absoluta, este hermoso sueño de la humanidad. Debo conformarme con la justicia relativa [...] (que) es aquella bajo cuya protección puede florecer la ciencia, y con la ciencia, la verdad y la sinceridad, Es la justicia de la libertad, la justicia de la paz, la justicia de las democracias, la justicia de la tolerancia.”²⁴⁰

Justicia no será sinónimo de derecho. Ni las normas generadas por los órganos debidamente legitimados son constitutivas de una Ciencia del Derecho con las características de plenitud, de coherencia y de congruencia.

Si se considera que todos los problemas que afronta el ser humano, o un grupo de personas o una sociedad entera se pudieran resolver buscando soluciones en el universo –exagerado, extenso, innecesario, contradictorio, con lagunas y otras muchas deficiencias mas- no hubiera sido necesaria la reforma generada por el Congreso Constituyente Permanente y que se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio del 2011. Tampoco se hubiese requerido que el Constituyente laborara en mutaciones de su competencia para ajustar lo relacionado con el juicio de amparo al nuevo paradigma, y que fue publicado el 6 de junio del

²⁴⁰ Kelsen, Hans, *¿Qué es la justicia?*. México. Fontamara. 22 reimpresión, 2009. P.83

mismo 2011 y que entró en vigor el 5 de Octubre del mismo año, con el estigma para el Honorable Congreso de la Unión de que no fue capaz de generar las reformas obligadas de la Ley Reglamentaria de los 103 y 107 Constitucionales.

Tampoco tendría sentido el que se hubieren integrado al derecho mexicano, en materia de derechos humanos los Tratados Internacionales suscritos y debidamente ratificados por el Senado de la República.

Pero el Estado mexicano debe cumplir con una importante tarea que complementa el giro radical que se ha generado esencialmente en el derecho de adentro y de afuera pero aplicable en nuestro territorio.

No es posible aplicar el principio que mas favorezca a las personas *–pro personae–* constitucionalmente vigente sin las herramientas procesales constitucionales mínimas indispensables para realizar este quehacer jurídico indisponible. Se requiere eliminar la “camisa de fuerza” del juzgador que prevalece en el sistema de interpretación y aplicación de la Ley; se necesita generarle recursos jurídicos para actuar bajo el principio *ex officio* y facultades prudenciales para la búsqueda de la verdad histórica del problema que es sometido a su consideración, en aras de entregar resoluciones jurisdiccionales que persuadan, que convenzan, perfectamente justificadas y no meros actos que solo impliquen expresiones autoritarias, sin argumentación y que habrán de concluir con disposiciones condenatorias o no, que probado está, no cumplen los requerimientos mínimos de respeto a los valores esenciales de la ciencia jurídica.

Cualquier consideración en contrario choca con la Ciencia Jurídica en la expresión postmoderna, que permite ya la incorporación de apoyos científicos más allá de la voluntad del legislador nacional. Son los principios imposibles de positivizar los que ya han dejado constancia de las ventajas que implica su aplicación sobre todo en materia de la argumentación desde aquellos. Vigo cita el criterio de la Suprema Corte Argentina respecto de los principios fundamentales del derecho, cuando se afirma que:

*“No se trata de desconocer las palabras de la ley, sino de dar preeminencia a su espíritu, a sus fines, al conjunto armónico del ordenamiento jurídico y a los principios fundamentales del derecho, en el grado y jerarquía que estos son valorados por el todo normativo, cuando la inteligencia de un precepto, basada exclusivamente en la literalidad de uno de sus textos conduzca a resultados concretos que no armonicen con los principios de la hermenéutica, arribe a conclusiones reñidas con las circunstancias singulares del caso o a consecuencias notoriamente disvaliosas”.*²⁴¹

Guastini aporta el concepto de la argumentación de la interpretación correctora, la que debe sostenerse con argumentos que desacrediten por impracticable y por tanto excluyan, la interpretación literal. Estos argumentos, los clasifica en tres diversos tipos, a saber:

²⁴¹ Vigo, Rodolfo Luis, *Los principios jurídicos, Perspectiva Jurisprudencial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000, p 126

“a) El argumento (llamado indistintamente “lógico”, “psicológico” o “teleológico”) que apela a la voluntad, a la intención o a los objetivos del legislador o la ratio legis [...]”; b) El argumento llamado “apagógico” apela a la (supuesta) “razonabilidad” del legislador, excluyendo que éste pueda haber formulado normas absurdas o que conduzcan a resultados “absurdos” en su aplicación[...]” c) El argumento (llamado “naturalístico”) que apela a la “naturaleza de las cosas” – concretamente- a las variaciones en las circunstancias de hecho (sociales, etcétera)- para desacreditar el significado literal de un documento normativo, porque (ya) no se ajusta a la realidad[...]”²⁴²

Con demasiada frecuencia lo observamos en el quehacer judicial: una serie de resoluciones que manejan “una” interpretación sin argumentación o a la inversa, existen algunas determinaciones jurisdiccionales que argumentan pero no interpretan. Y sin lugar a dudas esto es una mera y simple consecuencia de aplicar tal como están elaborados los párrafos tercero y cuarto constitucionales, que ahora, en materia de derechos humanos y por tanto sería en todos los casos, se contradice con el párrafo segundo del artículo primero constitucional.

Lo recomendable sería como lo aprecia la doctora Platas entender que:

“[...] el saber moral que expresamos mediante enunciados universales, comprenden, por una parte, los primeros principios del entendimiento y de la acción, y por la otra, los conocimientos relativos al contenido

²⁴² Guastini, Riccardo, Op cit *Estudios sobre las interpretaciones Jurídicas*, México, Porrúa-UNAM, 2000, pp 32-33

general de las virtudes, de manera que las normas éticas y las conclusiones propias de la ciencia moral resultan de obligado conocimiento, tanto por lo que hace a la acción como por lo que toca a la valoración, que respecto de las acciones jurídicas corresponde al juez pronunciar en atención al razonamiento subsuntivo que le es propio [...] Así las cosas, se hace necesario preguntarnos ¿en que medida la prudencia supone la libertad y es condición de la conciencia? [...] se trata de una virtud, intelectual y moral a la vez, que perfecciona la actividad directiva de la razón práctica, para que ésta determine con claridad, es decir, con verdad las exigencias concretas de la acción y, en último término, las del recto proceder de la razón en orden a determinar lo que debe ser, de conformidad con un criterio de plenitud humana.”²⁴³

El iusadministrativista francés Jean Rivero afirma que:

“[...] Este (el Juez) no pretende sacar de sí mismo las reglas que debe formular; considera que la ley escrita no contiene todo el derecho y que hay a su lado, y posiblemente por encima de ella, un cuerpo de principios inherentes a nuestro Derecho y cuyo respecto le corresponde asegurar por el mismo título que el respeto a la ley [...] no hay seguridad jurídica para los particulares fuera de la continuidad del Derecho, y [...] ha tenido que ir a buscarla fuera de la ley para mantenerla a pesar de los cambios políticos y a sus repercusiones

²⁴³ Platas Pacheco, María del Carmen, Op cit. Filosofía del Derecho, *Prudencia arte del juzgador*, pp. 159-160

legislativas; afirmando enérgicamente la estabilidad de los principios, pudo limitar y corregir los efectos de la inestabilidad de las leyes.”²⁴⁴

El principio de legalidad contenido en la Constitución mexicana, obliga a la autoridad en primer término a que definida meridianamente que es el órgano jurisdiccional competente, lo que es ampliamente razonable pero a continuación establece el imperativo de que todo mandamiento que deberá ser escrito, esté fundado y motivado en la causa legal procesal que lo genera. En ese orden.

Sostenemos que lo referido en el párrafo inmediato anterior igualmente opera en lo relacionado con la interpretación y aplicación de la Ley. Y aquí es donde encontramos deficiencias profundas que generan malas determinaciones del órgano jurisdiccional (Judicial o Administrativo, no hace diferencia). No es posible fundar es decir, establecer cuales son las disposiciones normativas que una vez realizada la búsqueda en el interminable universo del quehacer legislativo, solamente, en primer término, se mencione para cumplir con el aspecto constitucional de la fundamentación, sin hacer consideraciones obligadas de argumentación, esto es, razonar abiertamente sobre las razones que dieron lugar a la decisión del intérprete válido para señalar una disposición normativa, dejando de lado la persuasión para acreditar que la búsqueda subsuntiva se finaliza una vez examinadas las antinomias, las lagunas de la ley, las contradicciones, las jerarquías y una serie de etcéteras que implica la ciencia y arte de juzgar.

²⁴⁴ Rivero Jean, “Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo”, en *RAP*, número 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951, p. 293

No puede obtenerse un resultado brillante, convincente, claro, que convenza con una labor sistémica limitada a la interpretación y aplicación en la forma en que se encuentra prevista como limitante de las facultades del juzgador pero a la vez, como atribuciones para ejercer su función.

Es equivocado pensar que, en materia penal, por ejemplo, el juez que debe atender a la interpretación gramatical del texto de la ley y adicionalmente está vedado usar, en esta específica tarea, la “*simple*” analogía y “*aún*” por mayoría de razón, implique que “inconscientemente” el legislador les permitió la facultad de disponer de otros métodos interpretativos, como apuntaron algunos autores de los que se hizo referencia textual en los párrafos que preceden.

Y es que, un sistema jurídico como el nuestro, aún con la reforma constitucional de fondo en materia de derechos humanos, sigue estando regulado por criterios que los tiempos actuales han superado y obligan a su reformabilidad inmediata. Mientras tanto, los órganos del estado están acotados por la Constitución y las Leyes que de ella se deriven en el sentido de que sólo pueden hacer aquello que les es expresamente permitido, frente al criterio generalizado de que los particulares, por el contrario, tienen como atribuciones y libertades todas aquellas que no les sean vedadas expresamente.

Entonces, si consideramos la forma constitucional única y permitida de interpretar y aplicar la ley en ámbitos distintos del penal, como ya lo enunciamos al inicio de este capítulo, además de la interpretación literal de la norma, hace permisible el que el juzgador acuda “a la interpretación jurídica de la ley” y a falta de

ésta, sólo como una opción que implementa en ausencia de la anterior, deberá “fundarse” en los principios generales de derecho.

De la problemática general derivada de la interpretación “literal” del texto de la ley, ya hemos abundado con anterioridad. Queda claro que en materia penal sólo es la interpretación gramatical y ninguna otra es aceptada –según el texto constitucional-, aún cuando, como ya lo veremos a continuación si es admisible “la interpretación jurídica de la ley” por excepción y en ningún caso los principios generales del derecho.

Lo anterior, desde nuestro ángulo de opinión, implica problemas en detrimento del derecho al debido proceso del indiciado, a su presunción de inocencia o en el otro extremo a irregularidades insatisfactorias en perjuicio de las víctimas en cualquier causa penal.

Nieto apunta:

*“La administración de Justicia está a cargo de los jueces: unos funcionarios públicos a quienes corresponde su gestión y que al tiempo son titulares de las facultades, soberanas, aunque un tanto imprecisas, propios del poder judicial [...] Quienes juzgan a los demás no pueden depender de nadie para que puedan obrar con absoluta libertad e imparcialidad. Solo están vinculados a la Ley: ésta es su único norte sin intervención humana e institucional alguna [...]”*²⁴⁵

²⁴⁵ Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, editorial Trotta, 2010, p 17

Robert Alexy maneja el criterio de que:

“[...] si se reconoce a la norma algún grado de eficacia en el logro de ese fin, que es un fin amparado por un principio constitucional, la norma pasaría el test de la idoneidad [...] Si dejamos fuera de nuestro campo de atención todo esto y atendemos sólo al juicio final de idoneidad, dando por buenas sin discusión, como si fueran perfectamente evidentes, las premisas de dicho juicio, dejamos de atender a lo esencial y miramos sólo a lo secundario. Igual que hacían los formalistas ingenuos del siglo XIX. La diferencia sería solo de lenguaje: aquellos entendían la decisión jurídica como cálculo o mero silogismo; hoy los partidarios de la doctrina de la ponderación la entienden (al menos en los casos de conflicto entre principios) como puro pesaje, como medición. Unos y otros abominan de la interpretación y sus incertidumbres [...]”²⁴⁶

La autora mexicana Platas Pacheco escribe:

“La forma de argumentación jurídica correcta según lo antes expuesto, debe ser a través de un cuestionamiento de las normas jurídicas consideradas como irrefutables e inamovibles, entonces, la prudencia es la virtud del intelecto práctico que nos permite la consideración de lo diverso y lo idéntico como tal, en sí, es decir, el ejercicio de la

²⁴⁶ Alexy, Robert, *Derechos Sociales y ponderación*, Madrid-México, Fontamara, 2010, pp 270-271

argumentación prudenciales lo que permite al derecho acceder al conocimiento de la realidad, de la que se concluye que hay cosas debidas al hombre y luego aplicar este mismo principio de debitud al singular operable del que se partió. De esta forma los preceptos de una legislación coinciden con la naturaleza del caso concreto porque se formularon a partir de ellos. Sin embargo, esta aplicación de los principios universales al caso concreto es bajo el supuesto de que el caso concreto se considera como particular en sí mismo, pero relacionado proporcionalmente con un principio común.”²⁴⁷

Hemos invocado doctrina europea y americana para conocer los diversos posicionamientos de los juristas que en cada caso se mencionan en materia de interpretación y argumentación para llevar a cabo la interpretación de la Ley.

Criterios disímbolos, diversos, y eventualmente antagónicos, pero que en esencia coinciden básicamente en que es inaceptable aplicar la ley sin argumentación de su interpretación.

Al principio de este apartado señalamos cuales son las atribuciones o facultades expresas que constitucionalmente se le entregan a los jueces para la interpretación y aplicación de la ley; por una parte, dijimos, el órgano de la autoridad judicial o administrativa está obligada a fundar y motivar, cuando debiera ser exactamente en el sentido inverso esto es, motivar y luego fundar sus determinaciones; pero la tarea del intérprete válido se complica cuando debe

²⁴⁷ Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho, Analogía de Proporcionalidad*, México, Porrúa, 2ª ed., 2006, p. 212

resolver de fondo las cuestiones que han sido sometidas a su consideración jurisdiccional.

En materia penal es sólo la letra de la ley como mecanismo único del cumplimiento del deber resolutorio del que hablamos; en esta consideración, debemos definir que nuestra posición al respecto es que para efecto de demostrar la existencia de un tipo calificado como delictivo.

En efecto, deben atenderse cuidadosamente, a la literalidad normativa, la demostración de cada uno de los elementos que tipifiquen la acción u omisión humana que debería ser sancionada; pero en relación con la garantía de los derechos humanos del debido proceso y presunción de inocencia, el Juez debe estar dotado de mayores facultades para oficiosamente allegarse los elementos de convicción que considere necesarios para encontrar la verdad histórica que tradicionalmente esconden en todo o en parte los intervinientes en un proceso de esta naturaleza; ni el órgano de acusación exhibe todo aquello que pueda conducir al conocimiento exacto de los acontecimientos ni la defensa o el procesado participan abiertamente en la tarea de allegar todas las pruebas: Acto humano es, proteger sus posiciones y en consecuencia sus pretensiones. Pero el calificador de los hechos, el que debe persuadir de su capacidad discursiva para arribar a la correcta subsunción de la Ley es el Juez.

Ergo, se requiere que las garantías de los derechos humanos, para los fines establecidos en el capítulo primero constitucional, además de dotar a su intérprete de las facultades para aplicar el principio *pro personae*, se le adicione el denominado

ex officio, esto es, que la ley procesal le autorice de manera expresa a solicitar la aportación de pruebas que no fueron aportadas por las partes con el propósito fundamental de conocer más a fondo la cuestión que le ha sido planteada y así, proceder a la interpretación, argumentación y aplicación de la Ley en términos persuasivamente satisfactorios.

En otras disciplinas jurídicas como la civil o administrativa, la cuestión constitucional planteada al inicio de este capítulo se reduce a –de nueva cuenta- la literalidad normativa; o “la interpretación jurídica de la ley”; y a falta de ésta “se fundará en los principios generales del derecho”.

Ya estudiamos ampliamente los problemas de la interpretación estricta a la luz del enunciado de la norma y que por razones de concisión no consideramos necesario repetir en este apartado; en cuanto a la “interpretación jurídica de la ley”, sabido es que el único intérprete jurídico de la normatividad es el juzgador y por tanto, como el Juez no puede crear derecho porque sería, entre otras razones, retroactivo, nos lleva entonces a la determinación que este método de interpretación corresponde única y exclusivamente a la Jurisprudencia.

La Jurisprudencia es el resultado, si se aplica correctamente, del método inductivo,²⁴⁸ que a la luz de la Ciencia de la Lógica permite que de un punto de arranque particular nos permita acceder a una universalidad. La doctora Guadalupe Eugenia Quijano Villanueva, en lo que asumimos es su Tesis doctoral y como

²⁴⁸ En opinión de Azúa Reyes, Sergio T., en *“Los principios generales del derecho”*, México, Editorial Porrúa, 6ª edición, 2010 p. 27 *“El método inductivo es utilizado eficazmente para el estudio de las ciencias naturales. Con este método, partiendo de datos particulares, de fenómenos completos, se llega a lo general con la eliminación de los datos singulares que tiene cada fenómeno analizado y la fijación de lo que cada uno de ellos tiene en común con los demás...”*

Magistrada del Poder Judicial, conoció pragmáticamente del tema, en la introducción de su obra, precisa:

*“Ante la inseguridad jurídica a la que está sometido, no únicamente el ciudadano sino que, por la compleja variabilidad, contradicción y cantidad de tesis normativas jurisprudenciales en México, también la padecemos los jueces locales, que, en mi opinión, la empleamos sólo y fácilmente, como argumentos de autoridad porque lo dice la Ley de Amparo e incluso la misma Constitución. La uniformidad en la interpretación se contradice, creando mas inseguridad; además, la obligatoriedad de las tesis mexicanas significa, en otros términos, el menosprecio a la dignidad y experiencia de los jueces locales en los asuntos de su conocimiento directo [...]”*²⁴⁹

El contenido de la obra en cita está encaminado a demostrar las afirmaciones de su autora en el sentido de que el método inductivo no es confiable y abona por su transformación al régimen de los precedentes no obligatorios, pero sí como auxiliares del juzgador en aquellos casos específicos en que los requiera.

Hay quienes consideran la ductilidad del derecho constitucional y que por tanto, se permite cualquier método interpretativo reconocido por la doctrina, la jurisprudencia o el derecho nacional o extranjero a condición de que el mismo no sea propio de otra ciencia no jurídica. No se citan fuentes para estas consideraciones ni argumentos para soportarlas; creemos firmemente que es una

²⁴⁹ Quijano Villanueva, Guadalupe Eugenia, *“Análisis crítico de la Jurisprudencia en México”*, México, Porrúa, 2010, p XII.

forma exageradamente ligera de llevar a estratos impensados el texto constitucional, habida cuenta del principio de limitación de atribuciones a los órganos del estado; dicho de otra manera, nuestro sistema jurídico actual, el que no ha sido modificado, sobre todo en el ámbito en el que ahora estamos inmersos, no permite el aforismo de que lo que no está prohibido está permitido, y que no aplica para las autoridades.

Sólo queda examinar el último de los tres mecanismos establecidos para interpretar y aplicar la ley –según la Constitución mexicana- y que es el que se refiere a que a falta de la “interpretación jurídica” se apliquen los principios generales del derecho.

El mismo Azúa escribe que:

*“El positivismo, corriente filosófica surgida a mediados del siglo XX, irrumpe en el ámbito jurídico y postula como único derecho el contenido en el texto legal. De ahí que los Principios Generales del Derecho tengan que buscarse única y necesariamente en la ley. Sin embargo, se da la feliz circunstancia de que los principios encontrados en el derecho positivo, con el método inductivo, resultan ser los mismos que los formulados por las corrientes iusnaturalistas.”*²⁵⁰

En la obra citada²⁵¹ el autor inserta el criterio de la Suprema Corte de Justicia, que medularmente señala:

²⁵⁰ *Ibid*, p. 80

²⁵¹ *Ibid*, p.88

“[...] En los casos de omisión o deficiencia de la ley, debe acudirse para resolver la controversia judicial a los principios generales del derecho, debiendo entenderse por tales, no los que se utilicen en la tradición de los tribunales, que en último análisis no son más que prácticas o costumbres que evidentemente no tienen fuerza de ley, ni las doctrinas o reglas inventadas por los jurisconsultos, supuesto que no hay entre nosotros autores cuya opinión tenga fuerza legal ni tampoco la que haya acogido la inventiva de la conciencia del Juez, por ser esto contrario a la índole de las instituciones que nos rigen, sino los principios consignados en algunas de nuestras leyes teniendo por tales, no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código Fundamental del país, sino también las anteriores [...]”²⁵²

Nosotros pensamos, sin lugar a dudas, que los principios generales del derecho no deben ni pueden operar como sustitutos de las deficiencias de la ley, primero porque de lo expuesto en los párrafos anteriores debe colegirse que no existen con validez jurídica; nadie los cataloga o califica y tampoco son expresiones del derecho romano antiguo o clásico que puedan traerse a colación como sistémicos para la solución de una Litis sometida a la consideración del Juzgador.

Los principios generales que se usan, aplican e interpretan dentro de situaciones concretas derivadas de asuntos jurisdiccionales, en nuestro sistema jurídico están contenidos en las normas y por tanto de aplicarse, estaríamos hablando de un régimen legal y no de principios. Tampoco aplicarían normas de

²⁵² Semanario Judicial de la Federación, t XLIII, p 858

leyes que no resulten exactamente aplicables al caso, porque contradicen el contenido de la propia Constitución y por tanto el costo jurídico de hacerlo sería elevado e insostenible.

Los principios generales del derecho entonces, deben ser suprimidos del texto constitucional, habida cuenta que no pueden ni deben servir como garantía de legalidad y de seguridad jurídica para la protección de los derechos humanos que ahora se establecen en el nuevo paradigma jurídico prevaleciente.

Perelman anota:

*“La misma naturaleza de la deliberación y de la argumentación se opone a la necesidad y a la evidencia, porque no se delibera en los casos en los cuales la seducción es necesaria y no se argumenta en contra de la evidencia [...]”*²⁵³

Cuando a lo largo de este trabajo de análisis y estudio hemos establecido el anacronismo ,la insuficiencia y la negatividad del sistema denominado estado de derecho legal, del que no se escapa la Constitución Mexicana, nos proponemos no solamente formular juicios críticos, sino esencialmente, además de argumentar la suficiencia de nuestros asertos, buscar una propuesta juiciosa, razonada, razonable y que a todas luces, merced a su viabilidad nos permita alcanzar un estrato superior de legalidad que sea moderna, diferente a la propuesta por la Teoría Pura del derecho de Kelsen y que permita a los órganos de los poderes del Estado, legislativo

²⁵³ Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, *La nueva retórica, Seminario de problemas científicos y filosóficos*, UNAM- México, 1959, p. 411

y judicial señalados de manera preponderante, disponer de elementos modernos que efficienten su cotidiano quehacer en la búsqueda del bien común.

Evidentemente que el beneficio de la sociedad y facilitar la labor de generar nuevas disposiciones legales y entregar mejores herramientas para la interpretación y argumentación en la aplicación de las mismas leyes es la razón que justifica cada uno de los apuntes y señalamientos contenidos en este trabajo.

Desde nuestra óptica debe suprimirse del sistema jurídico mexicano y en general en América Latina, el sistema filológico de interpretación de las normas, por las mismas deficiencias, defectos y problemas que genera el positivismo normativo decimonónico al que hemos hecho referencia en diverso capítulo este mismo trabajo.

Debe, en consecuencia, en la adopción de un nuevo paradigma, establecerse los mecanismos constitucionales necesarios para que el Juez pueda interpretar, argumentar y aplicar la norma con el arbitrio que su investidura y su honestidad probada le permita, para buscar la mejor solución jurídica del problema que es sometido a su consideración, con la sola limitación de que su determinación pueda soportar el juicio analítico de la ética y que se ajuste a los principios que existen en el universo jurídico, tal y como será propuesto en el apartado correspondiente.

Todo lo anterior quiere significar que si bien el Juzgador en primerísimo lugar debe atender, para efectos de determinar la existencia de la integración de los elementos de un acto, hecho u omisión punibles por una Ley vigente, debe contar de

igual forma, con la libertad de argumentar no solamente sobre la responsabilidad criminal del procesado, sino en la imposición de las penas correspondientes, e inclusive dotársele de la atribución indisponible de determinar , si de privación de la libertad se tratare como pena, cual sería el mínimo de la sentencia impuesta que el condenado está obligado a cumplir en prisión, antes de que una autoridad diferente a la judicial le conceda beneficios preliberatorios que solo denotan el quehacer científico del Juzgador en el tema peculiar de la individualización de la pena.

La analogía debería ser permisible en la aplicación de normas penales, cuando aquellas, no le concedan al Juez la claridad que requiere para tomar determinaciones. Curiosamente, la Constitución mexicana solo menciona este método para prohibirlo, en unión del que se refiere a la aplicación de la mayoría de razón ambos cuando se trate de dictar sentencia en el ámbito del derecho penal. Pero la realidad nos muestra la inoperatividad de estos procedimientos interpretativos y aplicativos de la Ley, por lo que se impone su pronta modificación para integrar constitucionalmente en primer término el principio ex officio del que ya hemos hecho amplia referencia, a fin de dotar al juzgador de mayores y mejores elementos de juicio para resolver y como herramientas para interpretar y argumentar en la responsabilidad de la subsunción, disponer de los apoyos indiscutibles de la Analogía, del principio universal de mayoría de razón y a título de consulta los precedentes, dejando olvidado ya los derivados de la jurisprudencia, por las deficiencias, defectos, inestabilidades, inexactitudes que pudieran contener, amén

de que no generan seguridad jurídica por las variantes de criterio que se generan muy frecuentemente.²⁵⁴

Un ejemplo en el que el criterio del más alto Tribunal de la República, en materia de aplicación del Método Analógico, ha establecido:

“Dos son las condiciones para la aplicación del método analógico. En primer lugar, la falta de expresa de la norma aplicable al supuesto concreto y en segundo lugar, la igualdad esencial de los hechos como en el caso en que la ley sí protege la posesión que el padre o la madre tiene de sus hijos legítimos, pero es omisa respecto a la posesión de los hijos naturales, no obstante que se trata de situaciones concretas esencialmente iguales “ubi eadem ratio, eadem dispositio”. La tercera Sala de la Suprema Corte considera que es jurídica la aplicación analógica de la ley en virtud de que lo establece y permite la propia Constitución de la República, excepto cuando se trata de disposiciones de carácter excepcional, o cuando la ley está redactada en forma numerativa, o de leyes penales, pues como es manifiestamente imposible que la mente humana pueda prever y regular con normas adecuadas todos los innumerables casos futuros, el legislador ha señalado las fuentes a las cuales debe el Juez acudir siempre que no sea posible resolver una controversia aplicando una disposición precisa de la ley; tales fuentes son, en primer término, la analogía, y después, cuando tampoco mediante ésta sea posible decidir, los principios

²⁵⁴ Cfr. Quijano Villanueva, Guadalupe Eugenia, Op. Cit., pp. 175- 217.

generales de derecho. En efecto, mediante la analogía el ámbito de aplicación de las leyes se extiende más allá del repertorio de los casos originalmente previstos, con tal de que se trate de supuestos similares o afines a aquéllos, siempre que la ratio legis valga igualmente para unos y para los otros, por lo tanto la analogía como método de interpretación o de autointegración es aceptada por nuestra legislación.”²⁵⁵

La Jurisprudencia, en cambio, no está regulada en el marco Constitucional, sino en una Ley Constitucional Reglamentaria ²⁵⁶. En nuestra opinión, la jurisprudencia como tal, debe suprimirse como fuente del derecho, por las consideraciones siguientes:

- a) Procede del método inductivo. La lógica jurídica nos ha enseñado que el método mas eficaz que nos conduce a la verdad es el silogismo perfecto cuya premisa mayor es un hecho comprobado o la ley, la premisa menor la constituye otra verdad irrefutable y la conclusión deberá ser necesariamente perfecta.
- b) A contrario, considerar que de actos particulares, específicos, individuales, pueda llegarse al establecimiento de una norma universal de carácter obligatorio, resulta altamente dubitable, máxime que la labor de seleccionar cinco ejecutorias semejantes, parecidas o iguales no se realice con especial cuidado.

²⁵⁵ Vide Semanario Judicial de la Federación 151-156, Cuarta Parte, Tercera Sala, p. 218. Informe 1981, 2ª. Parte, tercera sala, tesis 65, página 63

²⁵⁶ Ver artículos 192y 193 de la Ley de Amparo

- c) Porque no es confiable, si consideramos que con demasiada frecuencia los criterios de la Corte o de los Tribunales Colegiados se modifican radicalmente.
- d) Porque por virtud de la reforma reciente, no solamente la Corte y los Colegiados generarían jurisprudencia, sino también los plenos de los Colegiados de Circuito, produciendo criterios contradictorios en los que sería indispensable esperar a definiciones de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

No obstante, los estudios jurisdiccionales realizados por los altos niveles del Poder Judicial de la Federación no deben, en el nuevo modelo, ser desestimados. El Juzgador, al realizar su tarea de la subsunción, podrá acudir a la revisión de los precedentes establecidos no solamente por la Suprema Corte de Justicia sino por los Plenos de los Tribunales Colegiados, e inclusive a criterios sustentados en otros países cuyo sistema jurídico sea afín al nuestro, en aras de universalizar la aplicación de la ley en beneficio de la actividad jurisdiccional y obviamente del llamado “justiciable”. Sería una atribución potestativa, más en ningún modo, obligatoria, porque esto se traduciría es desmedro del arbitrio y prudencia del Juzgador.

Continuando con nuestro examen del sistema de interpretación de la Ley establecido en aquella disposición constitucional, observamos que en materia civil, en primerísimo sitio se obliga al sentenciador a atender literalmente la Ley, así como las leyes provienen del Poder Legislativo, eminentemente integrado por seres

humanos dedicados a la política y sus decisiones son democráticas, esto es, deciden sobre la aprobación de una norma o cuerpo de normas o alteración de ellas por mayoría de votos, en lugar de atender esencialmente a la racionalidad jurídica, no podemos confiar en que la ley así generada, cumpla todas las expectativas de los diversos sectores y personas involucradas.

Pero en esta disciplina jurídica, la Constitución permite, en este orden, a falta de la interpretación a la letra, la “jurídica de la ley” y a falta de ésta, se fundará en los principios generales del derecho.

Ahora, a falta del método anterior, la Constitución remite a los principios generales del derecho, que vale señalar, no podemos localizar sistematizados, autorizados, ordenados, determinados, definidos dentro de un ordenamiento que nos constriña.

En éste sentido, recurramos de nueva cuenta a la Suprema Corte de Justicia de la Nación²⁵⁷, para conocer su criterio sobre este particular, que esencialmente definen los principios generales del derecho, según se acredita en la nota al pie de página correspondiente.

²⁵⁷ Ver Semanario Judicial de la Federación, Quinta época, p. 283, que a la letra dice: **“PRINCIPIOS GENERALES DE DERECHO”**. *El artículo 14 de la Constitución General de la República, dispone que en los casos de omisión o deficiencia de la ley, debe acudir para resolver la controversia a los principios generales de derecho, de viendo entenderse por tales, no la tradición de los tribunales que, en último análisis no son mas que practicas o costumbres que evidentemente no tienen fuerza de ley, ni las doctrinas o reglas inventadas por los jurisconsultos, supuesto que no hay entre nosotros autores cuya opinión tenga fuerza legal, ni tampoco la que haya escogido la inventiva de la conciencia privada de un Juez, por ser esto contrario a la índole de las instituciones que nos rigen, sino los principios consignados en algunas de nuestras leyes, teniendo por tales, no sólo las mexicanas que se hayan expedido después del Código Fundamental del país, sino también las anteriores.”*

Sin embargo, agregaremos un poco mas de confusión al concepto de principios generales de derecho, si atendemos al criterio denominado PRINCIPIOS GENERALES DEL DERECHO. SU FUNCIÓN EN EL ORDENAMIENTO JURÍDICO²⁵⁸.

Como ya se ha expuesto en los diversos textos contenidos en esta tarea, vivimos jurídicamente hablando tiempos nuevos, sustitución del paradigma anquilosado, oxidado, inoperante para alcanzar una transformación impostergable. Sin embargo, ahora que el Constituyente ha generado esta radical generación de un nuevo Sistema Jurídico, no debemos perder de vista el que se trata de que los derechos humanos estén debidamente garantizados por el Estado. Esa es la asignatura que no se ha cumplido a cabalidad.

A esto, como resultado de nuestra tarea de investigación consideramos tener los elementos científicos suficientes, apoyados en las diferentes fuentes del que pudimos disponer, para proponer, como ahora lo hacemos a título de consideraciones finales las siguientes proposiciones:

²⁵⁸ Ver Semanario Judicial de la Federación y su gaceta XIII, Mayo 2001, novena época, registro 189551, Segunda Sala, p. 465: *“Tradicionalmente se ha considerado en el sistema Jurídico Mexicano que los jueces para la decisión de los asuntos sometidos a su conocimiento están sujetos a la observancia no sólo del derecho positivo-legal, sino también de los dogmas generales que conforman y dan coherencia a todo el ordenamiento jurídico, que se conocen como principios generales del derecho según la expresión recogida por el constituyente en el artículo 14 de la Carta Fundamental. La operancia de estos principios en toda su extensión –para algunos como fuente de la cual abrevia todas las prescripciones legales, para otros como su orientación a fin- (sic) no se ha entendido restringida a los asuntos del orden civil tal y como podría desprenderse de una interpretación estricta del artículo constitucional invocado sino que aún sin positivización para otros órdenes de negocios, es frecuentemente admitida en la medida en que se les estimas como la formulación más general de los valores ínsitos en la concepción actual del derecho. Su función desde luego no se agota en la tarea de la integración de los vacíos legales; alcanza sobre todo a la labor de interpretación de la ley y aplicación del derecho, de allí que los tribunales estén facultados y, en muchos casos obligados a dictar sus determinaciones teniendo presente, además de la expresión de la ley siempre limitada por su propia generalidad y abstracción, los postulados de los principios generales del derecho, pues éstos son la manifestación auténtica, prístina de las aspiraciones de justicia de una comunidad.”*

La mejor forma de garantizar que los Tribunales de cualquier jerarquía, del Poder Judicial o Autoridades administrativas cumplan adecuadamente con la obligación de prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos se lograría si:

- a) Se integra todo el derecho convencional y sus interpretaciones al derecho interno. Con estas acciones legislativas se cumple adicionalmente con las obligaciones contraídas por el Estado Mexicano y a que se refieren los artículos 2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y artículo 2, parte 2, de la Convención Americana de los Derechos Humanos y al propio tiempo, no sería necesario realizar el control de convencionalidad porque estaríamos en presencia de derecho interno única y exclusivamente. Adicionalmente, con esta integración se dejaría a salvo la revisión del texto constitucional porque no habría caso alguno que se ventilara en las instancias internacionales por disponerse de las mas amplias garantías dentro del derecho mexicano para lograr el propósito buscado.
- b) Revisar cuidadosamente las diversas legislaciones en vigor para eliminar de su texto todo aquello que implique obstáculo, dificultades, complicaciones para que una persona pueda reclamar el o los derechos humanos que le son vulnerados. Esto implicaría reformas constitucionales adicionales a las que se han generado recientemente, pero al mismo

tiempo dejaría de estarse en presencia de derecho mexicano externo y todo se convertiría en derecho mexicano interno.

- c) Se cancelaría el riesgo de que un Gobierno democrático de diferente ideología, denuncie los tratados internacionales en detrimento de la eficaz defensa de los derechos humanos.
- d) Se dejaría a salvo la supremacía constitucional, salvaguardando con ello la soberanía nacional, que no es concepto de menor cuantía.
- e) Se lograría la eliminación de leyes inoperantes, innecesarias y contrarias a la vigencia del nuevo paradigma jurídico en materia de derechos humanos, permitiendo los efectos jurídicos que ahora se impiden por disposiciones normativas indebida o por la negación de la disponibilidad de un recurso accesible a favor de los particulares.
- f) Habida cuenta de las limitaciones de la población para acudir a las instancias jurisdiccionales del extranjero, establecidas en los Tratados Internacionales, se lograría que la promoción, defensa, salvaguarda y respeto de sus derechos humanos se realice en el lugar donde radica.

Es decir, las consideraciones anteriores podemos resumirlas de la siguiente manera:

- A) Incorporación del derecho convencional a interno.

B) Ajuste de los recursos que sean en términos del tratado, sencillos y eficaces.

C) Eliminar toda denegación de justicia.

D) Reformar las garantías de seguridad jurídica para:

1.- Que el juzgador tenga facultades para allegarse elementos probatorios de oficio.

2.- Que pueda realizar ex officio todo tipo de diligencias para conocer la verdad histórica y apoyar con mejores elementos y otras herramientas jurídicas su determinación.

3.- Se reforme el mecanismo de interpretación establecido constitucionalmente para generar una apertura prudencial que garantice el quehacer profesional del interprete jurídico en el acto de resolver.

4.- Se reforme la constitución para otorgar efectos generales a las declaraciones de inconstitucionalidades todo tipo de leyes, incluidas las fiscales.

5.- incluyan recursos simples y accesibles.

Conclusiones

A través del desarrollo de los temas que se han venido desglosando a lo largo del estudio jurídico que nos ocupa, hemos podido arribar a las siguientes consideraciones finales:

PRIMERA.- Se abandonó con esta revolución normativa el paradigma del positivismo kelseniano respecto de la pureza del derecho, al permitirse abierta y ampliamente la introyección de la Filosofía del Derecho a través de algunas disciplinas científicas en nuestra Constitución y esto requiere acciones específicas.

SEGUNDA.- Como consecuencia de lo anterior, se determinó que las garantías individuales y hasta las sociales desaparezcan del Orden Jurídico Mexicano para dar paso a la conceptualización de los derechos humanos y libertades fundamentales, con un amplísimo criterio de reconocimiento y protección, determinándose que su interpretación deba hacerse en términos de la propia Constitución y los Tratados Internacionales sobre Derechos Humanos en los que México sea Estado Parte.

TERCERA.- Las garantías de los derechos humanos o medios de defensa de los particulares frente a los diversos órdenes del Estado, siguen teniendo hasta nuestros días los procedimientos establecidos en el pasado, con la sola excepción de las modificaciones constitucionales respecto de las disposiciones que regulan el Juicio de amparo, pero sin que se haya aprobado hasta la LXI Legislatura que

terminó su ejercicio el 31 de Agosto del 2012 las reformas que darán lugar a una nueva Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 Constitucionales.

CUARTA.- Que independientemente de que se dé cumplimiento a cabalidad a las disposiciones de los artículos 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y 2.2 del Pacto Internacional de los Derechos Civiles Políticos, incorporando al derecho interno las disposiciones convencionales, debe revisarse por los Organos legislativos correspondientes la compatibilidad de las mismas, para derogar o abrogar en su caso las antinomias.

QUINTA.- Deben abrogarse las leyes injustas y crear recursos sin rigorismos técnicos que afecten la accesibilidad para la defensa de los derechos humanos.

SEXTA.- Debe modificarse el criterio de interpretación y aplicación de la Ley por inadecuado, ineficaz e inconveniente por otro que califique en estratos elevados la función jurisdiccional, sobre base de recurrir a los elementos que se estimen necesarios, oficiosamente para buscar la identidad entre la verdad histórica y la verdad legal para generar fallos justos.

SÉPTIMA.- En tanto se cumple lo señalado en la conclusión quinta de este trabajo de investigación deberá operar, obviamente con el carácter de transitoriedad, el llamado control de convencionalidad.

OCTAVA.- Debe imperar el control de constitucionalidad que preserve la supremacía constitucional al tiempo que permita que los derechos humanos

reconocidos por el Derecho mexicano, convertido todo en derecho interno, dispongan de las garantías adecuadas para que su interpretación, divulgación, promoción y respeto absoluto resulten eficaces.

NOVENA.- Es necesaria la creación de un Tribunal Constitucional en los términos que ya se expresaron para dejar a la Suprema Corte de Justicia la atención de los asuntos jurisdiccionales, en tanto que a aquel, la elevada función de examinar la constitucionalidad de las normas generales, interpretar las disposiciones de la Carta Magna y resolver las acciones de inconstitucionalidad, mediante un mecanismo uniforme y con criterio simplificado de mayoría de sus integrantes.

Epílogo

Al examinar la cuestión de la Supremacía Constitucional comentamos que la solución más fácil era consentir la violación del principio de Soberanía Nacional a cambio de obtener una eficaz protección de los Derechos Humanos, mediante un fallo condenatorio, aún en el caso de que, como ocurrió con nuestro país en el Juicio Jorge González Castañeda versus Estado Mexicano²⁵⁹ y otras determinaciones condenatorias que ordenaban la alteración de las correspondientes Constituciones de otros Estados Parte del propio Pacto de San José.

Esta cuestión debe evitarse. No nos estamos refiriendo a desconocer las facultades de las Cortes Internacionales y la obligación que se tiene como país de cumplir en todos sus términos las sentencias condenatorias. Es cuestión de reflexión y voluntad política del titular del Poder Ejecutivo para iniciar y del Congreso Constituyente Permanente para discutir y aprobar las reformas constitucionales que se ajusten a la nomenclatura de las disposiciones derivadas del Derecho Convencional.

Tenemos a la vista el proyecto de dictamen de la denominada reforma política que aún no ha sido aprobado por las Cámaras del Congreso de la Unión y por obviedad, se desprende que tampoco han sido examinadas por las Legislaturas de los Estados ni por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal. En esta intención de mutación, se integran, ya los derechos civiles y políticos del caso Castañeda para

²⁵⁹ Cfr. Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de los Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado Mexicano*, Porrúa, México, 2009.

permitir que existan las candidaturas independientes a los diversos cargos de elección popular.

Con todo lo anteriormente manifestado es factible asegurar que por disposiciones de fondo, la cuestión del derecho interno mexicano ha quedado debidamente cumplimentado con las reformas en materia de derechos humanos y la que próximamente habrá de adquirir vida jurídica en materia de los derechos civiles y políticos, que no por esto dejan de calificarse igualmente como derechos humanos.

Sin embargo, el grave riesgo de que se ordenen reformas constitucionales por determinación ya de la Comisión de Derechos Humanos de la Organización de Naciones Unidas, a la que estamos vinculados por virtud del Pacto de Nueva York ya citado en el texto de estas páginas y de la Corte Interamericana de los Derechos existe si no se realiza una pronta y eficaz reforma y transformación de las nuevas garantías constitucionales.

Las garantías constitucionales no son mas derechos fundamentales. Son mecanismos procesales para ser empleados en la protección, defensa y reclamación del respeto absoluto a los derechos humanos establecidos en la Constitución²⁶⁰.

Pero destaca de manera preponderante la expresión constitucional:

“Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de

²⁶⁰ Decimos establecidos en nuestra Constitución, habida cuenta de que están comprendidos ya todos aquellos enunciados en su propio texto y en los Tratados Internacionales.

*la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección mas amplia*²⁶¹

El Estado Mexicano, a través de los órganos especializados, no ha cumplido con la Parte II, del artículo 2º del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos

262

La obligación supramencionada ha sido examinada en reiteradas ocasiones por el entonces Comité de los Derechos Humanos²⁶³ y de ella, hacemos referencia a los siguientes acuerdos:

“3.- En el artículo 2 se define el alcance de las obligaciones jurídicas contraídas por los Estados Parte en el Pacto. Se impone a los Estados Parte la obligación general de respetar los derechos reconocidos en el Pacto y de garantizar su disfrute a todos los individuos que se hallen en su territorio y estén sujetos a su jurisdicción [...] Con arreglo al principio expuesto en el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados, los Estados Parte deben cumplir de buena fe las obligaciones que les impone el pacto.”

“10.- En virtud del párrafo I del artículo 2, los Estados Parte deben respetar y garantizar los derechos reconocidos en el Pacto a

²⁶¹ Cfr párrafo segundo, art. 1º reformado.

²⁶² El artículo de referencia dice: “Cada Estado Parte se compromete a adoptar con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones del presente Pacto, las medidas oportunas para dictar las disposiciones legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos los derechos reconocidos en el presente Pacto y que no estuviesen ya garantizados por disposiciones legislativas o de otro carácter.”

²⁶³ Cfr. Observación general No. 31 (80) aprobada en la 2187ª sesión con fecha 29 de marzo de 2004

todas las personas que se encuentren en su territorio y a todas las que estén sujetas a su jurisdicción. Esto significa que un Estado Parte debe respetar y garantizar los derechos enunciados en el Pacto a toda persona que esté bajo la autoridad o el control efectivo del Estado Parte aunque no se encuentre en el territorio del Estado Parte (sic)... el disfrute de los derechos reconocidos por el pacto no está limitado a los ciudadanos de los Estados Parte, sino que también debe estar al alcance de todos los individuos, independientemente de su nacionalidad o de su condición de apátridas, entre ellos los solicitantes de asilo, los refugiados, los trabajadores migrantes y demás personas que estén en el territorio o bajo la jurisdicción del Estado Parte. Este principio se aplica también a los que estén bajo la autoridad o el control efectivo de las fuerzas del Estado Parte que actúen fuera de su territorio, así como independientemente de las circunstancias en que se haya adquirido esa autoridad o control efectivo, como en el caso de las fuerzas que constituyan un contingente nacional de un Estado Parte que tenga asignada una operación internacional de mantenimiento o imposición de paz.”

Es singularmente importante la reforma constitucional en materia de garantías para lograr con ello que todas las disposiciones del Derecho convencional se conviertan en derecho interno y sean las instancias jurisdiccionales nacionales las que ventilen los procedimientos iniciados en defensa de los derechos humanos, mediante el uso de las garantías que el mismo Estado debe poner a disposición del gobernado.

Un caso concreto al que aplica específicamente lo anotado en el párrafo inmediato anterior es lo relacionado con el capítulo de la interpretación y aplicación de la ley, que choca con los derechos humanos, particularmente el del debido proceso, el *pro-homine* y no se atiende al principio jurídico ex officio, como ya lo estudiamos en el capítulo dedicado a este apartado.

De hacerse las mutaciones constitucionales, se lograría:

Primero.- Preservar soberanía que significa la potestad de los mexicanos a través de sus Poderes Legítimamente constituidos para darse las leyes que demanden, se requieran y se consideren necesarias para el mejor desarrollo de la nación en todos los órdenes en general y en particular en búsqueda del bienestar de los gobernados.

Segundo.- Que el Control de Convencionalidad²⁶⁴ sea un proceso transitorio y no permanente. Con esta adecuación constitucional todas las autoridades obligadas en el ámbito de sus respectivas competencias a examinar el derecho interno frente al derecho mexicano del exterior para determinar cual disposición legal es aplicable, resultaría absolutamente innecesaria si se logra el objetivo propuesto de convertir todo lo relacionado con el Derecho Convencional de los Derechos Humanos se traduzca en Derecho Interno.

²⁶⁴ Ver arts. 1º y 133 de la Constitución.

Tercero.- Se garantizaría el acceso a los Tribunales a la mayoría de los mexicanos porque es una verdad insoslayable la imposibilidad que un elevado porcentaje de la población, de necesitarlo, estaría impedida para acudir a las Cortes Internacionales.

Cuarto.- La representación de sus intereses por abogados que radiquen en las sedes de las Cortes Internacionales no sería factible de lograr, máxime que se haría nugatorio el acceso al apoyo que representa la Institución de la Defensoría Pública.

Quinto.- El prestigio de México como país crecería en todos los órdenes, considerando que por esta razón se incrementarían las inversiones productivas generadoras de fuentes de empleo, y con ello, el mejoramiento de los niveles de la economía de sus pobladores.

Sexto.- La imagen internacional de México crecería de manera tal que habría de convertirse en un ejemplo a seguir por otras naciones.

A manera de colofón, abundaríamos en nuestras estimaciones considerativas que la pretensión de este esfuerzo de investigación es meramente académico, sin implicaciones de ningún otro orden y que a nuestro entender constituyen una contribución a mejorar las condiciones de los diversos sectores sociales que reclaman cada vez más enérgicamente una debida, adecuada y honesta protección de sus legítimos intereses.

Fuentes

Doctrina

- Alexy, Robert, *“Derechos humanos y ponderación”*, Madrid-México. Fontamara, Fundación Coloquio Europeo, 2010.
- -----, *Derechos Sociales y ponderación*, Madrid-México, Fontamara, 2010.
- -----, *Tesis de los derechos fundamentales*, Cec, Madrid. 1993.
- Areitio, Rodrigo Ramón, *Derecho natural, Lecciones elementales*, Bilbao, Universidad de Deusto, 1998.
- Atienza, Manuel y Ruiz Manero Juan, *Dejemos atrás el positivismo*, Alicante, 2007.
- Atienza, Manuel, *Las razones del derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991.
- Azúa Reyes, Sergio T., en *“Los principios generales del derecho”*, México, Editorial Porrúa, 6ª edición, 2010.
- Balaguer Callejón, Francisco, “Versión actualizada del trabajo “G. Giappichelli Editore, Torino, 2001.
- Barack, Aharon, *Un Juez Reflexiona Sobre su labor: el papel de un tribunal constitucional en una democracia,, México, Suprema Corte de Justicia, 2002.*
- Baumgartner, Hans Michael, “Libertad y dignidad humana como fines del estado” en Höffe, Otfried e Isensee, Josef (Comps.), *Panorama de la Filosofía Política (Contribuciones alemanas)*. Konrad Adenauer Striftung, s/f.

- Bidart Campos, Germán J, et al, *“La ciencia del derecho durante el siglo XX”, capítulo “Panorama de los derechos humanos a fin de siglo”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1998.*
- Bilbeny Norbert. Aproximación a la Etica. Ariel. 2ª. Ed. Actualizada.
- Bordalí Salamanca, Andrés, *“La función judicial de defensa del orden constitucional”, Derecho Procesal Constitucional, Tomo I, México, Porrúa, 2006.*
- Carpizo Jorge, *“El Presidencialismo Mexicano”, México ,Siglo XXI editores, S.A. de C. V., 14ª ed., 1998.*
- Condamines Charles, *L’aide huminitaire entre la politique et les affaires*, París, L’Harmattan, 1989.
- Correas, Oscar, *Acerca de los Derechos Humanos, Apuntes para un Ensayo*, México, UNAM, ediciones Coyoacán, 2003.
- Cortina Adela, *Etica Mínima. Introducción a la Filosofía Práctica*. Tecnos, Madrid. 2000.
- Cossío, José Ramón. Dogmática Constitucional y Régimen Autoritario. México. Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política. Fontamara. 2ª. Reimpresión 2005.
- Covarrubias Dueñas, José de Jesús, *Historia de la Constitución Política de México (siglos XX y XXI)*, México, Porrúa, 2ª ed., 2010.
- Cruz Prado, Alfredo, *Ethos y polis, bases para una reconstrucción de la filosofía política*, Barcelona, Eunsal, 2ª ed., 2006.
- Cruz Villalón, P.” *Formación y evolución de los derechos fundamentales*”, en la curiosidad del jurista persa y otros estudios sobre la Constitución, CEC, Madrid, 1999.

- Dworkin, Ronald, *Casos Difíciles*, Cuadernos de crítica, número 14, México, Instituto de Investigaciones Filosóficas.
- -----, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ed. Ariel Derecho, 5ª reimpresión, 2002.
- Eto Cruz, Gerardo, “*Un artífice del Derecho Procesal Constitucional: Hans Kelsen*”, en la obra colectiva *Derecho Procesal Constitucional*, Tomo I, México, Ed. Porrúa- Instituto de Investigaciones Jurídicas UNAM, 5ª edición.
- Ezquiaga, Francisco Javier, *Argumentos Interpretativos y Postulado del Legislador Racional*, en *Interpretación Jurídica y decisión judicial*, (Rodolfo Vázquez, Compilador) México, Fontamara, 1998.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, *Los tribunales constitucionales en Iberoamérica*, México, Fundap, 2002.
- Ferrer Mac Gregor, Eduardo y Silva García, Fernando, *El caso Castañeda ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La primera sentencia internacional condenatoria en contra del Estado mexicano*, Porrúa, México, 2009.
- Finnis, John, *Ley Natural y Derechos Naturales*, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 1992.
- -----, “The Authority of Law in the Predicament of Contemporary Social Theory”, en *Notra Dame Journal of Law, Ethics & Public Policy*, vol I, Notre Dame-Indiana, 1984
- Fix-Zamudio, Héctor, “El Juez ante la norma constitucional” en *Justicia Constitucional, ombudsman y derechos humanos*. 2ª- ed. México. Comisión Nacional de Derechos Humanos. 2001.

- García Morelos, Gumesindo, *El control judicial difuso de convencionalidad de los derechos humanos, por los tribunales ordinarios en México*, México, Ubijus, 2010.
- González Uribe, Héctor, “Fundamentación filosófica de los derechos humanos. ¿Personalismo o transpersonalismo?”, en *revista de Filosofía (UIA)* 16, 1983.
- Guastini, Riccardo, *Estudios sobre la Interpretación Jurídica*, México, Ed. Porrúa-UNAM, 2ª- ed. 2000.
- Gudiño Pelayo, José de Jesús, *El Estado contra sí mismo*, Noriega editores, México, 1998.
- -----, *La Suprema Corte de Justicia de la Nación en la esfera del Estado*, IJ-UNAM, México, 2007.
- Häberle, Peter, *La libertà fondamentali nello Sato Costituzionale*, La nuova Italia Scientifica, ed. Ridola, Roma, Ahulde, 1993.
- -----, *El estado constitucional*, UNAM, México, 2001.
- Hallivis Pelayo, Manuel, *Teoría General de la Interpretación*, México, Ed. Porrúa, 2ª ed., 2007.
- Hamilton, Madison y Jay. *El Federalista*. Fondo de Cultura Económica. 1957.
- Hart, H.L.A., “*El concepto de derecho*” Buenos Aires, Abeledo Perrot, 2ª ed., 1995.
- Hernández Franco, Juan Abelardo, *Argumentación Jurídica*, México, Editorial Oxford, 2010.
- Hernández Franco Juan Abelardo/Castañeda y G. Daniel H., *Curso de Filosofía del Derecho*, México, Ed. Oxford, 2009.

- Innerarity, Daniel, *Dialéctica de la modernidad*, Madrid, Ediciones Rialp, S. A., 1990.
- Jiménez Campo, J. "Derechos fundamentales. Concepto y Garantías". Trotta, Madrid, 1999.
- Kelsen, Hans, *¿Qué es la teoría pura del Derecho?*, 11ª reimp., Fontamara, México, 2006.
- -----, *¿Que es la justicia?*, México, Ed. Fontamara, 22º reimpresión, 2009.
- -----, *Contribución a la teoría pura del derecho*, Fontamara, México, 4º reimp., 2003.
- -----, *Teoría Pura del Derecho*, México, Editorial Porrúa, 16º edición, 2009.
- -----, *Teoría Jurídica del Estado*, ed. Porrúa, México, 1987.
- -----, *Teoría pura del derecho*, Porrúa, México, 11ª ed., 2009.
- -----, *Teoría Pura del Derecho*, México, Ed. Porrúa, 16ª Ed, 2009.
- -----, *Contribuciones a la Teoría Pura del Derecho*. Biblioteca de Etica, Filosofía del Derecho y Política. México. Fontamara, 4ª. Reimpresión. 2003.
- Kunz, Joseph L., *"La Teoría Pura del Derecho, cuatro conferencias en la Escuela Nacional de Jurisprudencia, México, Ed., Coyoacán, 2010.*
- Laporta, Francisco, *Entre el derecho y la moral*, Fontamara, México, 3ª reimpresión, 2007.
- Larios Velasco Rogelio, Caballero Gutiérrez, Lucila, *Las directivas de la interpretación jurídica*, México, Fontamara, 2011.

- Lipovetsky, Gilles. }El Crepúsculo del deber. La ética indolora de los nuevos tiempos democráticos. Trad. J. Bgnozzi, Anagrama, Barcelona 1998.
- Luño Peña, Enrique, *Derecho natural*, Barcelona, Hormiga de oro, 1961.
- Llorente Rubio, Francisco, “Derechos fundamentales, derechos humanos y estado de Derecho” en *La rebelión de las leyes. Demos y nomos: la agonía de la justicia constitucional* (Juan Luis Requejo Pagés, Coord.), Junta General del Principado de Asturias, Asturias, 2006.
- Massini Correas, Carlos I, “*Los derechos humanos en el pensamiento actual*”, Buenos Aires, Abeledo-Perrot, 2º. Ed. 1994.
- -----, *Objetividad Jurídica e Interpretación del Derecho*, México, Ed. Porrúa- Universidad Panamericana, 2008.
- -----, *Objetividad Jurídica e Interpretación del Derecho*, México, Ed. Porrúa- Universidad Panamericana, 2008.
- -----, *Filosofía del derecho*, tomo I, El derecho, los derechos humanos y el derecho natural, Lexis nexis Abeledo-Perrot. Buenos Aires, 2ª ed., 2005.
- -----, *La Prudencia Jurídica*, Buenos Aires, Abelardo- Perrot, 1983.
- Molas, Isidro, *Derecho Constitucional*, Madrid, Tecnos, 2001.
- Montesquieu, Luis Carlos de Secondant, *El Espíritu de las leyes*, Claridad, Buenos Aires, 1997.
- Morineau, Martha, *Una introducción al Common Law*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 1º. Reimp. 2001.

- Nieto, Alejandro, *El malestar de los jueces y el modelo judicial*, Madrid, editorial Trotta, 2010.
- Nieto, Alejandro, y Agustín Gordillo (comentarios) *Las limitaciones del conocimiento jurídico*, Madrid, Ed. Trotta, 2003.
- Nino, Carlos Santiago, “*Consideraciones sobre la dogmática jurídica*”, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, 1989.
- Perelman, Chaim y Olbrechts-Tyteca, *La nueva retórica*, Seminario de problemas científicos y filosóficos, UNAM- México, 1959.
- Pérez Luño, Antonio E., *Los derechos fundamentales*, Tecnos, Madrid, 2005.
- Platas Pacheco, María del Carmen, *Filosofía del Derecho, Analogía de Proporcionalidad*, México, Editorial Porrúa, 2º. Edición, 2006.
- -----, *Filosofía del Derecho, Prudencia, arte del juzgador*, México, Editorial Porrúa, 2009.
- Prieto Sanchís, Luis, *Interpretación jurídica y creación judicial del derecho*, Bogotá, Temis, 2005.
- Quijano Villanueva, Guadalupe Eugenia, “*Análisis crítico de la Jurisprudencia en México*”, México, Editorial Porrúa, 2010.
- Ramírez García, Hugo Saúl y Pallares Yabur, Pedro, *Derechos Humanos*, Oxford, México 2011.
- Raudbruch Gustav, *Filosofía del Derecho, Traducción J. Medina Echevarría. 4ª ed, ed. Comares, S. L., Granada, 1999.*
- Recaséns Siches, Luis. Tratado General. Capítulo XIV, citado por Germán J. Bidart Campos, *Teoría General de los Derechos Humanos*. México. UNAM. 2ª. Reimpresión. 1993.

- -----, *Los derechos humanos*, México, Dianaia, 20, 1974.
- Rhonheimer, Martin, *La perspectiva de la moral (fundamentos de la ética filosófica.)*, Madrid, Rialp, s/a.
- Rivero, Jean, "Los principios generales del derecho en el derecho administrativo francés contemporáneo", en *RAP*, número 6, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 1951.
- Rodríguez Grez Pablo, *Teoría de la Interpretación Jurídica*, Chile, Editorial Jurídica de Chile, 2ª Ed. 2004.
- Rolla, Giancarlo, "*le prospettive dei diritti della persona alla luce delle recenti tendenza costituzionali*" *Quaderfni Constitguzionali*, a XVII, No. 3, dic. 1997.
- Rubio Llorente, Francisco, "Derechos fundamentales, derechos humanos y Estado de Derecho", en *Fundamentos*, Núm. 4, Junta General del Principado de Asturias, Madrid, 2006.
- Ruiz-Tagle, Pablo, *Derecho, Justicia y Libertad, Ensayos de derecho chileno y comparado*, México, Fontamara.
- Savigny, Friedich Karl Von, *Sistema del derecho romano actual en la ciencia del derecho*, Losada, Buenos Aires, 1949.
- Seoane, José Antonio, *la justicia extrema no es derecho* (Vigo, Rodolfo Luis, Coord.), Fontamara, México, 2008.
- Soaje Ramos G., *Sobre derecho y derecho natural. Algunas observaciones epistemometodológicas*, *Ethos* No. 6/7, Buenos Aires, 1980.

- Spaeman, Robert, *Límites acerca de la dimensión ética del actuar*, Eunsa, Madrid. 1987.
- Staines Vega, Graciela C., *Prospectiva de los derechos humanos y su aplicación en México*”, México, UNAM, 1993.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Interpretación Constitucional, La falacia de la interpretación cualitativa, en Interpretación jurídica y decisión judicial, Compilador: Rodolfo Vázquez*, México, Fontamara, 4ª reimpresión 2006.
- Tenorio Cueto, Guillermo A. (Comp.), *Humanismo Jurídico*, Porrúa-U Panamericana. México, 2006.
- Tomás de Aquino, *Summa Theologicae* I-II, qq 4-6.
- Ventura Robles, Manuel E., “*La Corte Interamericana de Derechos Humanos; Camino hacia un tribunal permanente*”, en la *Revista IIDH*, año 2000-2001, San José Costa Rica.
- Vigo, Rodolfo Luis, *De la Ley al Derecho*, 2ª ed., Porrúa, México, 2005.
- ----- (Coord.), *La injusticia extrema no es derecho, De Radbruch a Alexy*, México, Distribuciones Fontamara, 1ª ed corregida, 2008.
- -----, *Interpretación Jurídica (Del modelo iuspositivista legalista decimonónico a las nuevas perspectivas)* Buenos Aires, Rubinzal-Culzoni Editores, 2006.
- -----, *Los principios jurídicos, Perspectiva Jurisprudencial*, Buenos Aires, Ediciones Depalma, 2000.
- Zagrebelsky, Gustav, *El derecho dúctil*, Trotta, Madrid. 4º ed. 2002

- -----, ¿Derecho procesal constitucional? y otros ensayos de justicia constitucional, México, Fundación Universitaria de Derecho, Administración y Política, S. C., Fundap, 2004.

Legislación

- Código de Comercio.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ley de Amparo, Reglamentaria de los Artículos 103 y 107 constitucionales.
- Ley Federal de Extinción de Dominio

Tratados

- Conferencia Internacional Americana, Bogotá, 2 de mayo de 1948.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos, 22 de noviembre de 1969.
- Pacto de Nueva York, 16 de diciembre de 1966
- Pacto de San José de Costa Rica.