



UNIVERSIDAD PANAMERICANA

Facultad de Derecho

Posgrado en Derecho

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

acuerdo número 2003040 de fecha 24 de Enero de 2003

“La Supremacía Constitucional a la luz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011”

Tesis que para obtener el grado de

Maestro en Derecho Procesal Constitucional

Sustenta el

Lic. Benito Sotelo Villa

Director de la Tesis

Doctor José María Soberanes Diez

MI AGRADECIMIENTO Y RESPETO

A Dios por guiarme y acompañarme en todo momento

A mi familia por estar siempre que los necesito
Maria Elena, Rafael, Gaby, Sergio, Karen, Chely y Gaby

A mis ejemplos
Don Gildardo Gómez Verónica y Don Ricardo García Cervantes

A mi gran equipo
Dany, Nacho, Ivethita y Susy

A mi asesor de tesis
Dr. José María Soberanes Diez

A todos mis amigos

Muchas gracias

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	4
CAPÍTULO 1. LA CONSTITUCIÓN Y SU SUPREMACÍA	7
1.1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN	7
1.2. LA CONSTITUCIÓN Y SU FUERZA NORMATIVA EN EL ESTADO DE DERECHO.....	13
1.3. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN	17
1.3.1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES.....	21
1.4. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL	23
1.4.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL	26
1.5. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	28
CAPÍTULO 2. EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL PAPEL DETERMINANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS	35
2.1. DERECHOS HUMANOS COMO PARTE SUSTANCIAL DE LA CONSTITUCIÓN	35
2.2. NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS	36
2.2.1. TEORÍA LIBERAL	39
2.2.2. LA TEORÍA DEL ESTADO SOCIAL	40
2.3. LOS DERECHOS DE DEFENSA.....	42
2.4. LOS DERECHOS DE PRESTACIÓN	43
2.5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES.....	43
2.6. LA LIBERTAD	47
2.7. LA IGUALDAD.....	50
2.8. DEBATE DE LAS CORRIENTES INTERPRETATIVA Y NO-INTERPRETATIVA. LA INTERPRETACIÓN DE LOS JUECES Y SUS LÍMITES	54
2.9. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA EN LAS DECISIONES DE LOS JUECES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO.....	59
CAPÍTULO 3. EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS	64
3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	65
3.2. ANÁLISIS DEL NUEVO POSTPOSITIVISMO. RONALD DWORKIN Y LA CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL.....	68
3.3. EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. LAS IDEAS DE LUIGI FERRAJOLI.....	70
3.4. CARACTERÍSTICAS DE NEOCONSTITUCIONALISMO. ROBERT ALEXY Y LOS DERECHOS HUMANOS.....	71
3.5. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DEMOCRACIA EN LOS ESTADOS MODERNOS	73
3.6. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL. LA RELACIÓN ENTRE EL IUSPOSITIVISMO Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO.....	76

CAPÍTULO 4. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO.

LETIGIMIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE EN EL CONTROL ABSTRACTO..... 89

4.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL.....	89
4.1.1. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y SU PAPEL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO	89
4.1.2. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. TESIS DE H. KELSEN	93
4.1.3. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. DOCTRINA FRANCESA	93
4.1.4. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. DOCTRINA NORTEAMERICANA.....	94
4.2. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD	95
4.2.1. CONTROL CONSTITUCIONAL EN FUNCIÓN DEL ÓRGANO DE CONTROL	95
4.3. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO	98
4.3.1 LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD	99
4.3.2. LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD	103
4.3.3. ITALIA Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD	105

CAPÍTULO 5. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011..... 107

5.1. EL ESTADO MEXICANO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS	107
5.2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD	113
5.3. TESIS JURISPRUDENCIALES NACIONALES	120
5.4. TESIS JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES	128
5.5. NUEVO PARADIGMA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS.....	137

CONCLUSIONES 145

BIBLIOGRAFÍA 148

INTRODUCCIÓN

*“Donde los derechos humanos no se respetan,
no existe la democracia sino el reino de la fuerza
y de la tiranía”.*

Jorge Carpizo

De entre la amplia gama de sistemas y regímenes políticos presentes en la actualidad, existen razones de sobra para preferir a las democracias constitucionales sobre el resto, pues en la mayoría de los países que han adoptado este esquema los derechos individuales se respetan en mayor grado, hay instituciones democráticas sólidas y relativamente estables, generadores de confianza para los ciudadanos; se tiene una división de funciones que garantiza ciertos límites para el ejercicio abusivo del poder, y se respeta el principio de legalidad, esencial en cualquier sociedad moderna. En esas condiciones, es más factible el desarrollo del bienestar humano.

Como se sabe, la democracia ha evolucionado: la idea griega precristiana que se centraba en los derechos políticos, es diferente a la concepción democrática de hoy. Sobre todo, el entendimiento de lo democrático sufrió una serie de transformaciones importantes a raíz de la Segunda Guerra Mundial, debido a los excesos y atrocidades a que llevó el entendimiento de la democracia como la simple voluntad de la mayoría.

Esta evolución natural, y necesaria, afectó también la comprensión de otros fenómenos políticos y jurídicos, como el constitucionalismo y las constituciones políticas estatales. Las repercusiones han sido tales que, el día de hoy, Constitución, democracia y derechos humanos son conceptos íntimamente vinculados. La relación es tan estrecha que, por ejemplo, para que una Constitución

pueda ser considerada como tal es necesario que regule, además de lo concerniente a los órganos e instituciones políticas de un Estado, la protección y el reconocimiento de los derechos fundamentales de sus ciudadanos.

Aunado a lo anterior, el derecho internacional también empezó a afectar los sistemas jurídicos nacionales. Diferentes Estados, entre ellos México, han suscrito una serie de tratados internacionales en la materia, los cuales buscan garantizar el respeto de los derechos fundamentales en los países que los adoptan.

Ahora bien, como se sabe, la supremacía de una Constitución sobre el resto de las normas de un sistema jurídico es la piedra angular que sostiene la jerarquía de una ley fundamental, en cualquier país. Sin embargo, el principio de supremacía constitucional, del mismo modo, ha sufrido transformaciones, sobre todo a partir de la última mitad del siglo pasado, resultado del surgimiento de modernas teorías relativas a los derechos humanos.

En las circunstancias antes descritas, la presente tesis se centra en analizar la relación y dinámica existentes entre la Constitución y los derechos fundamentales, en México, en el marco del principio de supremacía constitucional. De esta forma, la estructura es la siguiente:

En primer lugar, se efectúa una revisión del concepto de Constitución y del principio de supremacía constitucional. En este sentido, se analiza desde la tradición política y jurídica griega, hasta la actualidad. Del mismo modo, se elabora una descripción de los instrumentos que permiten defender y garantizar la supremacía y el cumplimiento de una Constitución, para terminar con el entendimiento del principio de supremacía constitucional en el orden jurídico mexicano.

En el segundo capítulo se ve la relación entre el Estado constitucional de derecho y los derechos humanos. Para este efecto, se hace un repaso de la naturaleza de los derechos humanos, según las teorías liberales y del Estado social. Del mismo modo, se revisan los diferentes tipos de derechos fundamentales, y se concluye con la discusión de las corrientes interpretativa y no interpretativa, así como la legitimidad democrática de las decisiones de los jueces en un Estado constitucional de derecho.

El tercer apartado se centra en explicar una corriente de especial importancia en el desarrollo, teoría y defensa de los derechos fundamentales: el neoconstitucionalismo. Así, se revisan los antecedentes de esta doctrina jurídica, así como a sus principales proponentes en el mundo: Ronald Dworkin, con sus ideas sobre la relación entre la moral y el derecho; Luigi Ferrajoli y la elaboración del Estado constitucional de derecho; Robert Alexy y sus principios sobre los derechos humanos. Finalmente, se discute la relación entre el iuspositivismo y el neoconstitucionalismo.

En la cuarta sección se hace un estudio comparado, pues se revisa el principio de supremacía constitucional en las elaboraciones teóricas de diferentes autores y escuelas: Kelsen, la doctrina francesa y la escuela norteamericana. Del igual forma, se describen los diferentes tipos de control constitucional, así como la estructura y características de los mismos en EUA, Alemania e Italia.

Finalmente, en el capítulo cinco, se revisa el principio de supremacía constitucional en México, a la luz de la reforma en materia de derechos humanos de 2011. En este entendido, el análisis se centra en el derecho internacional de los derechos humanos y en el concepto de “bloque de constitucionalidad”, para concluir con la revisión de tesis jurisprudenciales sostenidas por tribunales internacionales y por la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México.

CAPÍTULO 1

LA CONSTITUCIÓN Y SU SUPREMACÍA

1.1. CONCEPTO DE CONSTITUCIÓN

El vocablo “constitución” nos conmina a pensar —casi instintivamente— en la Ley Fundamental que rige un Estado. No obstante, la mayoría de teóricos constitucionales coinciden en señalar que el concepto de Constitución no es unívoco, sino que existen “conceptos absolutos, relativos, positivos, ideales, pactistas, históricos, sociológicos, materiales, racional-normativos, etc., de Constitución”.¹

Debido a la evolución histórica de las ideas políticas, y a esta multiplicidad de enfoques y definiciones, también es necesario adicionar el entendimiento antiguo y medieval de Constitución, los cuales, pese a carecer de la puntualidad que hoy ostenta dicho concepto, ya incluían ciertos componentes relacionados con la organización y control tanto de la sociedad cuanto de determinados actores políticos. Por tanto, son referentes de la noción contemporánea de Constitución.²

Una de las instituciones señaladas por los estudiosos en la materia como precursoras de la Constitución es la *politeía*. A pesar de que la forma de gobierno de la época griega no contemplaba el concepto de Estado ni el de soberanía, dicha institución esbozaba “un sistema de organización y de control de los diversos componentes de la sociedad históricamente dada, construido para dar eficacia a las acciones colectivas y para consentir, así, un pacífico reconocimiento de la común pertenencia política”,³ cuyas características pudieran sugerir que el pensamiento griego asimilaba la Constitución desde un punto de vista material.

¹ Carbonell, Miguel, *¿Qué es una Constitución?*, México, IJ-UNAM, 2012, p. 1.

² Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Concepto de Constitución*, México, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, IJ-UNAM, 2005, p. 13.

³ Fioravanti, Mauricio, *Constitución*, Madrid, Trotta, 2001, p. 17.

Por ejemplo, Aristóteles, considerado el padre de la política y el derecho comparados, señaló que la Constitución era el ordenamiento de la ciudad con respecto a sus diversas magnitudes.⁴ De esta manera, la función de la Constitución era organizar al gobierno.

Otro concepto antiguo se ubica en Roma, donde la expresión *constitutio* hacía referencia, de manera generalizada, al acto legislativo y a las consecuencias de éste. Asimismo, de acuerdo con Monroy Cabra, “en el Digesto 1.4.1 se establece que *constitutio* es lo que el emperador ordena (*principi placuit*) y que tenía fuerza (*vigor*) de una ley (*lex*)”, el cual, a la postre se convirtió en el “estatuto de una *civitas*”. No obstante, el concepto latino que más se asemeja a la idea contemporánea de Constitución es la institución conocida como *res publica*, misma que sentó las bases de estructuración específica de la *civitas* romana, la cual debía lograrse mediante la obtención de consensos, en un contexto pacífico.⁵

Así, las constituciones antiguas, es decir, la *politeía* griega y la *res publica* romana, según Mauricio Fioravanti, pueden entenderse como “un criterio de orden y medida de las relaciones políticas y sociales de su tiempo”, lo cual se puede explicar a partir de que los antiguos no tenían ninguna soberanía que delimitar y, por consiguiente, su Constitución fue pensada más como la persecución de un ideal ético y político que como una norma destinada a “separar los poderes y a garantizar los derechos”.⁶

Mientras tanto, en la Edad Media se desarrolló el concepto de *Ley Fundamental*, cuyas derivaciones inciden en una de las acepciones que actualmente se acepta para referirse a la norma suprema de un Estado. En este periodo, el término *Constitución* se refería a la legislación del príncipe, pero también tenía la connotación de un pacto, entendiendo por este último “el estado jurídico de una colectividad, de un territorio, de una ciudad”. En España y Francia, por ejemplo, era considerado como un instrumento de carácter legislativo por el cual se otorgaban

⁴ Aristóteles, *La política*, México, Porrúa, 1976, p. 203.

⁵ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, p. 16.

⁶ Fioravanti, Mauricio, *op. cit.*, pp. 29, 39.

franquicias o privilegios a los individuos de una comunidad política de burgos, villas o ciudades.⁷

A la vez, en Inglaterra, el término *constitution* estaba ligado a los privilegios de ciertas esferas como la Iglesia y se consideraban como leyes fundamentales del reino. Pero la mayor contribución al concepto de Constitución se capitalizó con la limitación de los poderes del rey, en la Carta Magna de 1215, que condicionaba algunas prerrogativas del monarca -como la imposición de tributos o de cargas de distintos género- a la anuencia de los obispos, de los condes y de los barones mayores. Así, “la constitución mixta medieval se dirigió a limitar los poderes públicos.”⁸

A finales de la Edad Media, consecuencia del debate sobre la autoridad papal y del Gran Cisma que cimbró a la iglesia romana de 1378 a 1417, surgió el Movimiento Conciliar. Esto consistió en una serie de discusiones que buscaban una reforma al gobierno eclesiástico, y tuvieron lugar en los concilios de Constanza (1414-1418) y de Basilea (1431-1449).⁹

La importancia de este movimiento en el pensamiento político y jurídico radica en que fue el primer gran debate entre constitucionalismo y absolutismo. De la teoría conciliar del siglo xv surgió una línea de pensamiento que se desarrolló directamente en los movimientos liberales y constitucionales de los siglos xvii y xviii. Si bien no se desprendió alguna definición de “Constitución”, los intentos por reformar la estructura de la iglesia permitieron la discusión de diferentes conceptos que más adelante formarían la esencia del constitucionalismo: soberanía, división de poderes y representación.¹⁰

Ahora bien, Tamayo¹¹ sugiere que la noción moderna de Constitución surgió como resultado de ciertos acontecimientos, entre los cuales destacan: (1) la aparición de los conceptos de comunidad y Estado; (2) la protección jurídica de los pactos y el

⁷ Monroy Cabra, Marco Gerardo, *op. cit.*, p. 17.

⁸ *Idem.*

⁹ Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, México, FCE, 2011, pp. 251-253, 261.

¹⁰ *Ibidem*, pp. 251-261.

¹¹ Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 1998, p. 24.

nacimiento de los *civil rights*; (3) la aparición de las Cartas de las colonias inglesas de Norteamérica; y (4) el auge de la doctrina moderna del derecho natural.

A través de la historia, el concepto de Constitución ha sido utilizado por diversos politólogos y juristas, tanto en la teoría política cuanto en la teoría del derecho, convirtiéndose, según Miguel Carbonell, en una de las nociones en el marco conceptual de la ciencia del derecho más difíciles de construir, pues “ha tenido y tiene un sinfín de formulaciones, muchas de ellas incluso incompatibles y contradictorias entre sí”.¹²

No obstante, el análisis de cada uno de los términos, los diversos matices e implicaciones de cada uno de estos, y las contradicciones presentes entre los teóricos constitucionales, escapan de los alcances de la presente investigación, por lo cual solamente se esbozarán los cuatro significados que -en relación con el vocablo *Constitución*- Riccardo Guastini¹³ distingue como principales:

a) Constitución es todo ordenamiento político de tipo “liberal”. Este concepto tiene su origen en el artículo 16 de la *Déclaration des droits de l’homme et du citoyen* (1789), la cual estableció que “una sociedad en la que no esté asegurada la garantía de los derechos ni reconocida la división de poderes, no tiene Constitución”.¹⁴ En virtud de lo anterior, Carbonell afirma que la división de poderes y los derechos fundamentales son una clase de “contenido mínimo” de cualquier documento que se quiera llamar “Constitución”.¹⁵

b) Constitución es un cierto conjunto de normas jurídicas, en algún sentido fundamentales, que caracterizan e identifican todo ordenamiento. Para Manuel Aragón, la idea de Constitución conlleva la idea de limitación, lo cual explica de la siguiente manera:

“Si la comunidad política ha de persistir es imprescindible que el poder tenga, al menos, la limitación mínima de no alcanzar a destruirla; si la comunidad política ha

¹² Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 1.

¹³ Guastini, Riccardo, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2001, p. 29

¹⁴ Troper, M., “Tre esercizi di interpretazione costituzionale” en *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, París, Jaume, 1990, p. 197.

¹⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 1.

de persistir en una determinada forma política, ésta será también un límite infranqueable para el poder”.¹⁶

En este tenor, y pese a los múltiples puntos de vista, Guastini consigue concertar tres normas que, ineludiblemente, deben ser consideradas fundamentales en cualquier ordenamiento jurídico: (1) las que determinan la forma de Estado; (2) las que determinan la forma de gobierno; y (3) las que regulan la producción normativa.¹⁷

c) Constitución es un documento normativo que tiene ese nombre o un nombre equivalente. Para Karl Loewenstein “la Constitución nominal es aquella donde las condiciones socioeconómicas existentes impiden una concordancia absoluta entre las normas constitucionales y las exigencias del proceso del poder”.¹⁸ En otras palabras, es aquella cuya funcionalidad es más de orden político y no jurídico, pues no regula de modo efectivo el proceso político, a pesar de ser válida.¹⁹

Sobre este punto, Guastini afirma que en cualquier lugar donde existe una Constitución escrita, muchas normas pacíficamente consideradas “materialmente constitucionales” no están contenidas en la Constitución, sino en leyes ordinarias o, también, aunque no estén de hecho escritas, se encuentran implícitas, en estado latente.²⁰ Es decir, un documento normativo, aún se le denomine “Constitución”, puede no contener todos los preceptos o elementos necesarios para ser considerada como tal.

d) Constitución es un particular texto normativo dotado de ciertas características formales, es decir, de un peculiar régimen jurídico.

Al retomar la clasificación de Guastini, Carbonell señala que la Constitución, como documento normativo, se distingue del resto de normas del ordenamiento jurídico por los siguientes motivos:

¹⁶ Aragón, Manuel, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1998, p. 77.

¹⁷ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 32.

¹⁸ Cárdenas Gracia, Jaime, *Hacia una Constitución normativa*, México, UNAM-III, 1998, p. 93.

¹⁹ Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ariel, 1986, pp. 217- 218.

²⁰ Guastini, Riccardo, *op. cit.*, p. 34.

- Es el único documento normativo del ordenamiento jurídico que se llama “Constitución”.
- Tiene un procedimiento de formación único y distinto del resto de normas del ordenamiento, pues es la única norma creada por el poder constituyente.
- Tiene un contenido característico, pues regula los derechos fundamentales y la división de poderes mediante el señalamiento de las competencias de los órganos superiores del Estado.
- Los destinatarios típicos -aunque no exclusivos- son los órganos superiores del Estado, para los que establece el ámbito competencial, la organización y la estructura básicas.
- Tiene un régimen jurídico peculiar que incluye su posición en el ordenamiento jurídico, superior a cualquier otra norma.
- El procedimiento para su reforma es distinto al de las leyes ordinarias.²¹

Pese a la diversidad que cada Estado refleja en su propio texto fundamental, como ideal al que aspira, la Constitución se ha convertido en un término universal. Esto se clarifica al agotar las connotaciones que Riccardo Guastini²² reconoce del concepto contemporáneo de Constitución pues, en esa lógica:

“Todo Estado tiene necesariamente su propia Constitución. Puede tratarse de una Constitución liberal o iliberal. Puede tratarse de un conjunto de normas escritas o bien, consuetudinarias. Estas normas, si son escritas, pueden estar o no recogidas en un único documento. Pero, en cualquier caso, todos los Estados están provistos de una Constitución de algún tipo”.²³

Finalmente, cabe señalar la idea de Cecilia Mora-Donatto, quien afirma que “el derecho como ordenamiento jurídico, no como normas individualmente consideradas sino como orden de la sociedad en su conjunto, no puede descansar

²¹ Carbonell, Miguel, “La normatividad de la Constitución mexicana: tres propuestas” en *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, UNAM-III, 1998, p. 80,

²² Guastini, Ricardo, *op. cit.*, p. 33.

²³ *Ibidem*, p. 30.

en la coacción, tiene que descansar en la aceptación social”. Para esto, es necesario que la Constitución sea un reflejo del derecho adecuado a la sociedad, en el momento de desarrollo histórico en que ésta se encuentra. Sin embargo, la autora en cita advierte que cuando lo anterior no ocurre, la realidad se revela contra la norma y acaba por imponerse la fuerza de lo fáctico.

1.2. LA CONSTITUCIÓN Y SU FUERZA NORMATIVA EN EL ESTADO DE DERECHO

Hablar de fuerza normativa de la Constitución es hablar de su eficacia y de sus alcances, la idea de que todo aquello que se redacta en la ley fundamental no es simple retórica, pues se aspira a un cumplimiento efectivo de cada uno de los preceptos establecidos, y se pretende también sanciones efectivas para el caso de que estos sean violados.

En siglos pasados, con fundamento en las ideas del constitucionalismo liberal que imperaban, las constituciones fueron consideradas como textos meramente políticos, dejando de lado la idea de norma fundamental. Es decir, textos cuyo contenido únicamente enumeraban los ideales de un Estado, pensamiento constante durante los siglos XVIII y XIX.

Ahora bien, en la época moderna, con las constituciones de principios del siglo XX terminó la etapa del constitucionalismo liberal para pasar a la del “Estado Constitucional”, en donde la Constitución, como ley suprema, no puede ser vista de otra manera sino como un cuerpo normativo que establece las reglas y principios sobre los cuales se organizará cada Estado, vinculante para todos aquellos incluidos en la misma. Por ejemplo, para Karl Loewenstein, “una Constitución normativa es aquella que efectivamente es vivida por los destinatarios y por los detentadores del poder, lo cual requiere de un ambiente nacional favorable a su realización [...] Este tipo de Constitución, para ser real y efectiva, debe ser

observada por todos los interesados, y tendrá que estar integrada en la sociedad, y esta, a su vez, en ella”.²⁴

Se sabe que mediante la democracia el pueblo ejerce su soberanía, pues con ella elige a sus representantes quienes -dotados de poder soberano- plasman en las leyes que emiten el sentir y las necesidades sociales. De esto modo, la legislación debe adaptarse a los cambios que la sociedad sufre; ambas deben evolucionar a un ritmo simultáneo. Por ello una Constitución debe garantizar, al menos, los derechos de los gobernados y el establecimiento de la división del poder, lo último bajo un sistema democrático como mecanismo legitimador del poder que se pretende ejercer.

Si se cumplen los requisitos mencionados en el apartado anterior, se estará ante una Constitución efectivamente vinculante, pues “la fuerza normativa de la Constitución descansa en su adaptabilidad a las circunstancias, en su capacidad para desarrollar y coordinar objetivamente a las fuerzas políticas, sociales y económicas; en expresar los acuerdos básicos de una sociedad, y en la posibilidad de brindar a los distintos grupos sociales y políticos los mecanismos para solucionar los conflictos”.²⁵

Mora- Donatto concuerda con esta idea al referir que la fuerza normativa de la Constitución se basa en el consentimiento de la sociedad, en la aceptación -por parte de ésta- de la Constitución como el mejor instrumento para ordenar jurídicamente los conflictos políticos que en aquella se producen.²⁶

Ahora bien, las constituciones normativas cuya eficacia pretenda ser tal, al grado de convertirse en un instrumento vinculante para todos sus destinatarios, sólo pueden existir en regímenes efectivamente democráticos, dada la legitimidad de la que gozan estas formas de gobierno. Lo anterior tiene una explicación lógica: en un régimen democrático el poder constituyente será un poder legítimo; por tanto, la Constitución que resulte del trabajo efectuado por ese poder gozará de la misma

²⁴ Cárdenas Gracia, Jaime, “La normatividad de la Constitución mexicana: tres propuestas” en *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, op. cit., p. 93.

²⁵ *Ibidem*. pp. 94-95.

²⁶ Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*. México, UNAM-III, 2002, p. 10.

legitimidad, pues en función del principio de representación ese cuerpo normativo recogerá los principios, los valores, y los intereses de la sociedad.

De esta manera, la eficacia de las constituciones radica en que cada órgano del Estado, por más pequeño que sea, y en general todo destinatario de la Constitución, se halle sometido voluntariamente a lo que en ella ha quedado establecido. Es decir, la autoridad cumple con el mandato constitucional que recae sobre su actuar, y el gobernado ejerce sus libertades con las limitaciones que este ordenamiento le impone.

Por ende, si la Constitución goza de la aceptación de todos sus destinatarios se estará ante un cuerpo normativo vinculante, no ante un simple catálogo de derechos y libertades para unos, y obligaciones para otros, que sólo reflejen los ideales o el Estado que se quiera alcanzar.

Esta vinculación puede materializarse de dos formas: la primera, cuando se cumple con lo que el texto constitucional ordena expresamente, sin requerir la intervención de cualquier autoridad, se está ante una vinculación de carácter inmediato. La segunda, por medio de la legislación que nace a partir de lo que la propia norma fundamental ordena, en la que necesariamente se requiere un acto de autoridad; en este caso se trata de una vinculación mediata.

Lo anterior es así porque, si bien la Constitución es la norma suprema de cualquier Estado, también forma parte de un todo llamado orden jurídico. Así, siempre estará acompañada de un catálogo de normas que encuentran sustento en ella, por lo cual no se puede entender a la ley fundamental como un instrumento normativo aislado.

Si se pretende lograr esa eficacia normativa, se debe contar con una Constitución normativa. Para tal efecto es necesaria la convergencia de diversos elementos jurídicos y extrajurídicos.²⁷ Dentro de los extrajurídicos se encuentran la existencia de un régimen democrático, la aceptación sociopolítica, y la lealtad de los ciudadanos y de las autoridades.

²⁷ Cárdenas Gracia, Jaime, *op. cit.*, p. 99.

En este punto caber recordar las características con las cuales Miguel Carbonell distingue a las constituciones -como documentos normativos- de otros instrumentos.²⁸ Si se retoman estos rasgos para efectuar un análisis de nuestra Constitución vigente, se puede concluir que la misma es un documento más normativo que político, pues la ley fundamental se da así misma el nombre de Constitución, es el único texto jurídico con ese proceso de formación, fue creada por un poder distinto al de la generalidad de normas, prevé los derechos y las libertades de los ciudadanos, y su procedimiento para ser reformada es distinto al resto de las leyes.

No obstante, no se puede afirmar lo mismo en cuanto a su legitimidad y aceptación social. La historia en México muestra que todas sus normas fundamentales han surgido de movimientos violentos, en donde el grupo triunfador y más poderoso - que no siempre resulta ser la mayoría- ha impuesto sus ideales e intereses en los textos constitucionales; 1917 no fue la excepción.

La Constitución vigente nació de un movimiento revolucionario, un periodo de luchas violentas en el cual la parte revolucionaria resultó ganadora e impuso su ideario político mediante esta ley. La facción revolucionaria instituyó un sistema caudillista, donde dio mucha relevancia a las fuerzas militares y poco reconocimiento a diversos grupos sociales. Además, se dotó de mayor fuerza al poder ejecutivo en relación con el resto de las instituciones. Así, aunque formalmente se reconociera la división de los poderes, en la práctica no se podía hablar de un sistema de pesos y contrapesos, dada la preeminencia otorgada al presidente.

Atendiendo a estas circunstancias, es válido cuestionar que nuestra Carta Magna goce de dicha legitimidad, o al menos de la aceptación de la totalidad de la nación. Mucho se ha discutido sobre la viabilidad de una nueva Constitución para México, la cual tenga aceptación legitimación social y política. Sin querer entrar a este debate, me limito a señalar que nuestra ley fundamental requiere de muchos

²⁸ Carbonell, Miguel, "La normatividad de la Constitución mexicana: tres propuestas" en *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, III, 1998, p. 80.

cambios, sin que esto signifique una transformación radical. Al respecto, González Oropeza sostiene que:

“Afortunadamente no hay una revolución previa o existente, a pesar de la gravedad de las condiciones sociales y políticas de Chiapas [yo agregaría la cuestión de la delincuencia organizada, en las condiciones actuales]; no obstante, descartada la violencia generalizada de una revolución en las postrimerías del siglo XX, la marginación social, la inseguridad pública, las crecientes condiciones democráticas, la globalización regional, el crecimiento poblacional, y sus concentraciones urbanas, y no rurales, constituyen los nuevos factores a considerar en el texto fundamental, así como la reconsideración de principios que por perderse en la antigüedad política del país, han desgastado su significado y propósito, así como otros que nunca han sido interpretados en sus alcances”²⁹

Es evidente que se sugiere una revisión integral de todo el texto constitucional. Si bien se puede decir que el contenido no es igual al original, y que el mismo ha cambiado sustancialmente con todas las reformas hechas luego de 1917, descartando la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, no menos cierto es que dichos cambios no han sido de la trascendencia esperada. Como bien apunta González Oropeza,³⁰ estas reformas giran sobre aspectos específicos, sin poner en concordancia su texto con cada una de las modificaciones emprendidas. De lo anterior se concluye que ante todos estos cambios sociopolíticos, y en vista de los nuevos factores de poder que han aparecido, no se puede considerar que nuestro texto constitucional sea un documento legitimado por la totalidad de sus destinatarios. Así, es válido poner en duda su fuerza normativa, pues si la Constitución no es bien aceptada, es susceptible de ser desconocida.

1.3. LA DEFENSA DE LA CONSTITUCIÓN

²⁹ González Oropeza, Manuel, “Una nueva Constitución para México” en *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, op. cit., p. 309.

³⁰ *Ibidem*, p. 314.

El concepto de “defensa de la Constitución” se desarrolló a partir de las ideas del constitucionalismo liberal, y de las teorías de Hans Kelsen y Carl Schmitt. Al respecto, el último señala que esta “defensa” comprende toda la gama de instrumentos, métodos y sistemas que se han establecido en los diversos regímenes políticos para la conservación de su organización constitucional.³¹

Se puede decir que los primeros antecedentes de la defensa constitucional se encuentran en el control difuso de las cortes norteamericanas, a partir de un criterio jurisprudencial; en el *habeas corpus* del derecho inglés; y en el juicio de amparo en el derecho constitucional mexicano.

Para Juventino V. Castro, la defensa constitucional es la pretensión de profundizar en los sistemas, en los métodos o en los instrumentos para hacer prevalecer la Constitución sobre los actos tanto del poder público cuanto de los particulares, cuando estos se oponen a ella, la incumplen, la desvían o palmariamente la contradicen.³²

Los textos constitucionales, al ser de carácter supremo, necesitan prever los mecanismos, sino suficientes, al menos necesarios para garantizar que estos prevalezcan ante los abusos en los actos de autoridad o la inobservancia por parte de los particulares pues, de lo contrario, la ley fundamental sería pura retórica, y estaríamos ante una Constitución idealista, mero reflejo de las esperanzas de un pueblo sometido.

El objeto principal de la defensa constitucional es limitar los abusos del poder. Al respecto, Fix Zamudio considera que “la defensa de la Constitución está integrada por todos aquellos instrumentos jurídicos y procesales que se han establecido tanto para conservar la normativa constitucional como para prevenir su violación, reprimir su desconocimiento, y lo que es más importante, lograr el desarrollo y la evolución de las propias disposiciones constitucionales en un doble sentido: desde el punto de vista de la Constitución formal, lograr su paulatina adaptación a los cambios de la realidad político-social, y desde el ángulo de la Constitución material, su

³¹ Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. Sánchez Sarto, Madrid, Labor, 1931, p. 9.

³² Castro, Juventino V., *Garantías y Amparo*, México, Porrúa, 2006, p. 329.

transformación de acuerdo con las normas programáticas de la propia carta fundamental. Por este motivo nos atrevemos a sostener que una verdadera defensa constitucional es la que puede lograr la aproximación entre esos dos sectores, que en ocasiones pueden encontrarse muy distanciados”.³³

Para Fix Zamudio, la defensa de la carta fundamental se divide en dos categorías: la protección de la Constitución, y las Garantías Constitucionales. La primera se integra por todos aquellos instrumentos políticos, económicos, sociales y de técnica jurídica que han sido canalizados por medio de normas constitucionales, con el propósito de limitar el poder y lograr que sus titulares se sometan a los lineamientos establecidos en la propia Constitución. La segunda se forma con los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder, a pesar de los instrumentos protectores, instrumentos destinados a la corrección de una patología constitucional.³⁴

En el mismo sentido, García Laguardia afirma que la defensa de lo constitucional se forma por dos categorías o ramas: en primer lugar está la protección constitucional, la cual se integra por todos los medios ideados por el poder constituyente para lograr la marcha armónica y coordinada de los poderes públicos; en segundo lugar están las garantías constitucionales, formadas por las normas instrumentales que el propio constituyente ha establecido para lograr la efectividad de las disposiciones fundamentales, que han sido incumplidas o violadas.³⁵

División de poderes. Dentro de la protección de la Constitución se encuentra la división de poderes, también conocida como el sistema de pesos y contrapesos que una norma fundamental establece para lograr el equilibrio entre los órganos ejecutivo, legislativo y judicial, sin que ninguno se sobreponga a los demás. Elisur Arteaga³⁶ le llama la “acción neutralizadora recíproca”, y pone como ejemplo el caso

³³ García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, México, III, 1983, p. 12.

³⁴ *Ibidem.*, p. 13.

³⁵ Fix-Zamudio, Héctor, *Estudio de la defensa de la Constitución en el ordenamiento mexicano*, México, Porrúa, 2005, pp. 11-12.

³⁶ Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.*, p. 38

en que el ejecutivo puede vetar una ley del congreso, o simplemente no publicarla. Asimismo, el poder judicial puede intervenir mediante de la controversia constitucional, acción de inconstitucionalidad o, incluso, por medio del juicio de amparo.³⁷

Rigidez. Otro medio de defensa se aprecia en la característica de rigidez de la Constitución, la cual se deriva de su carácter supremo. Esto significa que la norma fundamental exige un procedimiento más complicado para reformar su texto, en comparación con la legislación ordinaria, lo que contribuye a su preservación y evita que su modificación sólo obedezca a intereses meramente políticos.

Al hablar de rigidez, se tiene que hay ordenamientos que han incluido en su texto las “cláusulas pétreas”, esto es, determinados apartados que no son susceptibles de ser reformados o modificados. Tal es el caso de la Constitución de Apatzingán de 1814, la cual en su artículo 237 estableció una prohibición expresa para reformar ciertos preceptos:

“Entretanto que la Representación nacional, del que trata el capítulo antecedente, no fuere convocada y siéndolo, no dictare y sancionare la Constitución permanente de la Nación, se observará inviolablemente el tenor de este decreto, y no podrá proponerse alteración, adición o supresión de ninguno de los artículos, que consiste esencialmente la forma de gobierno que prescribe”.

Económicos hacendarios. Para García Laguardia existen otros instrumentos protectores de la Constitución, a los que denomina “Económicos y Hacendarios”, y los cuales se establecen para garantizar la pureza en el manejo de los recursos y su utilización dentro de los límites constitucionales. Al congreso corresponde decretar los impuestos ordinarios y extraordinarios conforme con las necesidades del Estado, y también determinar las bases de su recaudación; agrega que los ingresos estatales serán previstos y los egresos fijados en el presupuesto General que regirá durante el ejercicio para el cual haya sido aprobado.³⁸

³⁷ Sobre este punto, Fix-Zamudio, en su estudio al Decreto Constitucional de Apatzingán, coloca a la división de poderes como parte de la Protección Política de la Constitución. Para mayor abundamiento véase *La Constitución de Apatzingán de 1814*, artículos 10 y 11.

³⁸ García Laguardia, Jorge Mario, *op. cit.*, p.18.

A este tipo de mecanismos Fix Zamudio les llama “protección constitucional de carácter económico”, y se forma con los medios establecidos por la organización política del Estado con el objeto de vigilar y controlar la correcta recaudación de las contribuciones y la adecuada inversión de los gastos públicos. Lo anterior claramente se explica en su estudio al *Decreto Constitucional de Apatzingán*, en el que menciona que el sistema de protección constitucional de esa ley suprema se complementa con la institución de un régimen de control y de administración de las rentas y fondos nacionales, que se hace recaer en un organismo titulado Intendencia General de Hacienda y en los cuerpos subordinados, las Intendencias Provinciales, todas ellas dependientes del poder Ejecutivo.³⁹

1.3.1. GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

Controversias constitucionales. Este medio de defensa previsto en nuestra Constitución vigente se creó para resolver los conflictos que se susciten entre la Federación, los Estados y los Municipios, y su objetivo es invalidar normas o actos no legislativos por considerar que no se ajustaron a lo que la ley fundamental ordena. Así, el artículo 105 establece:

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá [...] de las controversias constitucionales que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre: La Federación y un Estado o el Distrito Federal; La Federación y un municipio; El Poder Ejecutivo y el Congreso de la Unión; aquél y cualquiera de las Cámaras de éste o, en su caso, la Comisión Permanente, sean como órganos federales o del Distrito Federal; Un Estado y otro; Un Estado y el Distrito Federal; El Distrito Federal y un municipio; Dos municipios de diversos Estados; Dos Poderes de un mismo Estado”.

La acción de inconstitucionalidad. Este medio de control es prácticamente nuevo en nuestro sistema jurídico, pues fue incorporado al texto constitucional mediante la reforma en diciembre de 1994. Dicho modelo no se importó del sistema

³⁹ Fix-Zamudio, Hector, *La defensa de la Constitución en el Derecho constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814*, México, IJ, pp. 604-605.

norteamericano sino del europeo, y surgió con el objeto de otorgar a las minorías parlamentarias el derecho de combatir las normas aprobadas por las mayorías en los congresos. Es un derecho que tiene la oposición para garantizar que efectivamente se aplique lo ordenado por la Constitución. Como comenta Juventino V. Castro, “[las acciones de inconstitucionalidad] son planteadas por los órganos legislativos minoritarios, por los partidos políticos con registro federal o estadual o por el Procurador General de la República, en las cuales se controvierte la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional, por una parte, y la Constitución, por la otra”.⁴⁰ Al invalidar la norma contradictoria se estará cumpliendo con el mandato constitucional.

El juicio de amparo. El juicio de amparo como medio de control de la constitucionalidad, y que según Castro es el más prestigiado de los sistemas para la defensa de la Constitución, es el proceso constitucional por vía de acción, que ejercita cualquier particular ante el órgano jurisdiccional federal, en contra de leyes, actos u omisiones de la autoridad, que importan la violación de sus garantías, cuyo objeto es la declaración de inconstitucionalidad de dichos actos, lograr su invalidación y la restitución en el goce de los derechos violados.

La institución del amparo, como diversos juristas lo llaman, ha evolucionado desde su aparición en nuestro sistema jurídico en 1847. Por mencionar algunos ejemplos, en principio este medio protegía a los gobernados únicamente cuando eran violados sus derechos comprendidos en el capítulo correspondiente, es decir, los que la ley fundamental reconocía en sus primeros 29 artículos, y dejaba fuera todos los demás que se pudieran encontrar a lo largo del texto constitucional. Con el paso de los años, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) aceptó los casos en que se alegaban violaciones fuera de estos preceptos, por considerarlas verdaderas garantías de facto. Ahora, con la reforma en materia de derechos humanos de junio de 2011, se pueden alegar violaciones a los derechos humanos previstos en Tratados Internacionales e interponer, válidamente, este recurso.

⁴⁰ Castro, Juventino V., *op. cit.* p. 338.

Son diversos los medios que el constituyente pensó para dar continuidad a la Carta Fundamental, algunos de carácter procesal, otros de estricta técnica jurídica. En este estudio únicamente se comentan los de mayor trascendencia por su uso y alcances; sin embargo, dentro del texto constitucional se encuentran otros medios de defensa como el juicio político, la facultad de investigación que pasó de la SCJNM a la Comisión Nacional de Derechos Humanos, el juicio para proteger los derechos políticos de los ciudadanos y la protesta que los servidores público prestan a la Constitución cuando asumen sus funciones.

1.4. LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL ORDEN JURÍDICO NACIONAL

El principio de supremacía de la Constitución no obedece a una cuestión de necesidad, ni nace a partir de que el poder constituyente le diera tal calidad. Al contrario, por el simple hecho de ser una Constitución obtiene esta calidad, y se explicará la razón.

Lo que hace suprema a la carta magna -y le da primacía sobre las demás leyes del ordenamiento jurídico- es consecuencia de lo que en ella misma se establece. Es decir, es el documento en donde se organizan los poderes que forman al Estado, con sus facultades y limitaciones; reconoce los derechos de los gobernados; señala los procedimientos de creación de leyes que en estricto sentido deberán estar de acuerdo con la misma; y recoge los principios de la sociedad mexicana. Por ello no resulta necesario que el texto constitucional consigne explícitamente este principio de supremacía; no obstante, el mismo se integra de manera implícita en algunos códigos, y en otros se hace de forma explícita para darle más precisión.

De todos los antecedentes que se encuentran de este principio, menciono el que se considera, por su trascendencia, más famoso y relevante: la sentencia del juez John Marshall, presidente de la Corte Suprema de los Estados Unidos, en el caso *Marbury vs Madison*. De este asunto se desprende que cuando los tribunales apliquen la Constitución, por ser la ley suprema, pueden invalidar cualquier acto y

dejar de aplicar cualquier ley que sea contraria a esta.⁴¹ En la Constitución de los Estados Unidos de América de 1787 este principio se encuentra consagrado en su artículo sexto, segundo párrafo, del cual deriva la redacción del precepto correspondiente en la norma fundamental mexicana, y del que se hablará posteriormente.

Son muchas las razones del porqué una Constitución debe estar por encima de todo el aparato normativo. La más importante obedece a que de esta manera se evita la creación de leyes contradictorias, sobre todo, impide que la contradicción se dé – precisamente- con la ley fundamental. Así, el congreso y las legislaturas estatales deben observar el texto constitucional en todo proceso legislativo pues, de no hacerlo, y si como resultado de esa inobservancia se dicta una ley contradictoria, se estaría en el absurdo de que una autoridad distinta, bajo un proceso diverso, reformara la constitución, sabiendo que para tal caso existe un procedimiento especial expresamente delimitado por la misma. En sentido estricto, si se tratase de una ley local contradictoria, se podría hablar de un rompimiento con el pacto federal.

Son diversos los preceptos constitucionales en los que se observa el principio de supremacía constitucional pues, como señala Elisur Arteaga,⁴² el principio de supremacía se consignan de manera general en dos formas: la primera de manera explícita, consagrada en el artículo 40, ya que dispone que es una ley fundamental; la segunda se desprende del término que le da nombre, “Constitución”, pues de esta manera constituye, faculta y limita.

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

⁴¹ Cfr. Valdés S., Clemente, *Marbyry vs Madison*, “Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos”, *Revista Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2005 (35), Sección de Previa, pp. 345-375.

⁴² Arteaga Nava, Elisur, *op. cit.* p.15

Jorge Carpizo⁴³ coincide con este punto al señalar que el principio de supremacía no sólo se encuentra inmerso en el artículo 133 de la Constitución mexicana de 1917, pues son varios preceptos que de manera expresa o implícita lo recogen: los artículos 41, 128 y 133 recogen el principio de supremacía material; los dispositivos 135 y 73 contienen al de supremacía formal.

Del artículo 41 se desprende que es la Constitución la que establece la distribución de las competencias entre los diferentes órdenes parciales, en virtud de la soberanía del pueblo que así lo ha decidido al darse una ley de estas características.

El artículo 128 alude a la protesta constitucional que deberán prestar los funcionarios, el deber de respetar y hacer respetar lo que ella ordena. Este precepto, aparte de contribuir con el principio de supremacía constitucional, representa un medio más para la defensa de nuestro código supremo, pues en caso de que el encargado de velar por ella actúe en sentido opuesto, será acreedor a la sanción que la ley fije para tal caso, sea por responsabilidad penal, sea de carácter administrativa.

Hay quienes afirman que la rigidez de la Constitución es una muestra más de la supremacía de esta. En mi opinión, esta consideración no es acertada, pues bajo esta premisa las constituciones flexibles dejarían de ser supremas por el hecho de poder ser reformadas bajo el mismo procedimiento que la legislación ordinaria, o estaríamos en el absurdo de decir que las constituciones pétreas tienen un grado mayor de supremacía sobre las demás. Si bien por su supra legalidad son rígidas y exigen otro proceso para su transformación, la rigidez no representa una característica necesaria para alcanzar esa calidad. La razón es la siguiente: que una Constitución requiera para su transformación un procedimiento especial que resulte más complicado que el previsto para las leyes ordinarias, no le da el carácter de suprema. En cambio, esta ley es suprema porque el proceso de reforma tiene que ser diferente al de todo el orden normativo, en términos del artículo 135.

⁴³ Carpizo, Jorge, "La interpretación del artículo 133 constitucional" en *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, UNAM-III, 1969 (4), p. 17.

Otra forma en la que se manifiesta este principio es al hacer referencia al órgano que la crea: el poder constituyente. Este organismo es creado específicamente para redactar la Constitución y, una vez cumplida su tarea, se desintegra. Al respecto, Castillo Soberanes puntualiza las diferencias entre ésta entidad y el legislador ordinario, al mencionar que “el poder constituyente es originario, no sometido a límites legales e institucionales de ninguna especie y, lógicamente, se encuentra por encima del poder constituido: por el contrario, éste se encuentra sujeto a constantes limitaciones legales, institucionales y constitucionales que le impiden quebrantar arbitrariamente el orden jurídico establecido, lo que en consecuencia lo coloca en posición de subordinación con el poder constituyente.”⁴⁴

1.4.1. ANÁLISIS DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL

La Constitución Política de la República Mexicana de 1857 reconocía explícitamente su supremacía el artículo 126, que establecía: “Esta 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 del congreso, serán la ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los Estados”. Cabe señalar que la redacción de este artículo es una copia exacta del correspondiente en la constitución de los Estados Unidos de América de 1787.

Nuestro documento político vigente tiene prácticamente la misma redacción en el artículo 133, adicionado con la precisión de que los tratados internacionales deberán estar de acuerdo con la Constitución para que formen parte de la ley suprema, y que deberán ser aprobados por el Senado, no por el congreso. De la interpretación que de este precepto ha hecho la Suprema Corte de Justicia de la Nación se

⁴⁴ Castillo Soberanes, Miguel Ángel, “El principio de supremacía constitucional frente a la administración pública” en *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1995 (24), Sección de Previa, p. 164.

desprende tanto la supremacía cuanto la supra legalidad de la Constitución, ya que los poderes locales deben arreglarse a lo que esta dispone.

Que el constituyente de 1857 hiciera una copia fiel de este dispositivo de la Constitución americana, y que el de 1917 lo haya trasladado tal cual, originó conflictos en el orden jurídico mexicano hasta hace algunos años, a causa de la interpretación de la figura del “control difuso” de la Constitución, que se advierte en la segunda parte de este precepto. Los tribunales americanos tienen la facultad de interpretar la constitucionalidad de actos y leyes a partir del precedente que se mencionó. Con fundamento en la sentencia del caso *Marbury vs. Madison*, estas cortes pueden dejar de aplicar una norma al caso concreto de encontrarla contraria al texto constitucional. Sin embargo, en México no todos los tribunales gozan de la facultad de interpretar la constitución, por lo que se reservó únicamente para los tribunales federales. Este criterio cambió a partir de la resolución del expediente *Varios 912/2010*, por virtud del cual nuestro máximo tribunal constitucional aceptó el control difuso de la constitucionalidad, y ahora los jueces locales pueden utilizarlo en sus resoluciones.

Al respecto, Ramón Rodríguez considera que el segundo párrafo del artículo 126 de la Constitución de 1857, el 133 en la vigente, se debió omitir por ser inexacto, pues si la Constitución es la norma fundamental no sólo los jueces de los estados deben sujetarse a ella, sino absolutamente todas las autoridades, federales y municipales. Agrega que dicho párrafo es también innecesario porque en el caso de cumplimiento y aplicación de leyes federales, y en los juicios que se deriven de los tratados, la jurisdicción competente es la federal, además de ser inútil porque no se podría sancionar a un juez al aplicar una ley que en su Estado es válida.⁴⁵

Ahora bien, en cuanto a la jerarquía normativa el artículo no es muy claro. Su simple lectura ha generado conflicto y dudas respecto a la supremacía de esta norma, pues atendiendo a la literalidad del precepto se entiende que la Constitución, los tratados internacionales y las leyes expedidas por el congreso son la ley suprema de la

⁴⁵ Carpizo, Jorge, *op.cit.*, p. 14.

unión, pero no se desprende cuál norma está por encima del resto, hasta que se interpretan las frases “que emanen de ella” y “que estén de acuerdo con la misma”.

En cuanto a las leyes que expide el congreso, si estas emanan de la Constitución, norma en la cual encuentran sustento, se entiende que están en un grado inferior al encontrarse supeditadas a la misma. Por lo que refiere a los tratados internacionales, para que puedan ser incorporados al ordenamiento jurídico mexicano primero tienen que estar de acuerdo con ella, pues su texto no puede ser contradictorio y, segundo, deben de cumplir con el proceso que establece la ley fundamental. De aquí, se desprende que estos instrumentos jurídicos se encuentran también en un grado inferior.

Sin duda, la Constitución, al ser la norma creadora, no encuentra algo por encima de ella. Así, el principio de supremacía constitucional no nace a partir de que un órgano le otorgó ese carácter supremo, sino que es consecuencia directa de la naturaleza de una Constitución. Por ello no es necesario plasmarlo expresamente dentro del texto de ésta. No obstante, en nuestro sistema jurídico tuvo que ser incorporado para hacerlo preciso y palpable dentro del artículo 133 aunque, como se vio, en otros preceptos constitucionales se hace referencia para darle mayor fuerza, lo cual sugiere que cada vez que sea necesario analizarlo, habrá que hacerlo a la luz de todos los artículos en los que se hace mención.

1.5. SUPREMA CORTE DE JUSTICIA Y SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

La supremacía constitucional y la jerarquía de las normas en nuestro orden jurídico han sido temas que causaron cierto conflicto al resolver las controversias que conocen los tribunales locales y federales. Nuestro máximo tribunal constitucional, en un principio, efectuó una interpretación gramatical del artículo 133 de la Constitución, y generó confusión sobre si el orden federal se encontraba por encima del orden local. No obstante, con el tiempo ha cambiado sus criterios de interpretación y, tomando en cuenta lo establecido en otros preceptos de la ley fundamental, e incluso interpretando a la luz del derecho internacional, ha traído como consecuencias la aceptación del control difuso de constitucionalidad por los

jueces locales, entre otras. Por eso se procede a citar los diferentes criterios que la Suprema Corte ha establecido respecto de la supremacía de nuestro código constitucional.

“LEYES FEDERALES Y TRATADOS INTERNACIONALES. TIENEN LA MISMA JERARQUÍA NORMATIVA. De conformidad con el artículo 133 de la Constitución, tanto las leyes que emanen de ella, como los tratados internacionales, celebrados por el ejecutivo Federal, aprobados por el Senado de la República y que estén de acuerdo con la misma, ocupan, ambos, el rango inmediatamente inferior a la Constitución en la jerarquía de las normas en el orden jurídico mexicano. Ahora bien, teniendo la misma jerarquía, el tratado internacional no puede ser criterio para determinar la constitucionalidad de una ley ni viceversa. Por ello, la Ley de las Cámaras de Comercio y de las de Industria no puede ser considerada inconstitucional por contrariar lo dispuesto en un tratado internacional [...]”⁴⁶

El criterio establecido en esta tesis fue desechado una vez resuelto el amparo en revisión 1475/98, promovido por el Sindicato Nacional de Controladores de Tránsito Aéreo. El 11 de mayo de 1999, el Pleno de la Suprema Corte sostuvo en dicho asunto que los tratados internacionales están en una jerarquía superior sobre el derecho federal y el local. En virtud de lo anterior se aprobó la siguiente tesis:

“TRATADOS INTERNACIONALES. SE UBICAN JERÁRQUICAMENTE POR ENCIMA DE LAS LEYES FEDERALES Y EN UN SEGUNDO PLANO RESPECTO DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. Persistentemente en la doctrina se ha formulado la interrogante respecto a la jerarquía de normas en nuestro derecho. Existe unanimidad respecto de que la Constitución Federal es la norma fundamental y que aunque en principio la expresión ‘... serán la Ley Suprema de toda la Unión ...’ parece indicar que no sólo la Carta Magna es la suprema, la objeción es superada por el hecho de que las leyes deben emanar de la Constitución y ser aprobadas por un órgano constituido, como lo es el Congreso de la Unión y de que los tratados deben estar de acuerdo con la Ley

⁴⁶ Tesis P.C/92, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Octava Época, número 60, diciembre de 1992, p. 27.

Fundamental, lo que claramente indica que sólo la Constitución es la Ley Suprema. El problema respecto a la jerarquía de las demás normas del sistema, ha encontrado en la jurisprudencia y en la doctrina distintas soluciones, entre las que destacan: supremacía del derecho federal frente al local y misma jerarquía de los dos, en sus variantes lisa y llana, y con la existencia de 'leyes constitucionales', y la de que será ley suprema la que sea calificada de constitucional. No obstante, esta Suprema Corte de Justicia considera que los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano inmediatamente debajo de la Ley Fundamental y por encima del derecho federal y el local..."⁴⁷

Este criterio fue aprobado por diversas consideraciones, entre las cuales destaca que los compromisos internacionales contraídos por el Estado mexicano vinculan a todas sus autoridades y, también, de manera indirecta a todos los gobernados frente a la comunidad internacional. Por esa razón se estableció en la Constitución un proceso especial para la suscripción de los tratados internacionales, en el que el Presidente de la República, en su calidad de jefe de Estado y representante del mismo, con la intervención del Senado como representante de las entidades federativas y, por medio de su ratificación, obliga a sus autoridades.

Ahora bien, al tomar en cuenta que en esta materia no hay limitación en cuanto a la competencia de la Federación y los estados que conforman la República, el Senado, como representante de estos, puede obligar en cualquier materia a las entidades federativas. Resultado de lo anterior, nuestro máximo tribunal consideró en un tercer lugar al derecho federal y al local, en una misma jerarquía, en virtud de lo dispuesto en el artículo 124 de la Ley Fundamental, el cual establece la competencia entre la Federación y las Entidades Federativas. De este criterio se desprende que la interpretación del precepto en cita no se hacía ya de manera gramatical, sino utilizando la hermenéutica, como señaló en su momento Jorge Carpizo, a la luz de los diversos preceptos que hacen referencia a este principio.

“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LEY SUPREMA DE LA UNIÓN.
INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL. A partir de la interpretación del precepto citado, si aceptamos que las Leyes del Congreso

⁴⁷ Tesis P. LXXVII/99, *Semanario Judicial de la Federación*, Novena Época, t. X, noviembre de 1999, p. 46.

de la Unión a las que aquél se refiere corresponden, no a las leyes federales sino a aquellas que inciden en todos los órdenes jurídicos parciales que integran al Estado Mexicano y cuya emisión deriva de cláusulas constitucionales que constriñen al legislador para dictarlas, el principio de 'supremacía constitucional' implícito en el texto del artículo en cita claramente se traduce en que la Constitución General de la República, las leyes generales del Congreso de la Unión y los tratados internacionales que estén de acuerdo con ella, constituyen la 'Ley Suprema de la Unión', esto es, conforman un orden jurídico superior, de carácter nacional, en el cual la Constitución se ubica en la cúspide y, por debajo de ella los tratados internacionales y las leyes generales..."⁴⁸

Del anterior criterio interpretativo se advierte que la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos está en primer lugar; en segundo plano, por debajo de ésta, se encuentran los tratados internacionales y las leyes generales, con la misma jerarquía, en las que hace la precisión de que las últimas son aquellas que inciden en todos los niveles de gobierno, y en un tercer grado jerárquico se encuentran las leyes federales y las locales.

“SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. LA REFORMA AL ARTÍCULO 10. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, DE 10 DE JUNIO DE 2011, RESPETA ESTE PRINCIPIO. La reforma al artículo 10. de la Carta Magna, publicada el 10 de junio de 2011, en modo alguno contraviene el principio de supremacía constitucional consagrado desde 1917 en el artículo 133 del propio ordenamiento, que no ha sufrido reforma desde el 18 de enero de 1934, y en cuyo texto sigue determinando 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, celebrados y que se celebren por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley Suprema de toda la Unión", lo cual implica que las leyes y los tratados internacionales se encuentran en un plano jerárquicamente inferior al de la Constitución, pues en el caso de las leyes claramente se establece que "de

⁴⁸ Tesis P. VIII/2007, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXV, abril de 2007, p. 6.

ella emanan" y en el de los tratados "que estén de acuerdo con la misma". Por otra parte, la reforma de 2011 no modificó los artículos 103, 105 y 107 constitucionales, en la parte en que permiten someter al control constitucional tanto el derecho interno, como los tratados internacionales, a través de la acción de inconstitucionalidad, la controversia constitucional y el juicio de amparo. Además, el propio artículo 1o. reformado dispone que en nuestro país todas las personas gozan de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte, pero categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones a su ejercicio sólo pueden establecerse en la Constitución, no en los tratados; disposición que resulta acorde con el principio de supremacía constitucional. Principio que también es reconocido en el ámbito internacional, en el texto del artículo 46 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados entre Estados y Organizaciones Internacionales, al prever la posibilidad de aducir como vicio en el consentimiento la existencia de una violación manifiesta que afecte a una norma de importancia fundamental de su derecho interno [...]."⁴⁹

En esta tesis se confirma el criterio establecido en la anterior, en cuanto a que la Constitución es la norma suprema y por debajo de esta se encuentran las leyes del Congreso y los tratados internacionales. Sin embargo, ese criterio va más allá, pues a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011, vuelve a confirmar el criterio de supremacía constitucional cuando establece: "categóricamente ordena que las limitaciones y restricciones a su ejercicio sólo pueden establecerse en la Constitución". Lo anterior es en razón de que la ley fundamental es la suprema respecto de todo el ordenamiento jurídico, pues los tratados se encuentran supeditados a esta.

"CONTROL DIFUSO. RASGOS DISTINTIVOS DE SU EJERCICIO. El 'sistema difuso' es aquel en el cual el examen de compatibilidad de los actos frente a la Constitución corresponde a todos los órganos jurisdiccionales y lo ejercitan, incidentalmente, en ocasión de la decisión de las causas de su competencia. La lógica de dicho sistema reside en que, a cada caso, debe recaer una resolución conocida como 'norma

⁴⁹ Tesis LXXV/2012, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.3, octubre de 2012, p. 2038.

individualizada, la cual se infiere o deduce a partir de la norma general, pero adecuándola o relacionándola con los hechos o circunstancias del caso concreto, por lo que la decisión se compone de un silogismo judicial que se integra por una premisa fáctica determinada por hechos o circunstancias conforme a las cuales, deberá construirse una premisa normativa que otorgue la mejor solución al conflicto, esto es, cuando se ejerce el control difuso se actúa en el problema contingente y propio que impone una comprobación constitucional en el caso debatido; de ahí el efecto de la cosa juzgada -inter partes-. De manera que en este sistema, el juzgador tiene el deber de realizar una interpretación para llegar a un juicio respecto a la constitucionalidad de la decisión que pronuncia en casos concretos. Por tanto, en el supuesto de estimar que la aplicación de cierta disposición, bajo determinadas circunstancias, resulta inconstitucional, sólo puede, en casos extremos, desaplicar tal disposición en el evento concreto, resolviendo como si ésta no existiera. Así, la duda sobre su constitucionalidad siempre debe plantearse en razón de su aplicación en circunstancias particulares, aspecto que marca la diferencia respecto al control concentrado, puesto que, en este último, se cuestiona la inconstitucionalidad de una ley en abstracto; esto es, la propia norma general, pero sin apreciar los hechos concretos del caso ni la regla que rige a casos específicos, sino la ley per se, con generalidad en el pronunciamiento. Finalmente, cabe considerar que el control difuso, entendido como uno de los medios para consolidar la supremacía constitucional, tiende a buscar y conciliar el sentido o interpretación de las normas que conforman la premisa normativa, a fin de conseguir la: a) interpretación conforme en sentido amplio, de acuerdo al bloque de constitucionalidad; b) interpretación conforme en sentido estricto, si hay varios sentidos, debe elegirse el más acorde al bloque de constitucionalidad, esto es, el previsto o pretendido por la Constitución, y sólo cuando esto resulte imposible se deberá; c) inaplicar, en el caso concreto, la disposición que oriente el sentido de la premisa normativa, cuando sea indefectible un determinado sentido, en oposición al pretendido constitucionalmente, siempre en el contexto de los efectos inter partes que apareja este sistema [...].”⁵⁰

Este criterio resulta de la interpretación del artículo 133, a la luz del nuevo contenido del 1 constitucional, como de lo ordenado en las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. La Suprema Corte, mediante esta tesis,

⁵⁰ Tesis I.4o.A.18 K, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t.3, mayo de 2013, p. 1762.

aceptó la figura del control difuso de la constitucionalidad, “*uno de los medios para consolidar la supremacía constitucional*”. Al tener esta calidad de suprema, todas las autoridades deben de adecuar sus actuaciones a lo que ella misma establece, y no sólo los funcionarios de cierto orden. Por eso, también los jueces locales deberán de aplicar ese control, para el fin de proteger la Constitución y no fomentar actos contradictorios a ella.

Como se aprecia, con el paso del tiempo y con la evolución de nuestro sistema de Derecho, el más alto tribunal del país se vio en la necesidad de cambiar la forma en que interpreta nuestra ley fundamental, pasando de la simple literalidad de un solo precepto, a hacerlo a la luz de todo el articulado que forma dicho ordenamiento. Incluso, ahora toma en cuenta lo que dispone el derecho internacional. Respecto del artículo 133 y de la supremacía constitucional no debe de haber más dudas, pues el criterio es preciso: no hay nada por encima de la Constitución y todo descansa en ella, por el simple hecho de ser la norma creadora de todo el sistema.

CAPÍTULO 2

EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO Y EL PAPEL DETERMINANTE DE LOS DERECHOS HUMANOS

2.1. DERECHOS HUMANOS COMO PARTE SUSTANCIAL DE LA CONSTITUCIÓN

El concepto de Constitución se ha transformado de forma significativa a partir de la mitad del siglo xx. Después de los absolutismos impuestos en Europa, principalmente en Italia y Alemania, se presentó una tendencia consistente en dejar de concebir a la ley fundamental como un documento meramente político, para ser considerada una auténtica norma. Así, adquirió fuerza normativa y es vinculante para cualquier servidor público, y para cualquier gobernado. Por ello en los Estados modernos el modelo constitucional de derecho parece ser el mejor de todos. En este sentido se expresa J. J. Moreso al analizar las estadísticas presentadas por el *United Nations Development Program 2007*, pues de las 30 naciones con mayor desarrollo humano y producto interno bruto per cápita del mundo, al menos 25 funcionan con ese esquema.¹

Ahora bien, el concepto Constitución abarca al de Estado Constitucional de Derecho (ECD). Éste conlleva la existencia de la formalidad del Estado de Derecho (como se analizará más adelante), donde existe un proceso para la creación de normas, y en donde la autoridad se sujeta a las mismas. Al mismo tiempo, hay una característica de fondo, un *contenido material* que toda ley debe tener, además de esa formalidad: los Derechos Humanos (DH).

Los DH constituyen el presupuesto básico para la consolidación de cualquier Estado democrático moderno. Son el parámetro para determinar la existencia de una democracia integral, ya no sólo política-electoral, sino social, educativa, económica, cultural, etc. Por tal motivo, en el presente capítulo se elabora un análisis de los

¹ Moreso, José Juan, “Esbozo de preliminares a una teoría de la Constitución” en *La Constitución: modelo para armar*, Madrid, Ediciones jurídicas y sociales, 2009, p. 22.

derechos fundamentales² mediante las distintas teorías desde las cuales se les concibe, de modo que se alcance una mejor comprensión sobre la naturaleza y el alcance de este concepto.

2.2. NATURALEZA DE LOS DERECHOS HUMANOS

¿Qué son los Derechos Humanos? ¿Por qué algunas disposiciones jurídicas tienen ese carácter? ¿Son sólo aquellos que regula el derecho positivo o se desprenden también de la interpretación que hacen los jueces al aplicar la ley al caso concreto? ¿Cuál es el papel que juegan la libertad y la igualdad como base o principio de los derechos fundamentales? Éstas son las preguntas que se pretenden responder en este apartado.

En primer lugar, los DH existen por y para la dignidad humana; por tanto, sostienen el sistema jurídico de un Estado. De ahí la relevancia de su presencia tanto en la ley fundamental cuanto en los instrumentos internacionales.

Los DH están inmersos en cierta vaguedad y abstracción. “El derecho fundamental (DF) como un todo es un objeto muy complejo, pero en modo alguno inaprensible. Está compuesto por elementos de una estructura bien definida, es decir, las distintas posiciones del ciudadano y el Estado.”³

Robert Alexy, se pronuncia en un sentido similar, pues sostiene que el problema radica en determinar a cuáles derechos se les dará el *status* de fundamentales: “dentro [...] de la pregunta [...] qué pertenece a un derecho fundamental como un todo, se plantean todos los problemas de interpretación de los derechos humanos.”⁴

De esta manera, se proporciona una definición de DH según el pensamiento de Miguel Carbonell, quien los considera como aquellos que están consagrados en la Constitución y en los instrumentos normativos internacionales, pues tienen la

² Si bien existe una diferencia doctrinal entre Derecho Humanos y Derechos Fundamentales, en la presente investigación se utilizan ambos términos de forma indistinta.

³ Alexy, Robert, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 3ª ed., 2ª reimpr., 2002, p. 245.

⁴ *Ídem*.

máxima jerarquía en un sistema jurídico; en consecuencia, aquello que conste en ellos y que les otorgue tal calidad, tendrá dicho carácter.⁵ Entonces, los derechos humanos son derechos subjetivos con un alto grado de importancia. Lo subjetivo se refiere a que simultáneamente se tiene la posibilidad de ejercitarse y, correlativamente, tienen frente a sí una obligación de respetarlos; la importancia deriva de que contienen un juicio de valor que está anexo a una norma, pero no cualquier norma, sino la constitucional e internacional.⁶

Ahora bien, el origen de estos derechos, para que se consideren importantes por una comunidad, está inmerso en múltiples factores; no sólo en el aspecto jurídico, sino en consideraciones de índole social, moral, político, etc. Esto es así debido a que el derecho -como fenómeno- está integrado por distintas facetas (como norma, como valor y como hecho social). Los derechos humanos, por consiguiente, son la abstracción de ciertos valores que una comunidad considera importantes, que han sido recogidos en las normas fundamentales, y que por el solo hecho de estar en ellas, como derechos subjetivos, son exigibles.

Los derechos humanos pueden fundamentarse desde distintas perspectivas. Desde el punto de vista de la dogmática jurídica, un derecho tiene asignado este carácter por positivarse en el cuerpo normativo de la Constitución y de los tratados internacionales; son parte de ellos y estos son rectores del sistema jurídico.

Desde el punto de vista de la teoría de la justicia, el fundamento del derecho se encuentra en la justificación racional que pueda existir para el mismo.⁷ Para llegar a esta justificación racional el derecho fundamental tiene que reunir ciertas características; es decir, ciertos valores deben juntarse en rededor de éste, de tal modo que determinen su importancia y trascendencia para una comunidad. Por ello se puede considerar a los derechos humanos como “instrumentos de protección de los intereses más importantes de las personas, puesto que preservan los bienes básicos necesarios para poder desarrollar cualquier plan de vida de manera digna”.⁸

⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Editorial Porrúa, 2ª ed., 2006, p. 4.

⁶ Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia, Legis Editores, 2005, p. 31.

⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 4.

⁸ *Ibidem*, p. 5.

De la definición anterior se infieren ciertos elementos: a) que los derechos humanos son instrumentos de protección frente al Estado,⁹ pues en caso de menoscabo por parte de éste, se activarán mecanismos de defensa que permitirán el goce de los mismos; b) que constituyen los intereses más importantes de las personas, y esto se debe a que los valores que consagran los derechos son trascendentales para una sociedad porque aluden a las aspiraciones más importantes que la misma tiene; c) permiten desarrollar cualquier plan de vida de manera digna.

Sobre el último elemento se puede hacer la siguiente interrogante: ¿qué se entiende por dignidad humana? Dignidad humana es un concepto muy ambiguo; en primera instancia se entiende como aquella cualidad del individuo que le permite desarrollarse plenamente con la satisfacción de las necesidades más básicas y necesarias.¹⁰ No obstante, respecto de lo controvertido de este concepto, se puede argumentar que si bien existe una heterogeneidad en la sociedad, donde todos los individuos más o menos responden a las mismas necesidades y satisfacción de las mismas, también es cierto que existe una pluralidad donde el ciudadano excepcional, con distintas y diferentes necesidades por satisfacer, su vuelve la regla. Supongamos que existe una persona que carece de recursos para la satisfacción de necesidades; su prioridad esencial es tratar de conseguir el alimento, ya no para vivir, sino subsistir. Para el plan de vida de este sujeto no es relevante la libertad de tránsito o de expresión. Sin embargo, estos derechos humanos sí son importantes para otros tantos, pues les permite desarrollar sus objetivos de manera digna.

Se debe señalar que el debate actual acerca de los derechos fundamentales – esencialmente- versa sobre la influencia que los derechos fundamentales sociales han tenido como una exigencia para alcanzar la justicia social, de los cuales se desprende su naturaleza prestacional, es decir, la actitud positiva del Estado frente al individuo. Se colige que ya no debe existir un Estado pasivo solamente, que garantice los derechos de defensa (libertad de expresión, libertad de tránsito, etc.)

⁹ Más adelante se verá que los derechos fundamentales también pueden ser oponibles a particulares.

¹⁰ Se retomará el concepto de dignidad humana para determinar qué elementos la componen.

sino que es necesaria su intervención con matices para que se alcance el anhelado deseo del Estado de bienestar.

A continuación, se hará una revisión de las teorías que desarrollaron el pensamiento de los derechos de defensa y los derechos prestacionales, donde se analizarán los derechos sociales, con el objeto de entender cómo esta clase de derechos humanos pueden ser trascendentales en el control de la constitucionalidad con el objeto de alcanzar la libertad e igualdad fácticas.

2.2.1. TEORÍA LIBERAL

En la concepción de la tradición liberal, “los derechos humanos son derechos de libertad que el individuo tiene frente al Estado”,¹¹ es decir, el individuo es el eje central en el Estado, tiene garantizada su esfera de acción frente a la entidad estatal, lo cual impide a éste último una actuación frente a aquél. En otras palabras, se traduce bajo la fórmula de un Estado “observador no interventor”.

La teoría liberal fue una consecuencia del absolutismo, y trata de explicar cómo se debe dar la relación entre los poderes públicos y los particulares. De ahí se desprende el carácter “reaccional” de la primera generación de derechos humanos y, además, hay que agregar su corte iusnaturalista¹² por virtud del cual esta clase de derechos se consideran anteriores al Estado mismo, son inherentes a la naturaleza del ser humano y su constitución misma. Consecuentemente, el orden jurídico del derecho positivo no tiene más opción que reconocerlos.

La crítica al liberalismo es que concibe como único transgresor de los derechos humanos al Estado y su poder público; es decir, el único agente que puede penetrar en la esfera del individuo es el poder político y, por tanto, el menoscabo o detrimento de los derechos sólo viene de la actuación del aparato estatal. Por ello, la teoría liberal fija los derechos humanos como una reacción ante el autoritarismo del

¹¹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 35.

¹² *Ibidem*, p. 36.

Estado, y no frente a los actos de la misma sociedad o de la mayoría que mediante su conducta pueden vulnerar el goce de los derechos del individuo o de las minorías. Ahora bien, el carácter individualista de esta teoría propugna por el principio de “autonomía de la voluntad”, en virtud de la cual el individuo es libre en su actuación para con sus iguales. En consecuencia, parte de una condición de igualdad entre los individuos, una igualdad formal o jurídica. Por ello el individualismo ignora la ausencia de la libertad material, sólo reconoce la jurídica o formal. El Estado no tiene una función positiva o una actuación en las relaciones con el objeto de nivelar las referidas desigualdades materiales, sólo tiene una actitud pasiva frente a los particulares. En conclusión, el individuo es libre para actuar aún y cuando con sus actos afecte a sus semejantes.

Si bien esta teoría presenta ciertas críticas, también es cierto que con base en la misma ha existido un gran desarrollo de los derechos de defensa de los particulares frente a las arbitrariedades del poder político, lo cual no sólo conlleva la presencia de derechos humanos en el cuerpo normativo más importante del Estado, la Constitución, sino ha originado la creación de garantías o medios de defensa para hacerlos efectivos: el amparo en México, el *habeas corpus* en Estados Unidos de América. Estos mecanismos permiten el goce de las libertades e igualdades de los individuos miembros del Estado, y de las células integrantes del cuerpo social.

2.2.2. LA TEORÍA DEL ESTADO SOCIAL

Como una reacción a la teoría liberal, nace esta nueva concepción de los Derechos Humanos. Su idea principal es el paternalismo del Estado para con los individuos. Es decir, como señala Carbonell:

“El Estado social deja atrás la visión del Estado liberal que concebía al individuo rodeado de una esfera intransitable por el Estado; por el contrario, en el Estado social el espacio del individuo es un espacio que el Estado protege y que ayuda a construir para que toda persona pueda ejercer de manera efectiva su libertad”.¹³

¹³ *Ibidem*, p. 42.

De lo anterior se desprenden algunas ideas: la primera consiste en un Estado paternalista que ya no se limita con su actividad pasiva, sino su conducta frente a los ciudadanos es activa. La segunda es que el fin de esa conducta activa es que el individuo goce efectivamente su libertad. ¿Qué se refiere con libertad efectiva? La teoría liberal recoge la libertad del hombre frente al Estado como máxima; sin embargo, la libertad de la que goza es jurídica o formal, no obstante en la mayoría de los casos su libertad real o material es nula o inexistente. Por ejemplo, si bien la Ley fundamental del Estado mexicano reconoce la libertad del trabajo en el artículo 5º, su cumplimiento en la realidad está muy lejos de ser real o verdadera.

La teoría liberal propugna por una libertad del individuo para ejercer la profesión que más le convenga siendo lícita; no obstante, esta libertad jurídica no representa lo mismo en la realidad, pues el individuo en la sociedad industrializada -donde la pobreza ha significado un *modus vivendi* para la mayoría de la población, sobre todo en países en subdesarrollo- carece de la libertad real para ejercer cualquier profesión.

Por lo anterior, la teoría del Estado social ha emergido con la indefectible presencia de un Estado prestacional que genere derechos del mismo sentido. Si se habla de un Estado prestacional o paternalista, para el goce de tales derechos prestacionales resulta indispensable el factor económico, es decir, los recursos económicos con que cuente el Estado para poder garantizar los derechos. Por consiguiente, en la medida en que el Estado cuente con recursos financieros será posible la satisfacción de los derechos sociales. Es por este motivo que a este tipo de derechos se le ha considerado con el carácter de programáticos o de “buenos deseos” en los textos normativos.

Como bien menciona Carbonell, con la presencia de este tipo de derechos las necesidades de interpretación se duplican y pasan del parlamento a los tribunales, de tal modo que se produce la juridificación del derecho.¹⁴ El alcance de los derechos no se especifica en la Ley Fundamental o en los Tratados Internacionales, por tanto, es necesario que se genere una interpretación de Tribunal Constitucional

¹⁴ *Ibidem*, p. 43.

para determinarlos y conocer su alcance. No obstante, la interpretación que se tiene que dar por los jueces puede provocar algunos conflictos y ciertas controversias, como acertadamente lo refiere Carbonell,

“Los derechos sociales crean parámetros de actuación de los poderes públicos, pero si son correctamente interpretados también pueden dar lugar a posiciones subjetivas concretas que sus titulares pueden hacer valer frente a los poderes públicos como, en ciertos supuestos, frente a los particulares”.¹⁵

Por los argumentos antes presentados, el concepto de Derechos Humanos debe considerar las ideas del Estado social, pero sin olvidar la del Estado Liberal, pues si bien la primera propugna por el goce de la libertad e igualdad fácticas como un derecho subjetivo de los gobernados, se debe destacar la importancia de la autonomía privada, de modo que busque un equilibrio entre ésta y la autonomía pública. Entonces, la objetividad de los derechos humanos sociales será trascendental para la protección del individuo y de las minorías frente al Estado mismo y las mayorías. La garantía de aquellos por parte del poder público será imprescindible para la democracia integral.

2.3. LOS DERECHOS DE DEFENSA

Ahora bien, atendiendo a la división que permiten los Derechos Humanos, según la función que tengan los mismos, encontraremos que existen los Derechos de Defensa (DD), que implican el no actuar del Estado y la libertad de actuación del individuo frente al éste. Los DD del paradigma liberal del Estado, con sus más marcados orígenes en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789.

Este tipo de derechos ponen límites al Estado para asegurar los espacios individuales de libertad, en consonancia con la concepción liberal clásica de los derechos humanos.¹⁶ Además, la doctrina les considera como aquellos derechos de primera generación, los cuales marcaron el origen de la defensa de los individuos

¹⁵ *Idem.*

¹⁶ Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 35.

frente al abuso del poder político; de cierta manera fueron la primer conquista de los gobernados frente al poder absoluto, pues restringían el poder de modo que no existiera flagelo a las libertades básicas de la persona.

Como se mencionó antes, este tipo de derechos implican una actitud pasiva del Estado, ya que el goce de los mismos viene de la inactividad del poder político; su fundamento y garantía se encuentran en la propia Constitución y en los Tratados Internacionales, de modo de que si existe un acto por cualquiera de los órganos del Estado que restrinja su beneficio, será nulo y contrario a la ley fundamental.

2.4. LOS DERECHOS DE PRESTACIÓN

Este tipo de derechos tienen un carácter activo respecto de uno de los sujetos, el Estado. Se refieren principalmente a un hacer del poder político, “hacer [que] asegura la participación del ciudadano en prestaciones normativas”.¹⁷ Estos derechos reflejan un cambio del paradigma liberal al social. Una especie de paternalismo por parte del Estado para con los grupos menos favorecidos o minorías, generalmente como respuesta a las desigualdades económicas generalizadas en la sociedad. Por tanto, derivó en un cambio de actitud del Estado, pues fue indispensable abandonar una actitud pasiva y modificarla por una activa, con ciertos límites.

2.5. LOS DERECHOS FUNDAMENTALES SOCIALES

“Los derechos a prestaciones, en sentido estricto, son derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera los medios suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares”.¹⁸ Esta referencia de derechos humanos sociales, que Alexy denomina derechos de prestación en sentido estricto, implica que el Estado está obligado a actuar de modo que forme un equilibrio entre los individuos en la sociedad diferenciada, pues si

¹⁷ *Idem.*

¹⁸ Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales” en Miguel Carbonell *et. al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM-III, 2ª ed., 2000, p. 69.

éstos hubieran tenido los medios materiales suficientes, podrían hacerse de beneficios de los mismos particulares. Entonces, resulta *prima facie* que tales derechos vulneran, por un lado, la autonomía privada del individuo, en caso de que existiera un control abstracto de una norma del derecho civil, por ejemplo, que no mediara ciertas circunstancias reales de desigualdad social; y, por otro, la igualdad jurídica frente al poder político, ya que hay un trato discriminatorio por parte de éste para con los distintos grupos de la sociedad, en caso de que se dieran ciertos beneficios prestacionales para un grupo marginado y se excluyera a otros grupos, como uno empresarial. Sin embargo, si bien existe discriminación legal, existe igualdad material.

A hora bien, la existencia de los derechos sociales presupone la existencia de ciertos elementos, a saber: (1) un modelo de organización social que permita otorgar y garantizar los derechos prestacionales; (2) una serie de precondiciones de carácter sociológico que permitan asumir el compromiso social, así como el beneficio de la sociedad misma al otorgar aquellos; y (3) una base axiológica que permita reconocer un deber moral de hacernos cargo de las necesidades de los demás.¹⁹

De lo anterior se desprende la complejidad inmanente en este tipo de derechos para poder llevarlos a cabo en la sociedad, porque si bien son una exigencia de las condiciones de pobreza que sufre las sociedades industrializadas, su exigibilidad y cumplimiento depende -desde el punto de vista económico- de recursos materiales, en tanto desde el punto de vista de la teoría política implica ciertas discusiones acerca del papel que tiene que jugar el tribunal constitucional para la interpretación y su legitimidad democrática en cuanto a sus pronunciamientos.

Derivado de la concepción del Estado social se desprenden de la idea de que los poderes públicos dejan de ser percibidos como enemigos de los derechos humanos y comienzan a tomar el papel de promotores de los mismos, es decir, el papel del aparato estatal es impulsar estos derechos.²⁰

¹⁹ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 801.

²⁰ *Ibidem*, p. 822.

Existen dos tipos de derechos humanos sociales: nominados e innominados. Los primeros son aquellos que están expresamente establecidos por la Constitución, en tanto los segundos son aquellos que se encuentran en un plano supranacional y no están establecidos expresamente en la Ley fundamental de una sociedad, sino por adscripción. Es decir, los derechos humanos sociales o *derechos positivos generales*,²¹ si bien se contienen en normas de derecho fundamental establecidas expresamente, también aparecen por vía de adscripción a otro derecho fundamental, y pueden ser desdoblados por medio de la interpretación que hacen los tribunales.

En primer lugar se estudiarán aquellos derechos expresados por la ley fundamental, para después analizar los adscritos a la misma. Entonces, por un lado se están los derechos sociales fundamentales expresamente acuñados por la Constitución, y se entienden como aquellos intereses de importancia para una sociedad determinada, positivados y expresados en forma directa por la Ley suprema. Es decir, desde la perspectiva del *iuspositivismo*, están presentes e incorporados por la Ley fundamental. Así, un ejemplo de estos derechos se encuentra en el artículo 4° constitucional, último párrafo, el cual establece:

“Toda persona tiene derecho al acceso a la cultura y al disfrute de los bienes y servicios que presta el Estado en la materia, así como el ejercicio de sus derechos culturales”.

Del artículo anterior se desprenden varios elementos: el derecho de todo individuo a recibir educación; la obligación (de hacer) del Estado, consistente en otorgarla; y el reconocimiento de carácter general dentro de nuestro orden jurídico de un derecho fundamental social. El derecho fundamental social existe expresamente en la Constitución; sin embargo, su cumplimiento dista mucho de ser verdad, pues el hacer del Estado es nulo ya que el derecho sustantivo está presente, no obstante, ni la norma adjetiva o los medios para hacerlo exigible se encuentran en la misma situación. A diferencia de los derechos de defensa por parte del Estado, donde se refieren a una abstención, aquí es necesaria una acción positiva del poder público para otorgar los medios para el acceso a la cultura.

²¹ Arango, Rodolfo, *op. cit.*, p. 40.

Distintos de los derechos sociales fundamentales expresados en el texto de la Ley fundamental, existen derechos de la misma relevancia que no se contienen directamente en aquella, a los cuales se denomina “derechos a prestaciones adscritos interpretativamente”.²² Estos derechos no se obtienen directamente del texto normativo de la ley fundamental, sino en forma indirecta, del todo que compone la Constitución, y de los principios de igualdad y libertad. “Este tipo de derechos sólo pueden ser conocidos mediante la interpretación del texto constitucional con ayuda de la argumentación jurídica”,²³ es decir, requieren la existencia de derechos humanos que permitan su abstracción. Como corolario de lo anterior, en el artículo 1º constitucional, tercer párrafo, se establece:

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

Este artículo puede requerir ciertas interpretaciones para desentrañar su contenido. En primera instancia, la ley fundamental no señala qué se entiende por preferencias, y es una situación que puede dar lugar a distintos tipos: sexuales, políticas, etc. En sí, el tribunal constitucional tendrá que determinar el alcance del citado precepto. En adición a lo anterior, se puede abstraer un derecho fundamental social que se relaciona con la igualdad material o sustancial, y esto es así porque bajo el texto que expresa la misma Constitución se desprende la voluntad del legislador constituyente de crear condiciones de igualdad en la sociedad toda, pero no sólo un igualdad formal o jurídica, sino material o fáctica, y así impedir la discriminación de aquellas minorías o grupos vulnerables, de modo que éstos no vean restringida o menoscabada su dignidad humana. Por lo anterior, será necesario que este tipo de derechos humanos sociales tengan que ser abstraídos por el tribunal constitucional, así como justificados por la argumentación jurídica.

²² *Ibidem*, p. 69.

²³ *Ibidem*, p. 41.

En este punto Alexy sostiene que “una adscripción se realiza conforme a derecho cuando la norma adscrita puede ser catalogada como válida. Para catalogar como válida a una norma de derecho fundamental directamente estatuida, basta a la referencia de su positivización”.²⁴ Es decir, la interpretación que se haga no puede ser elaborada arbitrariamente por el tribunal; no se pueden “inventar” preceptos en la Constitución, sino que debe derivar de una norma *iusfundamental* determinada. Esto provoca ciertos problemas pues, en tanto los preceptos se encuentran directamente estatuidos, sólo hay que hacer una referencia a los mismos. Por el contrario, si las normas adscritas deben de ser abstraídas del texto mismo, en la mayoría de los casos conduce a confusiones. No obstante, las mismas son necesarias cuando la norma expresada debe de ser aplicada al caso concreto, ya que si no se utilizaran este tipo de normas, no resultaría de ninguna manera claro qué es lo que sobre la base del texto constitucional está ordenado, prohibido o permitido.²⁵

2.6. LA LIBERTAD

El concepto de libertad es una propiedad que puede ser atribuible a personas, a acciones y a sociedades²⁶. No es una propiedad como pudiera ser un objeto, sino que se ejerce en lugar de poseer. Entonces, por un lado se tiene un concepto de libertad como un estado personal contrario a la esclavitud; por otro, como la condición en la cual no se está sujeto al poder, ya jurídico, ya fáctico.²⁷

A hora bien, frente al Estado se presenta una libertad “negativa”; es decir, cuando alguna conducta está permitida sin que el aparato estatal pueda impedir hacerla u omitirla, con ciertos límites, pues no hay libertad absoluta. Esta libertad supone la ausencia de impedimentos para efectuar algún comportamiento por parte de determinada persona.²⁸

²⁴ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 71.

²⁵ *Ibidem*, p. 69.

²⁶ *Ibidem*, p. 211.

²⁷ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 303.

²⁸ *Ibidem*, p. 307.

La libertad negativa se subdivide en prejurídica y jurídica. En la primera no hay una conducta prohibida por la ley, sino que la ausencia de regulación trae para el individuo la posibilidad de actuar o no; en la segunda, es la misma ley la que contempla las conductas que no pueden ser restringidas por la norma.

También existe una libertad positiva. Mientras la libertad negativa tiene que ver con la esfera de las acciones, la positiva se relaciona con la esfera de la voluntad. Es decir, se encamina a la orientación de la voluntad hacia un objetivo. No obstante la diferencia, ambas libertades (negativa y positiva) deben coexistir, pues un individuo será completamente pleno mientras pueda encaminar su voluntad hacia una meta u objetivo, y no existan restricciones u obstáculos para lograr aquella.²⁹ Es indispensable identificar de donde pueden venir estos obstáculos, ya que en apariencia sólo derivarían del Estado; no obstante, los impedimentos en muchos casos emergen de la sociedad misma, de las mayorías o del sistema económico, por ejemplo.

El argumento principal de los derechos sociales fundamentales es la libertad efectiva. Es decir, la crítica al Estado liberal gira en torno de “la libertad *jurídica* para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real); sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor”.³⁰

Éste es el fundamento del Estado social: en las sociedades industriales modernas, ciertos grupos de marcada pobreza, o de cierto origen étnico, religioso, etc., no están en la posibilidad de actuar en cierto modo, pues carecen de los medios materiales para hacerlo. Por ejemplo, si “x” quiere adquirir la educación pública que otorga “Y”, tiene toda la libertad jurídica para hacerlo, lo anterior según nuestro artículo 3º constitucional, donde no sólo se le reconoce el derecho sino constituye una obligación del Estado proporcionar esa educación. No obstante, por falta de recursos materiales, se encuentra en la imposibilidad de hacerlo.

²⁹ *Ibidem*, p. 310.

³⁰ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 71.

Entonces, la idea de los derechos humanos sociales parte de que “las cosas que para el individuo son especialmente importantes y que puedan ser jurídicamente aseguradas, lo sean”.³¹ Es decir, si algún individuo considera importante su desarrollo académico, y tiene que estudiar la educación media superior para seguir con los grados que se le exigen en su formación, pero carece de recursos materiales -no sólo para financiar sus estudios, sino para subsistir-, y si bien el Estado otorga la libertad para que el infante siga estudiando, en realidad aquél sujeto carece de la libertad fáctica para poder lograrlo.

Los derechos humanos sociales tienen problemas en cuanto a la justiciabilidad, es decir, a la “imposibilidad de llegar con medios específicamente jurídicos a una determinación exacta del contenido y estructura de derechos humanos sociales abstractamente formulados”.³² Y esto se debe a que, no obstante se encuentran insertos en la Constitución, no tienen pautas que indiquen el camino que se debe seguir por parte del Estado. Por tanto, el problema se encauza hacia la política, y es en ese cambio donde necesariamente la realización de este tipo de derechos queda condicionada por factores externos, como los de carácter económico. Lo anterior se traduce en la necesidad de hacerse con recursos financieros para que el Estado pueda garantizar que la libertad jurídica sea compatible con la libertad fáctica, de modo que podríamos encontrarnos ante la situación donde el “tribunal constitucional federal tendría que controlar la observancia de estas disposiciones, [y] la política presupuestaria quedaría, en gran medida, en manos del tribunal constitucional, lo que contradiría la Constitución”.³³

³¹ *Idem.*

³² *Ibidem*, p. 75.

³³ *Ibidem*, p. 75.

2.7. LA IGUALDAD

La igualdad y la libertad tienen una relación constante e inmersa hacia el mismo objetivo, la justicia. Rawls sostiene que en una sociedad justa las libertades de igualdad de ciudadanía se encuentran establecidas definitivamente; los derechos asegurados por la justicia no están sujetos a regateos políticos ni al cálculo de intereses sociales”. Del mismo modo, Rawls, apunta que la justicia tiene dos principios:³⁴

Primero: cada persona ha de tener un derecho igual al esquema más extenso de libertades básicas que sea compatible con un esquema semejante de libertades para los demás.

Segundo: las desigualdades sociales y económicas habrán de ser conformadas de modo tal que, al mismo tiempo: a) se espere razonablemente que sean ventajosas para todos y; b) se vinculen a cargos asequibles para todos.

Para Rawls, la presencia de la justicia en una sociedad está determinada por la existencia de un derecho igual, más la presencia de un equilibrio entre el derecho que se ejercita y el menoscabo que puede causar tal ejercicio. Es decir, la regla general es que cada persona tiene igual derecho al esquema más extenso de libertades; no obstante, hay un límite: el derecho de igualdad de libertad de los individuos. Por tanto el derecho del individuo llega hasta donde empieza el de los demás. Esto implica que en una sociedad donde cada sujeto goza de la misma igualdad a la libertad, se puede presenciar que individuos en el ejercicio de su derecho restrinjan el de otro. Por ello, el límite en estas circunstancias sólo lo podrá señalar el Estado.

Es común la existencia de estas situaciones, donde ciertos grupos que han adquirido un poder paralelo al estatal -como los poderes fácticos- impiden que otros individuos ejerciten su libertad de obtener los mismos beneficios que aquellos. Con el argumento de la igualdad jurídica que existe entre las partes, su posibilidad para alcanzar ciertas ventajas se ve restringida al encontrar obstruidos los canales, no

³⁴ Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores, México, FCE, 2ª ed., 4ª reimpr., 1995, p. 67.

por el Estado, sino por la sociedad misma, beneficios que obtendrían si se encontraran en otras circunstancias de igualdad material o fáctica.

A hora bien, el segundo principio consiste en que las desigualdades sociales y económicas deben considerarse y nivelarse de tal modo que se creen ventajas e igualdad de oportunidades para todos, por ejemplo: que los trabajos o cargos estén en circunstancias de ser asequibles a todos, sin importan las condiciones en que se encuentren. Según esta posición, la regla general es el trato igual; sólo en ciertas circunstancias -que son las que marca Rawls-, será admitido dar un trato desigual.

Para el despliegue de esta fórmula de igualdad y desigualdad, este principio no indica que si entre dos personas existen diferencias irrelevantes se les deba dar un tratamiento igual; pero sí exige que si estas personas mantienes diferencias relevantes, el tratamiento jurídico debe de ser distinto.³⁵

La idea anterior lleva a hacer un análisis respecto al trato igual o desigual. ¿Cuál es el punto de partida de un trato desigual? “En primera instancia, partimos de que el mandato de igualdad en la formulación del derecho exige que todos sean tratados igual por el legislador”.³⁶ El legislador, en la génesis del derecho, no puede atender a todas las desigualdades fácticas, pues es imposible abarcar la totalidad; lógicamente, algunas romperían con límites naturales. Entonces, ¿cuál es la fórmula para lograr, en la medida de lo posible, la igualdad sustancial? Otorgar libertad a los iguales, y desigualdad a los que se encuentren en diferente situación.

Para Alexy, la fórmula sólo puede ser viable debido a que

“Como no existe ni igualdad ni una desigualdad en todos los aspectos (igualdad/desigualdad fáctica universal) entre las personas y las situaciones personales y como la igualdad (desigualdad) fáctica parcial en algún respecto no basta como condición de aplicación de la fórmula, ésta puede referirse sólo a una cosa: la igualdad y la desigualdad valorativa. Si ha de ser posible un orden jurídico diferenciado, la igualdad (desigualdad) valorativa tiene que ser relativizada de dos maneras: tiene que ser una igualdad valorativa *relativa a igualdades* (desigualdades) fácticas parciales pues si se agotara en una igualdad sin más de los individuos, no podría influir en absoluto en

³⁵ Carbonell, Miguel, *op. cit.*, p. 176.

³⁶ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 384.

tratos diferenciados. Tiene que ser, además, igualdad valorativa *relativa a determinados tratamientos*, pues si no lo fuera, no podría explicarse por qué dos personas que en un respecto tienen que ser tratadas igualmente no han de ser tratadas igualmente en todos los aspectos.”³⁷

Son notablemente trascendentes las ideas de Alexy, pues ilustran acerca de las complicaciones que existen al tratar de aplicar la fórmula de igualdad para los iguales y desigualdad para los desiguales. Así, plantea como opción la valoración que surgirá de la aplicación del derecho al caso concreto. En efecto, expresa por un lado la importancia del juicio valorativo en el problema de la igualdad material y, por otro, asigna la tarea a un órgano del Estado, el cual deberá considerar la valoración *relativa* de la igualdad material. Entonces, el tribunal constitucional asumirá dicho papel, pues como se expondrá en el capítulo tercero, es él quien debe responder como último intérprete de la ley fundamental.

El mismo autor refiere que para la admisibilidad de las diferenciaciones que se hagan con un trato desigual tiene que haber razón suficiente que las justifique; lo anterior significa que cuando no existe tal razón la igualdad en el tratamiento estará ordenada.³⁸ Esto se justifica porque se parte de un tratamiento igual, no de un tratamiento desigual; por tanto, la carga de la argumentación es para el último, de ello deriva que lo que se tenga que justificar porque sea relevante es el tratamiento desigual.³⁹

Los derechos sociales se configuran como derechos de igualdad, entendida en el sentido de igualdad material o sustancial.⁴⁰ Esto lleva un régimen jurídico diferenciado, donde se atiende a la regla “igualdad a los iguales y desigualdad a los desiguales”, cuyo objeto no es superar la marcada desigualdad fáctica, sino disminuirla. La igualdad jurídica como base de un sistema jurídico es la justificación de los derechos humanos sociales, pues “mientras la igualdad jurídica genera frente

³⁷ *Ibidem*, p. 388.

³⁸ *Ibidem*, p. 395.

³⁹ *Idem*.

⁴⁰ Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad” en Miguel Carbonell *et. al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM-III, 2000, p. 20.

al poder un deber nítido de abstención o no discriminación, la igualdad de hecho genera obligaciones más complejas, de organización, procedimiento y prestación”.⁴¹

Así pues, es posible observar que la igualdad jurídica y la igualdad fáctica responden a diferentes conductas del Estado, porque mientras en la primera hay una abstención del mismo, en la segunda implica un actuar, de modo que las desigualdades que pudieran generarse por la primera sean compensadas por la segunda.

Véase del siguiente modo: hay una situación jurídica determinada donde las partes tienen igualdad formal, son iguales frente a la ley, tienen las mismas condiciones de *iure* para participar. Sin embargo, existen condiciones de hecho –económicas, sociales, etnológicas- que no son iguales. Puede ser el caso que una legislación no considere estas situaciones y, en consecuencia, el individuo que está con aquellas desventajas se verá con efectos y beneficios menores a aquellos que hubiera tenido en caso de contar con mayores recursos. Ante esta situación, ¿qué debe hacer el Estado? Si bien tendría que discriminar en cuanto el trato, debe favorecer a aquellos grupos que están en una evidente desventaja frente a otros. ¿Cómo? Creando las condiciones para tratar de nivelarlos.

Éste principio se vuelve importante en la actualidad, donde en las sociedades industriales los distintos grupos económicos y medios de comunicación impiden que haya movilidad, pues tratan de imponer sus intereses con la clara intención de bloquear el tránsito de los otros grupos por el camino de la participación ciudadana.

Entonces, ¿cuáles son los factores para que exista violación del principio de igualdad formal? ¿Qué condiciones fácticas y en qué términos las tenemos que considerar para completar la igualdad formal con la material? Para llegar a estas respuestas, es indispensable considerar que el “principio de igualdad se traduce en una exigencia de fundamentación racional de los juicios de valor que son inexcusables a la hora de conectar determinada situación de hecho con una consecuencia jurídica”.⁴² Es decir, considerar las situaciones relevantes de hecho

⁴¹ *Ibidem*, p. 28.

⁴² *Ibidem*, p. 34.

de modo que, por la argumentación jurídica, se logre una paridad entre los sujetos. Si se atiende a la génesis de la ley, un control de la actuación del legislativo procedería en dos casos, a saber: cuando estamos en presencia de un tratamiento desigual, sin ninguna razón que lo permita y, cuando exista un tratamiento igual habiendo una razón que lo impida.⁴³

El dilema que se enfrenta es el siguiente: si se justifica que las desigualdades de hecho sean el parámetro para determinar si se elimina o se limita el alcance de las desigualdades jurídicas, el problema que se genera gira entorno de la legitimidad del tribunal constitucional y del factor económico, éste último necesario para la realización de las obligaciones de hacer por parte del Estado para los que están en una posición de marcada desventaja frente a sus semejantes.

2.8. DEBATE DE LAS CORRIENTES INTERPRETATIVA Y NO-INTERPRETATIVA. LA INTERPRETACIÓN DE LOS JUECES Y SUS LÍMITES

Para Carbonell, cuando se interpretan los derechos humanos se deben considerar los siguientes métodos generales de la interpretación jurídica:⁴⁴

Criterio lógico. En este caso, la interpretación debe guardar coherencia normativa. No obstante que las normas tienen cierta coherencia, es importante prever las posibles incongruencias que se presenten; para ello será necesario la utilización de otros medios.

Criterio sistemático. En este método, cuando se interpreta la Constitución la misma debe ser considerada como un todo. Así, se descubrirá el sentido y el alcance del texto en relación con el sentido y alcance del resto del texto constitucional.⁴⁵ Este método es de gran trascendencia en el caso de los derechos humanos de adscripción, en los cuales el tribunal tiene que determinar los alcances de texto normativo de la ley fundamental con base en su totalidad.

⁴³ *Ibidem*, p. 36.

⁴⁴ Carbonell, Miguel, *op. cit*, p. 123.

⁴⁵ *Idem*.

Criterio gramatical o filológico. Se refiere a la interpretación lingüística, la cual no debe entenderse limitada al sentido que se establece en los diccionarios, sino al significado de la cultura y la tradición jurídica. En este caso, es preciso expresar que también las sentencias constituyan precedentes obligatorios⁴⁶.

Criterio histórico. En este criterio se atiende a la voluntad del constituyente. Es decir, la intención que originó el texto normativo, las causas que se presentaron e hicieron necesaria que determinada situación fuese regulada por el derecho.

Como consecuencia de este criterio, surge el argumento de la corriente textualista -o no interpretativa- en virtud del cual se atiende a la voluntad del legislador constituyente para descubrir el alcance de las norma. No obstante, si bien en primera instancia se debe atender a este criterio, también es cierto que en muchas ocasiones tanto el texto normativo -sobre todo el texto constitucional- cuanto la vaguedad de los derechos humanos provocan que no sea asequible, mediante el textualismo, llegar a conocer el sentido de la norma. Por tanto, es indefectible la presencia de otros criterios de interpretación.

Criterio sociológico o teleológico. En este caso, “el intérprete debe considerar siempre que el texto constitucional fue expedido para ser relevante”.⁴⁷ Los derechos humanos contienen a los intereses más importantes de una sociedad; por tanto, deben de ser desplegados en la realidad. Es decir, de poco o nada sirve el establecimiento de derechos humanos de trascendencia si en lo *iure* es un resultado distinto a en lo *facto*.

La constitucionalización del derecho requiere de la “filtración” de los valores que consagra la Ley fundamental por las distintas ramas del derecho. Esto conlleva a la jurisdicción constitucional y sus distintos controles; sin embargo, siempre será importante saber cuál es el límite que tiene el tribunal constitucional de modo que no legisle con su interpretación, excediendo la voluntad del órgano generador de leyes, y no vulnerando la representación popular cuya voz se encuentra en el poder legislativo.

⁴⁶ *Ibidem*, p. 125.

⁴⁷ *Ibidem*, p. 126.

Estas reflexiones remiten al debate suscitado entre distintas corrientes: la corriente interpretativa y no interpretativa. La primera se vierte en el sentido de que no se puede aislar a la ley fundamental de la realidad social, la cual es cambiante; por ello, debe ser interpretada (cuando sea necesario) conforme con los principios y valores imperantes en la actualidad, y de acuerdo con las necesidades de la sociedad toda. La segunda parte de que es necesario respetar la voluntad del constituyente originario, pues su voluntad no puede estar sujeta a interpretaciones que pudieran menoscabar el sentido original, que excedan o disminuyan la voluntad de los constituyentes y, en consecuencia, la del pueblo.

Para la constitucionalización del derecho no se pretende un “textualismo” rígido, sino lo contrario, una libre interpretación del juez⁴⁸ con ciertos límites. Se trata de una especie de teoría ecléctica en la que el juez actúe desde un papel pasivo, no activo; que intervenga cuando haya algo que controlar, y no controlar sin motivo. De este modo se abstraerán derechos que correspondan al espíritu de igualdad y libertad sólo en caso de que la misma ley fundamental no proporcione la respuesta en forma clara, con el objeto de alcanzar una pretensión de justicia, y así no se aislará a la norma suprema de la realidad social contemporánea.

El “textualismo” o corriente de la no interpretación “implica una tesis necesariamente ulterior, según la cual ‘aplicar la Constitución’ significa necesariamente proceder a partir de premisas explícitas o claramente implícitas en el documento mismo”.⁴⁹ Esto no significa una rigidez sobre el texto o lo que “claramente” está implícito, sino que se debe interpretar la Ley fundamental como un todo, como un cuerpo armónico, con apoyo en la historia legislativa que hay detrás del texto normativo.

Señalado lo anterior, en primera instancia resultaría más adecuado apoyarse en el textualismo o no interpretación cuando existe alguna dificultad para desentrañar el sentido de una norma de la Constitución. Sin embargo, la vaguedad de los derechos humanos representa para el juzgador un análisis más profundo, que para efectos de esta investigación sería tratar de lograr que exista una cierta paridad entre la

⁴⁸ Hart Ely, John, *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Colombia, Siglo de Hombre Editores, 1997, p. 19.

⁴⁹ *Ibidem*, p. 30.

igualdad jurídica y la igualdad de facto. Muchas veces, este tipo de interpretación va más allá de la voluntad expresada en el legislador constituyente en el momento de redactar la Constitución; sin embargo, esto se comentará en el capítulo posterior.

Ahora bien, si se parte de la idea que cuando se reconoce una prestación al individuo (en virtud a un derecho social fundamental), el tribunal actúa en forma positiva, se tiene que ese derecho se ha ampliado por el juzgador. Por tanto, el tribunal estaría sustituyendo al legislador al crear el camino por el cual se puede transitar para el reconocimiento de facto de tales derechos. Entonces, ¿cuáles serían las directrices que debiera considerar el tribunal, de modo que no exceda sus facultades y se limite a orientar e interpretar con base al texto, y no propiamente a legislar?

Es necesario recordar el papel que ocupa el tribunal constitucional dentro de la interpretación de los derechos humanos adscritos al texto constitucional, y este papel será decisivo. Los partícipes del textualismo establecen que “ellos [los conservadores] ofrecen una justificación principal para el modelo de decisiones que apoyan: el juez debe interferir con las decisiones del legislativo sólo cuando es necesario proteger los derechos individuales o la estructura de sus principios genuinamente derivados del texto de la Constitución, como interpretarlos a la luz de su historia y tradición”.⁵⁰ Esto es parcialmente cierto, porque si bien el juez no puede desconocer el texto de la Constitución, tampoco puede estar atado a la voluntad de los constituyentes que vivieron otra realidad. Por ello, la opción será atenerse a una interpretación progresista con base en los derechos humanos adscritos en el texto de la Ley fundamental, que si bien resulta con serias complicaciones, tampoco se debe evitar un esfuerzo tendiente a crear una cierta paridad social, y si el camino es la interpretación progresista de la Constitución, vale la pena continuar ese camino.

A hora bien, estos razonamientos acerca de la interpretación constitucional llevan a tener una nueva variante en la interpretación tradicional, pues si bien sigue siendo

⁵⁰ McConnell, Michael W., “Book Review. Active Liberty: A progressive alternative to textualism and originalism of Justice Breyer” en *Harvard Law Review*, 8 (2006), pp. 2387-2388.

utilizada, no siempre responde a las dificultades con las que se enfrenta el juzgador al aplicar el derecho. No se debe olvidar que la interpretación tradicional se desarrolló bajo dos premisas: la primera consistente en que la norma en su texto abstracto debe otorgar la solución para los problemas jurídicos; la segunda consistente en el papel del juez, el cual tendrá que identificar en el ordenamiento jurídico la norma aplicada al caso concreto.⁵¹

Para Barroso, en la evolución del derecho constitucional esta forma de interpretación tradicional dejó de ser satisfactoria. En efecto, en cuanto el papel de la norma, se evidenció que los problemas jurídicos no siempre están en el texto de la Constitución; por tanto, el juez, ya no sólo tendrá que remitirse al texto de la norma, sino deberá tener una participación de complementariedad al trabajo del legislador.⁵² Entonces, continuando con el pensamiento de Hart, es cierto que el juez muchas veces se enfrenta con la situación de que en la norma no están reguladas cuestiones de *iure* que el propio juzgador debe resolver aplicando el derecho. Por tanto, será necesario que su papel se torne en una complementariedad para dirimir los problemas jurídicos mediante las soluciones que no siempre están en el texto abstracto de la norma.

Como corolario de la complementariedad del juez en la actividad del legislador, Barroso señala las distintas categorías con las cuales se enfrenta la nueva interpretación: las cláusulas generales, los principios, las colisiones de las normas constitucionales, la ponderación y la argumentación.⁵³

Si se trata de cláusulas generales o de conceptos jurídicos indeterminados, en este caso la norma en abstracto no contiene todos los elementos necesarios para su aplicación; por tanto, el juez se ve en la necesidad de desentrañarlos con su propia evaluación. ¿Cómo? Por medio de la integración del comando normativo con su

⁵¹ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM-III, 2008, p.12.

⁵² *Ibidem*, p. 13.

⁵³ *Idem*.

propia evaluación.⁵⁴ Es decir, el juez debe formar los elementos para lograr la aplicación.

Los principios, entendidos como “normas que consagran ciertos valores o indican fines públicos que se deben realizar a través de distintos medios”.⁵⁵ En ese sentido, entonces, es necesario determinar su presencia y alcances en las normas, como ponderarlos en caso de ser necesario.

Las colisiones entre normas constitucionales están presentes en nuestra Ley fundamental. En nuestros tiempos es muy evidente, por ejemplo, en los casos de conflicto entre la libertad de expresión de las ideas o la libertad de imprenta consagrados por nuestra Constitución en los artículos 6 y 7, respectivamente, y la privacidad del individuo. En estos casos, el juez deberá preservar los valores en disputa y, de no ser posible, procederá a la elección del derecho que va a prevalecer en el texto completo de la Ley fundamental, donde el concepto clave será la *razonabilidad*.⁵⁶

Por último se tiene la argumentación, de la cual Barroso enumera tres condiciones que debe de estar inmersas a toda interpretación del juez: 1) conducir las decisiones hacia el sentido de la Ley fundamental, 2) utilizar un fundamento jurídico que pueda ser generalizado para los demás casos; es decir, las decisiones del juzgador no pueden quedar aisladas, pues deben de tener una pretensión de universalidad; 3) tomar en cuenta las consecuencias que su decisión traerá en la práctica.⁵⁷

2.9. LEGITIMIDAD DEMOCRÁTICA EN LAS DECISIONES DE LOS JUECES EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Como se estableció en el tema anterior, la interpretación del juez constitucional roza los límites entre las funciones legislativa y judicial. En caso de traspasarlos, asumiendo un papel paternalista de la jurisdicción de la ley fundamental, es

⁵⁴ *Idem*.

⁵⁵ *Ibidem*, p. 14.

⁵⁶ *Ibidem*, pp. 14-16.

⁵⁷ *Ibidem*, p. 16.

impensable no caer en la problemática cuestión del carácter democrático de sus pronunciamientos en el control abstracto de normas.

En efecto, es cierto que para tener un Estado democrático es indefectible mantener un catálogo de derechos humanos en un cuerpo normativo que no pueda ser modificado por la voluntad del legislador, ya que aquél representa la voluntad del pueblo, el espíritu de sus aspiraciones y deseos. A su vez, es necesario tener un control de dicho documento, de la Ley fundamental, para en caso de existir una transgresión a esos derechos humanos el propio Estado active sus mecanismos de defensa mediante uno de sus poderes, y quede restituido el Estado de Derecho.

Así, en primer lugar, se analizarán algunos de los aspectos referentes a la ilegitimidad democrática de los pronunciamientos del tribunal constitucional en el control abstracto de las normas aprobadas por el legislador, para después tratar de hacer una justificación de la jurisdicción constitucional.

Para Habermas, “la lógica de la división de poderes, en términos de teoría del discurso, sugiere configurar autorreflexivamente al poder legislativo, al igual que la justicia, y dotarlo de competencia de autocontrolar su propia actividad”.⁵⁸ Es decir, el control abstracto de normas es inmanente al legislador, y esto es así porque sobre él recae la voluntad racional del pueblo para producir las normas que lo auto determinen. Así, el legislador no dispone de la competencia para comprobar si los tribunales y la jurisdicción constitucional -a la hora de aplicar el derecho al caso concreto, por el cual muchas de las veces hay que interpretar- se sirvieron de la exposición de motivos donde se explicaron las razones para producir la norma que ahora se aplica.⁵⁹

En primera instancia lo anterior suena lógico, porque si el poder judicial tiene un control sobre el legislativo, al ser el último intérprete de la ley fundamental -con la facultad de invalidar sus actos-, el poder legislativo debiera tener la posibilidad de verificar que la voluntad del pueblo que él ejerce, en virtud a la teoría de la

⁵⁸ Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, 4ª ed., 1998, p. 315.

⁵⁹ *Idem*.

representación, fue cabalmente cumplida y no interpretada con visos restrictivos. En el mismo sentido, bajo este razonamiento, podría ser el caso de tener un parlamento progresista al que interesa y considera en su labor legislativa aspectos sociales y de bienestar, y que el tribunal constitucional, suponiendo que es conservador, invalide los actos del legislativo, en virtud de ser “la voz de la Constitución”, por considerarlos contrarios a la Ley fundamental. Entonces, ¿qué control o equilibrio se presentaría para remediar semejante situación?

En estos casos, el juzgador constitucional se encontraría desarrollando una resolución que “pudiera resultar consistente con lo que dijeron [los constituyentes], pero no podría descubrirse en sus discusiones”.⁶⁰ Entonces ya no resultaría congruente la voluntad acuñada por el legislador con la realidad social a la que se enfrenta la ley fundamental, porque aún y cuando se efectuara la tarea interpretativa con fundamento en el todo de la Constitución, resultaría difícil encontrar la regulación de materias como el aborto o el matrimonio de personas del mismo sexo. Por ello, es indefectible la abstracción de los derechos humanos con base en otros derechos del mismo tipo que sí se encuentren insertos en la ley fundamental: la igualdad y la libertad.

Como se asentó antes, el juez constitucional tiene límites. ¿Hasta qué punto el juez deja de juzgar y empieza a legislar? ¿Afecta a la idea de la democracia el que un órgano del Estado modifique, restrinja o amplíe la voluntad de un órgano como el legislativo, cuyo origen se encuentra en la voluntad del pueblo en virtud de la representación?

La jurisdicción de la Constitución se puede ver reflejada en distintos temas: políticas públicas, relaciones entre los poderes, derechos humanos.⁶¹ Paulatinamente la ley fundamental se ha introducido en los tribunales, lo que ha ocasionado la judicialización de la política. Así, se tiene que los métodos de actuación y de argumentación de los órganos judiciales son jurídicos; sin embargo, el tribunal constitucional también puede desempeñar el papel de un poder político.⁶² Ahora

⁶⁰ Sanchís, Prieto, *op. cit.*, p. 32.

⁶¹ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 58.

⁶² *Idem.*

bien, la función del tribunal constitucional viene a ser trascendental en la toma de decisiones de un Estado democrático. No obstante, en ese mismo sentido, la decisión del juez no responde a la voluntad del pueblo que está inserta en la ley aprobada por un órgano que deriva directamente de éste. De esa manera, el control de la constitucionalidad está sujeto a discusiones de este tipo.

Para justificar el control constitucional diferentes pensadores han elaborado una serie de teorías. Entre ellos, una figura prominente es John Hart Ely, quien sostiene que:

“ 1) quienes detentan el poder bloquean los canales de cambio político y se aseguran de permanecer en el poder y excluir a los demás, 2) cuando aunque a nadie se niegue en realidad voz o voto, los representantes comprometidos con un mayoría efectiva sistemáticamente colocan en desventaja a alguna minoría, por simple hostilidad, o por negarse perjudicialmente a reconocer a una comunidad de intereses y, al hacerlo, niegan a la minoría la protección suministrada por un sistema representativo a otros grupos”.⁶³

En este sentido, se aprecia que si bien se pudiera cuestionar la legitimidad democrática de las resoluciones del tribunal en el momento de pronunciarse sobre la constitucionalidad de una ley, también es cierto que con base en lo que afirma J.H. Ely, se busca una mayor democracia mediante la protección a minorías y la apertura de los caminos para su tránsito a una representación real, de modo que se vea reflejado en su *modus vivendi*.

Ahora bien, para llegar a una postura distinta a la consistente en que el funcionamiento constitucional está necesariamente inmerso en las decisiones jurisdiccionales, es preciso analizar las tensiones que pueden ocurrir entre el poder legislativo y el poder judicial, tensiones que no sólo versan en cuanto a la legitimidad democrática de sus pronunciamientos, sino al enfrentamiento que puede ocurrir entre ambos. Si bien, “ambos elementos [el legislador y la justicia constitucional] tienden a operar, en los Estados actuales, como un mismo bloque de poder [...] sin embargo, se admite las fracturas parciales y las contradicciones”.⁶⁴

⁶³ Hart Ely, John, *op. cit.*, p. 130.

⁶⁴ Pisarello, Gerardo, “Los derechos sociales en el constitucionalismo” en Miguel Carbonell *et. al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM-IIIJ, 2000, p. 117.

Si bien lo normal es que tanto los miembros del legislativo cuanto los del judicial pertenezcan a un mismo bloque, las diferencias que puedan surgir entre ellos no están excluidas. El constitucionalismo contemporáneo se caracteriza por la constante pugna entre derecho y política. El control de la constitucionalidad, si bien no ha derivado en conflictos irresolubles entre los distintos órganos, si ha sido el reflejo de las posturas de uno y otro. En teoría, ambos deberían de estar de acuerdo con lo establecido en la Ley fundamental, pero al ser el judicial un órgano especializado en Derecho, la “última voz de la Constitución” recae sobre él. De este modo, “en la medida en que los tribunales constitucionales disponen, en función de su papel de legisladores negativos, ‘del monopolio del rechazo’ de la leyes que reputen inconstitucionales, su actuación se presenta desde un inicio como fuertemente conflictiva”.⁶⁵

⁶⁵ *Idem.*

CAPÍTULO 3

EL NEOCONSTITUCIONALISMO Y LA EFICACIA DE LOS DERECHOS HUMANOS

El Estado Constitucional de Derecho tiene sus orígenes en la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789, cuyo fin giró en torno de dos cuestiones fundamentales: dividir el poder y garantizar los derechos de los individuos frente al Estado. Efectivamente, ante las experiencias anteriores, donde el absolutismo fue sinónimo de abusos y vulneración de derechos, la implantación de un catálogo de normas de máxima jerarquía que fueran protectoras del individuo y que representaran la garantía mínima de protección a su esfera individual se irguió como el punto medular de aquél tipo de Estado e instrumento de reivindicación. El paradigma constitucional tiene una razón de ser: el papel que ocupa la Ley Fundamental ya no sólo como un documento político, sino como una norma y, por tanto, el deber de cumplirla.

El término “Constitución” se utiliza en el lenguaje jurídico y político con una variedad de significados, cada uno de los cuales presenta diversos matices. Los principales significados son: (a) todo ordenamiento político de corte liberal; (b) como el conjunto de normas jurídicas en algún sentido fundamentales que caracterizan e identifican todo ordenamiento; (c) un ordenamiento normativo que tiene ese nombre; (d) un particular texto normativo dotado de ciertas características formales, es decir, de un régimen jurídico peculiar.¹

Asimismo, la ley fundamental es un mecanismo cuya intención va en dirección de disminuir o regular el poder del Estado, de modo que los individuos tengan la garantía de gozar de aquellos beneficios que les otorga vivir en sociedad, mediante el respeto de sus libertades. Se considera que esto debe ser así, pues el primer concepto de Constitución funciona como una herramienta organizativa y estructural,

¹ Guastini, Ricardo, “Sobre el concepto de Constitución” en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007, pp. 15-16.

y no como una protectora y garantista de los abusos del Estado o de la sociedad misma.

Para el Estado de Derecho la ley fundamental representa la base de todo el sistema jurídico, el parámetro en virtud del cual se regula el actuar o no del Estado frente a sus gobernados (tratándose de sus libertades). Aquella ha dejado de ser una invitación para el poder político y se ha convertido en una obligación ineludible, así como una construcción de las aspiraciones del Estado, delimitándole el camino a seguir para lograr el bienestar social.

La ley suprema representa los intereses más importantes derivados del pacto social; por tanto, todos los individuos que componen al mismo están interesados en que aquella se cumpla y se garantice el respeto de la misma. De no ser así, quedaría solamente como una declaración de buenos deseos. De tal modo, era indispensable crear mecanismos de protección que resguardaran su integridad y su cumplimiento cabal. Estos mecanismos de protección no sólo son una exigencia formal derivada de la protesta de los servidores públicos, sino también un mecanismo efectivo.

En el presente capítulo se revisarán distintas ideas y teorías de reconocidos jurisconsultos, que permiten aproximarnos al concepto de Neoconstitucionalismo, de modo tal que se obtenga una comprensión de sus alcances y límites, pero sobre todo, para conocer cuáles son las coincidencias y diferencias entre esta postura teórica -surgida en Europa- y el sistema jurídico mexicano.

3.1. ANTECEDENTES HISTÓRICOS DEL NEOCONSTITUCIONALISMO

Después de la Segunda Guerra Mundial, y una vez presenciadas las atrocidades hechas por distintos países, donde la dignidad humana fue aplastada y degradada por los actos del Estado, Europa se vio en la necesidad, sobre todo Italia y Alemania, de una transformación sustancial. Desde ese momento el medio lo marcaba el derecho y fue así como ambas naciones tuvieron grandes cambios en su derecho constitucional, como expresión de la cohesión social. Entonces, se generó una especie de reconstitucionalización, la cual redefinió el lugar ocupado por la

Constitución y también la influencia del derecho constitucional sobre las instituciones contemporáneas.²

Efectivamente, la exigencia de respeto a los derechos fundamentales establecidos en la Constitución y la positivación de los derechos humanos en los cuerpos normativos de organización del poder pasó a ser la prioridad de todo Estado democrático. El derecho tuvo una aproximación o acercamiento con la democracia. Esta “reconstitucionalización” del derecho se entiende como un nuevo paradigma en el derecho constitucional: el Neoconstitucionalismo (NC), el cual ha tenido un despliegue digno de admirarse en los Estados democráticos.

De esta manera, el NC explica un fenómeno relativamente nuevo dentro del Estado constitucional contemporáneo, en el cual se deben considerar, al menos, tres perspectivas de análisis: un conjunto de textos constitucionales que surgieron luego de la Segunda Guerra Mundial, que contienen normas materiales o sustantivas; prácticas jurisprudenciales donde se ponen en marcha técnicas interpretativas como la ponderación, la proporcionalidad y la razonabilidad; y desarrollos teóricos que parten de textos constitucionales sustantivos.³

A hora bien, siguiendo este hilo conductor, encontramos que esta nueva corriente del paradigma constitucional tuvo su principal referencia en la ley fundamental de Bonn (Constitución Alemana) de 1949, con especial auge en 1951, con la instauración del Tribunal Constitucional Federal. Como otro antecedente se puede mencionar la Constitución italiana de 1947 y el posterior surgimiento de su corte constitucional en 1956. Por último, se tuvo la constitucionalización española y portuguesa en 1978 y 1976, respectivamente.

Cabe destacar que el nacimiento de la corriente de pensamiento neoconstitucionalista se presentó en países que anteriormente tuvieron sistemas políticos totalitarios, donde existió una vulneración escandalosa de los derechos fundamentales de los individuos. Por tanto, fue necesaria una nueva concepción del

² Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM-III, 2008, p. 2.

³ Carbonell, Miguel, “El neoconstitucionalismo en su laberinto” en Miguel Carbonell (comp.), *op. cit.*, pp. 9-11.

derecho fundamental, la cual implicó una simbiosis de las ideas de constitucionales con los ideales democráticos.

A hora bien, los elementos para determinar el desarrollo de este nuevo constitucionalismo son distintos. Para Barroso, los factores fueron tres:⁴

- La fuerza normativa de la Constitución. El cambio del *status* de la ley fundamental, a lo largo del siglo xx, mediante el cual dejó de ser un documento político, fue la gran transición que determinó el nacimiento de este nuevo constitucionalismo. En efecto, a la norma suprema se le invistió de eficacia plena,⁵ de vinculación para todos los órganos del Estado.
- La expansión de la jurisdicción constitucional. Para esto fue determinante el factor anterior, es decir, una vez consagrada la supremacía de la Constitución de los órdenes jurídicos de los Estados democráticos, se generó la constitucionalización de los derechos fundamentales, dejándolos ajenos al proceso político mayoritario.⁶ Es decir, la positivización de los intereses más importantes para una comunidad no podían ser modificados por la voluntad de la mayoría imperante; por tanto, la guarda y la última voz de la ley fundamental, a través del control de la constitucionalidad, fueron encomendadas al poder judicial.
- La nueva interpretación judicial. Este caso derivó del desarrollo y sistematización de un conjunto específico de principios aplicables a la interpretación judicial, los cuales consisten en presupuestos lógicos, metodológicos y finalísticos de la aplicación de las normas constitucionales.⁷

El último factor, la interpretación judicial de la ley fundamental, ha sido el más novedoso, pues si bien la supremacía constitucional y de expansión de la jurisdicción constitucional son puntos trascendentales, ha sido aquella la que ha tenido mayores transformaciones en los últimos años.

⁴ Barroso, Luis Roberto, *op. cit.*, p. 6.

⁵ *Ibidem*, p. 7.

⁶ *Ibidem*, p. 8.

⁷ *Ibidem*, p. 10

Como corolario de lo anterior se pueden apreciar nuevas situaciones en el momento en que los tribunales constitucionales establecen jurisprudencia, en donde los jueces tienen que ponderar entre dos o más derechos fundamentales para tratar de dirimir una controversia, de modo que utilizan presupuestos lógicos, metodológicos y finalísticos de la aplicación de las normas constitucionales.

3.2. ANÁLISIS DEL NUEVO POSTPOSITIVISMO. RONALD DWORKIN Y LA CONEXIÓN ENTRE DERECHO Y MORAL EN EL ESTADO DE DERECHO CONSTITUCIONAL

En primer lugar se examina a Ronald Dworkin, uno de los personajes más importantes -junto a John Rawls- dentro de la filosofía jurídica y política en el pensamiento anglosajón. La teoría de Dworkin acerca del derecho y la justicia no es sencillo de sintetizar ni de analizar, pues no se le puede catalogar como representante de una ideología en concreto. No obstante, su postura se caracteriza por tres rasgos distintivos: (1) es antipositivista; (2) es un crítico del utilitarismo de Bentham y Austin; (3) es un defensor de la teoría liberal del conservadurismo.⁸

La teoría jurídica del profesor de Oxford reconoce que el Derecho puede ser entendido en tres maneras distintas: (a) primero, como un tipo distinto y complejo de instituciones sociales; (b) segundo, como distintos tipos de reglas o normas con un origen especial; (c) tercero, como una fuente peculiar de la que surgen determinados derechos, deberes, poderes y relaciones interpersonales.⁹

Para este análisis, la tercera forma de entender al derecho es la más relevante. En ella, Dworkin sostiene que los juristas, cuando resuelven o deciden los casos particulares, utilizan normas, directrices y principios. De esta manera emprende el primer ataque contra el positivismo, pues considera que dicha filosofía reduce el derecho –estrictamente- al conjunto de normas vigentes en una comunidad, con el objetivo de determinar cuáles conductas serán sancionadas por los poderes

⁸ Saldaña, Javier, "Derechos morales o derechos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin" en *Boletín de Derecho Comparado*, 90 (1997), pp. 1213-1214.

⁹ *Ibidem*, p. 1214. *Cf.* con Dworkin, Ronald (comp.), *The philosophy of law*, trad. de J. Sáinz de los Terreros, México, FCE, 1980, pp. 8-14.

públicos.¹⁰

Ahora bien, en su elaboración teórica, Dworkin distingue entre normas, directrices y principios. Define a la directriz como "el tipo de estándar que propone un objetivo que ha de ser alcanzado; generalmente, una mejora en algún rasgo económico, político o social de la comunidad". El principio es "un estándar que ha de ser observado, no porque favorezca o asegure una situación económica, política o social que se considera deseable, sino porque es una exigencia de justicia, de equidad o alguna otra dimensión de la moralidad".¹¹

De esta manera, se desprende claramente que esta teoría acepta una íntima relación entre el derecho y la moral, rechazando la pretensión del positivismo sobre la separación tajante entre estos dos órdenes, pues "una concepción del derecho que niegue la separación absoluta entre el derecho y la moral, y que no acuda a principios de justicia material preestablecidos -como lo hacía el viejo iusnaturalismo- es una doctrina peligrosa. Y es peligrosa porque en la práctica jurídica de los tribunales, la distinción entre el derecho y la moral no es tan clara como lo sostienen los positivistas".¹²

Un postulado importante dentro de la teoría de Dworkin es la distinción entre principios jurídicos y normas (o reglas) jurídicas: las normas se caracterizan porque son dadas; una vez que eso sucede, la respuesta que éstas proporcionan tendrá que ser necesariamente aceptada. Los principios son elementos que deben tomarse en cuenta; si resultan relevantes, entonces servirán para indicar la dirección en que un conflicto deberá ser resuelto.¹³

De esta manera, los principios siempre harán referencia a la justicia y a la equidad. Las normas, por su parte, se aplican o no se aplican; los principios, en cambio, proporcionan al juzgador razones "morales" para decidir de una forma u otra. Así, la labor del juez no se limita a aplicar de manera literal el texto normativo, pues el juzgador puede –inclusive- desprenderse de dicha norma y utilizar en sus

¹⁰ Saldaña, Javier, *op. cit.*, p. 15.

¹¹ Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, trad. de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1989, p. 72.

¹² Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin" en *Taking rights seriously*, *op. cit.*, pp. 8-11.

¹³ Saldaña, Javier, *op. cit.*, p. 16.

argumentos algún principio que considere relevante. Estos principios son específicamente de tipo moral. En consecuencia, en la concepción de Dworkin, el razonamiento jurídico depende del razonamiento moral, pues los principios morales juegan un papel fundamental en el razonamiento jurídico, sobre todo en los casos difíciles. Por tanto, la tesis central del positivismo resulta falsa, pues no se puede aislar el razonamiento jurídico del moral.¹⁴

3.3. EVOLUCIÓN DEL ESTADO DE DERECHO AL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO. LAS IDEAS DE LUIGI FERRAJOLI

Para Ferrajoli, el paradigma del Estado Constitucional ha sido consecuencia de la evolución del Derecho en el tiempo, y lo explica en tres momentos:¹⁵

Primero, se inicia un estado premoderno que él denomina “paleojurídico”, donde distintos cuerpos -como el monarca, la iglesia, los juzgadores- expiden normas. Esta normatividad, que es creada por varios órganos, no puede ser considerada como derecho, ya que una característica relevante para lo jurídico es la aparición del Estado.

El segundo momento, denominado Estado legislativo o legal, donde existe ya un monopolio en la acción creadora de normas, el cual le corresponde al Estado a través del poder legislativo. En este paradigma lo relevante es la forma, es decir, quién expide el derecho (qué órgano) y cuál es el procedimiento que sigue para el mismo.

Por último, un tercer momento, que constituye un nuevo paradigma: el estado constitucional de derecho, caracterizado por la presencia de derechos fundamentales que limitan la actuación del legislador y, además, su jurisdicción garantizada por el poder judicial.

¹⁴ *Ibidem*, pp. 16-17.

¹⁵ *Confr.* Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho” en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2009, p. 212.

La premisa parte de la idea de que existen derechos que giran en torno de la dignidad humana, y que sostienen el sistema jurídico de un Estado. Este tipo de derechos deben abstraerse de la ley fundamental para dar cumplimiento al Estado de derecho y, al mismo tiempo, todos los cuerpos normativos derivados de la misma deben transmitir esta clase derechos consagrados por la cúspide de las normas.

Ahora bien, los valores en una sociedad se pueden modificar, pero los relativos a protección de la dignidad humana son inmutables. Es en este punto donde encontramos el primer desacuerdo entre el derecho positivo y el natural, *nomos* y *physis*.

3.4. CARACTERÍSTICAS DE NEOCONSTITUCIONALISMO. ROBERT ALEXY Y LOS DERECHOS HUMANOS

Para el autor de *Teoría de los Derechos Fundamentales*, el papel de los Derechos Humanos en el Estado Constitucional de Derecho es trascendental. En efecto, son dos las características que determinan la existencia del Neoconstitucionalismo: (a) el control de la constitucionalidad; (b) la existencia de un catálogo de derechos básicos en la ley suprema. Es decir, si no existen aquellas, no se puede considerar que un Estado sea neo constitucional.

El papel de los derechos humanos es relevante e indispensable en lo que se considera como Estado democrático de derecho, el cual surgió en Europa occidental y hoy se ha expandido a países como el nuestro. Para Alexy, el Estado Constitucional moderno se caracteriza por los siguientes principios fundamentales:¹⁶ la dignidad, la libertad, la igualdad, con ciertas similitudes a los pregonados por la Revolución francesa, y los principios referentes a la estructura y a los fines del Estado de derecho democrático y social. Estos cinco postulados que destaca Alexy, si bien son referentes al Estado alemán, tienen similitud con el mexicano, y con la mayoría de las constituciones modernas.

¹⁶ Alexy, Robert, "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional" en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 32.

Ahora bien, la relevancia de estos principios para el autor de *Teoría de la Argumentación Jurídica* es que, si bien son indispensables para el modelo de Estado Constitucional, existe una tensión entre los derechos humanos y la estructura del Estado, en virtud de las características de los primeros, que se analizan a continuación. Para el profesor de la Universidad de Kiel, los derechos humanos tienen los siguientes rasgos en el sistema jurídico alemán:¹⁷

- a) Máximo rango. Esta propiedad deriva de que el catálogo de los derechos básicos del ser humano se encuentra en la norma de mayor jerarquía, la Constitución política, y es una consecuencia del principio *lex superior derogat legi inferiori*. De forma análoga a lo expresado en la Constitución alemana, el artículo 133 de la norma suprema mexicana la establece como la ley de mayor jerarquía.¹⁸
- b) Máxima fuerza jurídica. Como señala Alexy, la primera característica se complementa con esta segunda.¹⁹ Efectivamente, de poco serviría que los derechos humanos estuvieran acuñados en la norma constitucional, si sólo fueran vistos como buenos deseos. Esto es, aquellos son vinculantes para los poderes legislativo, ejecutivo y judicial. Y esto se destaca más tratándose del primero y el tercero de los poderes. En cuanto al legislativo, se parte de que la ley fundamental es superior incluso a la voluntad del poder constituyente permanente, es decir, el sistema jurídico se vuelve de normas, y no de hombres. En relación con el poder judicial, el control de la constitucionalidad es una característica fundamental del Estado Constitucional de Derecho, y esto se obtiene mediante el control de la Suprema Corte de la Nación para determinar si los actos de los otros poderes son conformes con la ley suprema.
- c) Máxima importancia de objeto. El máximo rango y la máxima fuerza jurídica significarían poco si los derechos fundamentales regularan

¹⁷ *Idem*.

¹⁸ Con la reformas de junio de 2011 en materia de derechos humanos, la Constitución, junto con los Tratados Internacionales en la referida materia, guardan una misma jerarquía y son complementarios, atendiendo a l principio *pro homine o pro personae*.

¹⁹ Alexy, Robert, *op. cit.*, p. 32.

cuestiones específicas sin importancia y, en efecto, son el catálogo de derechos más básicos para una sociedad. Resulta ilustrador revisar los primeros artículos de la Constitución política mexicana para constatar la protección de derechos fundamentales como la vida, la libertad, la salud, la igualdad, el derecho a la familia, a la vivienda, a un medio ambiente sano, de expresión de ideas, etc. Son estos derechos los que hacen al ser humano lo que es.

- d) Máximo grado de indeterminación. Una propiedad del lenguaje utilizado en el texto constitucional es la ambigüedad, máxime tratándose de los derechos humanos. Existen conceptos esencialmente controvertidos como libertad, justicia, democracia, etc., que ocasionan un debate semántico para determinar cuál es el más adecuado. La tesis que se propone, por tanto, consiste en que la interpretación o asignación de significado correcta es el producto de la mejor teoría acerca del concepto interpretativo. Es decir, a través de una competencia argumentativa, aquella que tenga mejor contruidos los argumentos acerca del significado será la que aplicaremos. Así, se admite el error y se cede a mejores argumentos. Existe, pues, una actitud interpretativa.

3.5. CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE LA DEMOCRACIA EN LOS ESTADOS MODERNOS

La constitucionalización del derecho implica la jurisdicción constitucional; por tanto, el control de la constitucionalidad. Por ello, la presencia de la garantía constitucional es imprescindible en el Estado de derecho.²⁰ El Estado constitucional es por principio Estado de derecho, lo que lleva –necesariamente- a la juridificación de la Democracia y por ello la necesidad de concebir jurídicamente a la soberanía.²¹ Es decir, dejar de tener a la soberanía como una idea, y concebirla en lo jurídico, haciéndola efectiva mediante mecanismos jurídicos.

²⁰ Se atiende a la clasificación de Héctor Fix-Zamudio vista en el tema relativo a la defensa de la Constitución.

²¹ Aragón, Manuel, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM-III, 2002, pp. 14-15.

La soberanía pasa a ocupar un papel importantísimo para el Estado constitucional, pues será a través de aquella por la que la Constitución adquiera el carácter de norma suprema para un determinado sistema jurídico. Ésta servirá de control al poder, de modo que el poder político del Estado esté limitado, y de la misma manera, los poderes fácticos. Así, no se menoscaba la esfera jurídica de los individuos o minorías.

Entonces, ¿cómo pueden protegerse los derechos de los individuos y las minorías, frente a los embates de la mayoría, si la esencia de todo sistema democrático consiste en que las decisiones se toman por la primera? Para plantear esta respuesta se tiene que partir de dos cuestiones derivadas del concepto de “coto vedado”,²² idea que consiste en crear restricciones que impone la misma ley fundamental:

En primer lugar, “coto vedado” se puede referir a un catálogo de derechos que no permiten los cambios por parte del constituyente, sólo con ciertas modalidades, que pueden ir del más estricto procedimiento que casi hace inasequible la reforma por parte de la voluntad política, hasta medios más flexibles que permiten la modificación cumpliendo con ciertos requisitos.

Luego se tiene la juridificación de la ley fundamental, la cual consiste en la presencia de mecanismos de control jurisdiccional de constitucionalidad de la legislación ordinaria.²³ Como se ve, la noción de “coto vedado” conlleva la necesidad de determinar qué tan rígido e inamovible se pretende volver a un constitucionalismo.

Lo anterior remite a la cuenta pendiente que el constitucionalismo tiene con la llamada “objeción contramayoritaria”;²⁴ la cual puede ser entendida desde dos perspectivas: a) la encaminada a la primacía constitucional, ya que si la mayoría, en virtud de la democracia, toma las decisiones, implicará restricciones que la misma mayoría se impondrá; b) la consistente en que el control de la constitucionalidad puede ser antidemocrático, es decir, la legitimidad con la que

²² Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución”, en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, op. cit., p. 212.

²³ *Idem*.

²⁴ *Ibidem*, p. 214.

cuentan los jueces -que anulan leyes del legislativo- al no haber sido elegidos mediante la voluntad del pueblo.

Cabe mencionar que el constitucionalismo opone una serie de réplicas a la “objeción contramayoritaria”. La primera se relaciona con la objeción relativa al límite de la mayoría, pues suele sostenerse que todo depende de lo que se entiende por democracia, ya que si se le concibe como la mera regla de la decisión de la mayoría se estaría recortando el concepto. Por ello, es pertinente adoptar un entendimiento más amplio en el sentido de considerarlo como “lo que decida la mayoría siempre que no vulnere los derechos básicos”. Entonces, si se atiende a esta réplica, no sólo no habría un conflicto esencial entre democracia y constitucionalismo, sino que éste viene a ser la forma institucional genuina de los auténticos sistemas democráticos.²⁵ El constitucionalismo, de esta manera, estaría llamado a contener la tendencia de la democracia a degenerar en demagogia, y a establecer un punto firme para el desarrollo racional de la sociedad actual.²⁶

La segunda réplica del constitucionalismo frente a la objeción mayoritaria es en el sentido de que los jueces constitucionales no colocan su criterio por encima del poder legislativo, sino que se limitan a hacer valer la voluntad democrática del constituyente, esto es, efectúan una interpretación constructiva del constituyente permanente.²⁷

Las réplicas del constitucionalismo no son suficientes para desvirtuar, o al menos amortiguar, las críticas elaboradas por la objeción de la mayoría, sino que confirman -de cierto modo- lo expresado en aquellas. Si bien la primera resulta justificada, en el sentido de entender a la democracia más allá de la decisión de la mayoría, también es cierto que la segunda de las críticas (el control jurisdiccional) está distante de justificarse porque, como se entiende, las decisiones de los jueces constitucionales no sólo interpretan la voluntad del constituyente, en virtud del texto

²⁵ *Idem.*

²⁶ Zagrebelsky, Gustavo, “Jueces constitucionales” en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, *op. cit.*, p. 99.

²⁷ Bayón, Juan Carlos, “Derechos, democracia y Constitución” en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, *op. cit.*, p. 215.

de la ley fundamental, sino que tienen que completar el trabajo del legislador, sobre todo tratándose de la interpretación de los Derechos Humanos. Inclusive, en muchas ocasiones le da el sentido que quiere a las normas, el cual puede ser progresista o conservador, beneficiar a las minorías y al individuo, o perjudicarlos.

Entonces, ¿cuál es la justificación y cómo encontraremos los límites para la actividad jurisdiccional constitucional? Efectuar un análisis con el objeto de llegar a la solución de estos problemas, necesariamente, llevará a buscar el punto de equilibrio entre el constitucionalismo y la democracia.

Ahora bien, si se parte de que en una democracia la voluntad que impera es la de la mayoría, y que la tendencia natural de la última es oprimir a la minoría, entonces, a partir de ese momento se concibe el constitucionalismo como el remedio necesario para conjurar ese peligro, “puesto que consiste en la imposición a un procedimiento (la regla de la mayoría) de límites sustantivos últimos (los derechos básicos)”.²⁸ Ésta es la explicación del constitucionalismo convencional para justificar su utilidad y vínculo en una democracia: los derechos básicos intangibles y la juridificación de la ley fundamental. Sin embargo, como se mencionó arriba, está sujeta a críticas, pues es indispensable determinar antes qué es lo que las mayorías no podrán decidir, y después establecer los límites sobre los que habrá que abstenerse de traspasarlos.²⁹ Se vuelve –entonces- necesario señalar los límites y los máximos de los Derechos Humanos.

3.6. EL PARADIGMA CONSTITUCIONAL. LA RELACIÓN ENTRE EL IUSPOSITIVISMO Y EL NEOCONSTITUCIONALISMO

Hasta la primera mitad del siglo XX la teoría iuspositivista tuvo un auge e impulso muy grandes; en las escuelas de Derecho el carácter científico-jurídico sólo podía ser concebido desde esta perspectiva. Sin embargo, al derecho natural no se le reconocía ningún carácter científico, y debía de eliminarse si el trabajo quería tener cientificidad.

²⁸ *Ibidem*, p. 216.

²⁹ *Ibidem*, p. 217.

Ahora bien, cuando la actuación del poder político se basó exclusivamente en la ley, el Estado cometió graves violaciones a los derechos básicos de los individuos. Regímenes autoritarios, en nombre de la norma jurídica, trataron de sostenerse arguyendo la legalidad de sus actos. En los tiempos de la posguerra las posiciones se invirtieron y el derecho natural tuvo una especie de resurgimiento, fue sacado del “ostracismo” en que el científico-jurídico lo había guardado, pero con un matiz radicalmente distinto al que se había dado en la antigüedad: la racionalidad.

El Derecho fue entonces visto desde otra perspectiva, ya no sólo desde las dimensiones jurídica y social, sino también desde la axiológica. Ahora, en tiempos de grandes cambios, se tiene que el fenómeno jurídico es complejo y se encuentra compuesto de tres vertientes, a saber: la social, la jurídica y la axiológica, de modo que puede ser estudiado *prima facie* desde las corrientes iusnaturalista y iuspositivista, sin excluir las novedosas y distintas variantes que han emergido, como el iusnaturalismo racional, el iuspositivismo incluyente, o el constructivismo ético, por mencionar algunas.

El presente tema pretende estudiar una corriente que guarda cierta relación con las tres, sin querer tomar partido respecto de una: la corriente neoconstitucionalista. La vertiente del paradigma constitucional o, como también se le denomina, neoconstitucionalismo (no obstante, se cuestiona lo relativo a lo verdaderamente novedoso de la misma, ya que los principios que ésta ostenta son los mismos que el constitucionalismo tuvo antes, pero desde un enfoque distinto), surgió en primera instancia en Europa, como una respuesta a las atrocidades presenciadas durante la Segunda Guerra Mundial, en específico en países como Alemania e Italia, donde la vulneración de los derechos fundamentales aplastó y laceró la dignidad humana. Después, en virtud de los efectos que se tuvieron en los tribunales constitucionales de aquellos países, y como resultado de la constitucionalización del derecho, emergió en otros como España y Portugal.

De este modo, a partir de la posguerra se ha propiciado el desarrollo de sus elementos como el control de la constitucionalidad o los derechos fundamentales

como parámetros de la actuación del poder político y, por consiguiente, del papel del tribunal constitucional para establecer pautas en el Estado de derecho.

No obstante los postulados benéficos del paradigma constitucional para la teoría del derecho y la política, esta nueva forma de mirar el constitucionalismo tiene ciertos problemas en el momento de llevarse en la práctica. Esto es así en virtud de muchas cuestiones: el principio de la contramayoría, por un lado, en virtud del cual se cuestiona si es democrático que un acto derivado de un órgano que fue elegido democráticamente, quede invalidado por otro acto creado por un ente que no ha sido elegido por el pueblo (el tribunal constitucional), sino integrado por las decisiones de otros órganos constituidos. Luego, la cuestión consistente en determinar cuál es el fundamento para que en una democracia la mayoría no tenga la facultad de modificar la ley suprema en lo referente a los derechos básicos o fundamentales, sino que quedan restringidos e inmodificables para el constituyente y en consecuencia, para sus representados.³⁰

Como se aprecia, el constitucionalismo presenta ciertos dilemas, una especie de deudas que no ha podido saldar en lo absoluto. Referente al segundo de los problemas, esto es, cuál es ese contenido que guardan los derechos fundamentales para que no puedan ser modificados por la voluntad de la mayoría, tiene una respuesta que cae en un principio de orden moral.

Efectivamente, la intención de hacer un análisis crítico surge de la necesidad de distinguir entre un punto de partida y sus límites, las particularidades y sus obstáculos, pero lo más importante, entender la forma en que el neoconstitucionalismo concibe el derecho.

Ahora bien, como punto de partida, es necesario ubicar al neoconstitucionalismo: para Mauro Barberis esta corriente de pensamiento “se sitúa más allá del positivismo jurídico y el lusnaturalismo”,³¹ es decir, no puede incrustarse en alguna

³⁰ Por ejemplo, se puede señalar al artículo 79.3 de la ley fundamental alemana de 1949, que establece la inmodificabilidad del catálogo de derechos básicos o fundamentales, como una reacción a los abusos cometidos por el Estado hitleriano.

³¹ Barberis, Mauro, *Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*, Madrid, Trotta, 2009, p. 259.

de estas corrientes, sino que tiene algo de ambas, siempre considerando la bifurcación del camino en la moral. En efecto, el punto de contacto con la moral presentes entre iuspositivismo y iusnaturalismo, así como los matices que existen, son determinantes para ubicar al neoconstitucionalismo en la sociedad contemporánea.³²

Para Kelsen, el derecho queda también delimitado por otras normas, que no son jurídicas pero que regulan el comportamiento recíproco de los hombres, por tanto, serán también estas este tipo normas, sociales.³³ De lo anterior se infiere que existen otras reglas de conducta que regulan el comportamiento de los individuos en la sociedad. Así, encontraremos que tanto existen las normas jurídicas, cuanto también las hay de otro orden, el orden moral. Sin embargo, las diferencias que existen entre ambas son suficientes para marcar dos sistemas distintos. Entonces, ¿cuál es la relación o punto de contacto entre moral y derecho? Kelsen contestaría que “en tanto la justicia es una exigencia de la moral, la relación entre moral y derecho queda comprendida en la relación entre justicia y derecho.³⁴ De modo que ese punto de conexión es una idea abstracta, la justicia.

Para el iuspositivismo no es necesario el punto de contacto entre la moral y el derecho; para el iusnaturalismo y neoconstitucionalismo, sí. No obstante, éste último presenta matices que lo diferencian del segundo. Los cuestionamientos acerca de que el derecho debe de ser justo o no, según Kelsen, pone en peligro la pureza metódica de la Ciencia Jurídica, ya que no se respetan las vallas que separan el valor moral y el de derecho; por tanto, no se distingue entre el derecho y la moral”.³⁵

Asentado lo anterior, es pertinente establecer la relación que existe entre el derecho constitucional y la moral. Nino sostiene que “las acciones y decisiones, como aquellas que se toman respecto de los problemas constitucionales, no pueden ser justificadas sobre la base de normas positivas tales como la constitución histórica,

³² Algunos teóricos consideran al neoconstitucionalismo como una especie de *iusnaturalismo*, en J. J. Moreso, “Acerca del neoconstitucionalismo” en su libro *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009, p. 224.

³³ Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 11ª ed., 2000, p. 72.

³⁴ *Idem*.

³⁵ *Idem*.

sino sobre la base de razones autónomas, que son, a fin de cuentas, principios morales.”³⁶ Aquí es donde se trasluce el pensamiento del destacado autor argentino en lo que él denomina “teorema fundamental de la teoría jurídica”, en cuanto a que el derecho sólo puede justificarse si está apoyado en principios morales; por tanto, el contenido del derecho constitucional es respaldado por un carácter moral. Es decir, aquellos problemas constitucionales no pueden ser considerados sólo respecto a un problema del iuspositivismo, sino va más allá, y esto es así porque la ley fundamental tiene una base, un fundamento y punto de partida, y éste lo podemos encontrar en los principios morales.

Lo anterior se puede ejemplificar de la siguiente manera; según el pensamiento de Nino, si existiera una norma ordinaria que derivara de la Constitución, y la primera fuera contraria a lo establecido por la segunda, no sólo sería inconstitucional desde la perspectiva del derecho positivo, en el sentido de que al ser la norma superior y dentro de un sistema jurídico, todas las demás normas deben de estar acorde con la norma hipotética fundamental, la Constitución, sino que debe ser considerada la inconstitucionalidad de la norma ordinaria en otro sentido, y éste consiste en que la Constitución en los Estados democráticos de derechos, además de contener un conjunto de atribuciones para los órganos componentes del Estado, también acuña un catálogo de derechos fundamentales o derechos básicos que expresan una serie de valores y principios morales. Por tanto, la transgresión de una norma de menor jerarquía no sólo atentaría contra el principio de supremacía constitucional, sino contra las aspiraciones democráticas de un Estado.

En el pensamiento de Nino, los principios incrustados en los derechos fundamentales “son considerados la base última de la justificación en el razonamiento práctico, a la luz de los cuales la constitución histórica es o no es legitimada”.³⁷ Entonces, los principios adscritos en los derechos fundamentales, que en nuestra Constitución representan las garantías individuales, son los elementos de legitimación de la carta suprema.

³⁶ Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. Roberto P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1ª reimp., 2003, p. 70.

³⁷ *Idem.*

El paradigma constitucional, también denominado neoconstitucionalismo, tiene una aproximación con la idea de democracia, pero no sólo entendida como las creencias que la comunidad posea acerca de aquello que justifica moralmente un régimen político, sino en qué es lo que realmente hace que éste se encuentre moralmente justificado.³⁸ La idea de Nino es muy importante, pues no sólo esboza la justificación de las normas jurídicas por virtud de las cuales se organiza un Estado, y por supuesto, el contenido moral de aquellas, lo que genera la dominación del pueblo hacia el Estado, es decir, que se justifique la coacción de las normas; sino le interesa determinar porqué estas normas están respaldadas moralmente. ¿Cuál es el contenido? ¿Cuál la esencia de esas normas? Nino respondería a estas preguntas en sentido de que los derechos constitucionales son “en última instancia derechos morales, ya que derivan de principios que tienen las propiedades de autonomía, finalidad, supervivencia, publicidad, universalidad y generalidad”,³⁹ es decir, el contenido y esencia de radica en que contengan estas características.

Ahora bien, para Robert Alexy el Estado constitucional democrático de derecho se caracteriza por algunos principios fundamentales: los principios fundamentales de la dignidad humana, el principio de libertad, el principio relativo a la estructura, los fines del Estado democrático de derecho, los fines del Estado social.⁴⁰

Como se observa, al establecer estos principios, Alexy necesariamente crea una especie de trinidad entre el derecho constitucional, su conexión con la democracia y con los derechos fundamentales. Estos últimos nos remiten a valores y principios de carácter moral, los cuales, abstrayéndolos de Alexy, determinan el funcionamiento del Estado constitucional democrático.

Ahora bien, respecto del primer fundamento señalado por Alexy, la dignidad humana, es un postulado que se ha desarrollado y en virtud del cual se han estructurado los derechos básicos que el individuo hace valer frente al Estado y frente a la sociedad, y esto es así porque al Estado se le pueden oponer una serie

³⁸ *Ibidem*, p. 22.

³⁹ *Ibidem*, p. 73.

⁴⁰ Alexy, Robert, *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2009, p. 259.

de derechos reaccionales o de defensa. En tanto, en la sociedad existen derechos fundamentales sociales o prestacionales, los cuales, a diferencia de los de defensa, son aquellos derechos que reflejan un cambio del paradigma liberal al social; una especie de paternalismo por parte del Estado para con los grupos menos favorecidos o minorías, generalmente como respuesta a las desigualdades económicas generalizadas en la sociedad, o como los define Alexy, “aquellos derechos a prestaciones en sentido estricto son derechos del individuo frente al Estado a algo que -si el individuo poseyera los medios suficientes y si encontrase en el mercado una oferta suficiente- podría obtenerlo también de particulares”.⁴¹

Si el eje rector del derecho es la dignidad, entonces -de cierto modo- crea una interdependencia del primero respecto de la segunda; es decir, “para quienes se adhieren al iuspositivismo metodológico [...] el Derecho no podría proporcionar justificaciones autónomas para actuar, ni si quiera justificar su propia obligatoriedad: la única justificación de la obligatoriedad del derecho se debe a la moral.”⁴² La obligatoriedad del Derecho y por tanto, su cumplimiento, está condicionada al contenido del mismo; así, si éste tiene una regulación tendiente a la protección de la dignidad humana tendrá un carácter moral y por tanto estará dotado de obligatoriedad. Por consiguiente, el cumplimiento del derecho tiene una justificación racional y moral, es decir “el razonamiento jurídico, no sólo sería un caso especial de razonamiento *práctico*, sino también, más específicamente, del razonamiento de la moral”.⁴³

Los positivistas contemporáneos, como Hart, “han acabado adhiriéndose a lo que ahora se le denomina iuspositivismo débil o inclusivo (*soft o inclusive positivism*). Este iuspositivismo inclusivo debilita la tesis: la moral, a pesar de ser diferente o distinguible frente al Derecho positivo, podría ser contingentemente incluida.⁴⁴ Y efectivamente, el iuspositivismo inclusivo podría remitir a valores morales, pero siempre distinguiendo entre la moral y derecho, y sólo en aquellos casos

⁴¹ *Idem*.

⁴² Barberis, Mauro, *op. cit.*, p. 265.

⁴³ *Idem*.

⁴⁴ *Ibidem*, p. 262.

imprevistos, que en el mismo derecho positivo no se encuentre respuesta en los valores jurídicos y sean por tanto indispensable recurrir a los morales. Esto es pertinente porque el nuevo constitucionalismo responde a este iuspositivismo débil o incluso en ciertos casos, pero en otros, como la universalidad de los derechos fundamentales, encontraremos la crítica del neoconstitucionalismo de Nino, y ésta se centra no en distinguir entre moral y derecho, sino establecer la primacía de la moral sobre el Derecho, y en no considerar la relatividad de la primera.

Ahora bien, como el “talón de Aquiles” de la corriente del neoconstitucionalismo, encontramos la crítica que gira en torno de él en el sentido de establecer la primacía de la moral sobre el Derecho: el iuspositivismo, y su máximo representante, a Hans Kelsen, cuyo objetivo fue formar un estudio del derecho separando todos aquellos elementos ajenos al mismo, entre ellos la moral, y como máxima expresión de su pensamiento relacionado con esto, en su obra *La Teoría Pura del Derecho*.

Para Kelsen, la distinción entre moral y derecho suele ser clara, no obstante que también existen ciertas similitudes que por ningún motivo indican que sean lo mismo, y esto es así, pues las diferencias que muchas veces suelen argumentarse entre aquél y aquella no corresponden a las que realmente son. Como ejemplo, este autor esboza la interioridad de la moral, en el sentido de que “una conducta sólo puede tener valor moral cuando no sólo su motivo, sino también la conducta misma corresponde a una norma moral”.⁴⁵ Por tanto, actuar moralmente tiene en primera instancia su origen interior pero no se agota allí, sino que debe ser exteriorizada en el mismo sentido. Tampoco cabe distinguirlas en relación a su origen, pues tanto las normas jurídicas cuanto las morales son un producto de la costumbre, y efectivamente, el uso establecido en una comunidad y la consciencia de una comunidad que aquél debe ser obligatorio es el origen de ambos valores.

Si bien hay puntos de conexión entre el valor moral y el derecho, la diferencia más grande que se encuentra entre los distintos órdenes normativos -y que es la propiedad más distintiva del derecho- es la coacción, por virtud de la cual un agente externo puede obligarnos al cumplimiento de lo establecido por la norma. Sin

⁴⁵ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 74.

embargo, no es la característica que pretendemos marcar para este ensayo, ya que, como se mencionó antes, una cosa será que se pueda obligar a un individuo actuar por la fuerza, y otra muy distinta a que actúe por su racionalidad. En este sentido, saltan las diferencias que analizó Max Weber entre poder y autoridad. Respecto del primero, el sometimiento que existe del pueblo o comunidad al que lo ejerce es en virtud y tiene sustento en la fuerza física; el derecho, así, no importaría si fuera justo, o si ostentara valores morales, porque su cumplimiento sería ineludible aun cuando la sociedad no lo aceptará. En la segunda, en cambio, existe una legitimidad y una estructura jerárquica que conllevan a ordenamientos institucionalizados; en este caso existe una racionalidad del individuo para cumplir con el derecho, pues la sociedad tiene una concepción de lo jurídico, y en virtud de su razón cumplen con las normas jurídicas que les marcan su comportamiento.⁴⁶

Efectivamente, el elemento coacción, si bien es determinante para considerar una norma jurídica, pues en virtud de la fuerza y la violencia se puede obligar a un individuo a actuar de determinado modo, la legitimidad de esa fuerza no estará presente, y la racionalidad del individuo de comportarse de tal o cual modo, en virtud de los valores con que posee un ordenamiento, tampoco lo estará.

De lo anterior se abstrae que los dos distintos tipos normativos -moral y derecho- tienen indudablemente una relación. Entonces, ¿cuál es esta relación? La respuesta a esta interrogante puede llevar a dos situaciones que Kelsen expone en esta forma: “el derecho, por su naturaleza también es moral, es decir, que la conducta que las normas jurídicas exigen o prohíben, también son exigidas o prohibidas por la moral [...] afirmando que el derecho puede ser moral -en el sentido señalado, es decir justo -, pero no es necesario que lo sea”.⁴⁷ Entonces, una norma jurídica puede que sea moral, puede que no la sea, pero no por eso deja de ser derecho. Por consiguiente, según lo expuesto, cuando el derecho no contenga valores morales en virtud de los cuales una sociedad determinada tiene la convicción de que son

⁴⁶ Weber, Max, *El político y el científico*, Madrid, Alianza Editorial, 1ª ed., 8ª reimpr., 2007, pp. 83-86.

⁴⁷ Kelsen, Hans, *op. cit.*, p. 74.

obligatorios, será el reflejo de la fuerza, en tanto que cuando si los contenga, será de la autoridad.

Ahora bien, ya se estableció una primera postura, de la que iremos proyectando la conclusión, y esta es el modo en que tienen justificación los postulados del neoconstitucionalismo: apoyándose en el iusnaturalismo racionalista, en el sentido de que el derecho debe contener valores morales para tener la propiedad de obligatoriedad. Entonces, el derecho pudiera no tener valores morales y ser derecho, viéndolo desde la dimensión jurídica, pero no contará con la legitimidad que le impone la autoridad. Sin embargo, es necesario especificar que, si bien el derecho y la moral tienen un punto de contacto, también es cierto que este punto de contacto sólo es contingente.

A pesar de lo anterior, el neoconstitucionalismo esbozado por Nino y por los seguidores de esta corriente ha creído superar la tesis iuspositivista de la separación entre derecho y moral, no obstante que la corriente del paradigma constitucional ha asumido ciertamente la adopción de un punto de vista normativo y aún más, no ha tomado en cuenta el problema de la propiedad que guarda el valor moral, y esto es la relatividad.

Respecto de este punto, Kelsen considera que cuando se afirma que el derecho tiene un contenido moral y que es parte del orden integrante de la moral y por tanto es justo, necesariamente “debe de presuponer que sólo hay una moral universalmente válida; es decir una moral absoluta, un valor moral absoluto [...] se parte de una definición del derecho que determina a éste como una parte de la moral; que identifica al derecho con la justicia”.⁴⁸ Así, si se quiere entender a la moral como un determinante para el derecho, implica considerar al mismo justo. Sin embargo, la moral es relativa, por tanto la justicia también lo es, y siendo ésta última el contenido determinante del derecho, bajo esta idea, lo convierte también en relativo

⁴⁸ *Ibidem*, p. 76.

Por ello –continúa Kelsen-, si desde un punto de vista científico se rechaza la existencia de valores morales absolutos, y

“si se niega que lo que es bueno o justo según una moral, sea bueno o justo en todas las circunstancias, y que lo que sea malo según este orden moral, sea malo en todas las circunstancias; si se admite que en diferencias de época, en pueblos diferentes –y hasta en un mismo pueblo, dentro de mismos elementos, clases y profesiones–, entonces existen sistemas morales válidos, distintos y entre sí contradictorios”.⁴⁹

Lo que señala el destacado jurista vienés es parcialmente cierto porque, si bien, la moral (como el derecho) es un producto social y cambiante, es lógico suponer que la concepción de moralidad se transforma. Lo que en un espacio y tiempo determinado resultaba ser moral puede que ya no lo sea. Sin embargo, a diferencia de la moral, el derecho –si bien es cambiante también- se caracteriza por su coacción latente y permanente. Así, lo que para un individuo puede ser un determinado acto moral, para otro puede no serlo, pero para el derecho esa relatividad no importa, pues la coacción garantizada por un ente dotado de potestad legítima estará presente y la obligación de cumplir con determinada conducta será ajena a la voluntad del individuo.

Ahora bien, como se ha mostrado, el neoconstitucionalismo enfrenta a una serie de interrogantes que cuestionan sus postulados. Entonces, cabe preguntar, en virtud de esas críticas, si el neoconstitucionalismo se justifica a pesar de los argumentos relativos a su legitimidad democrática, y sobre todo, los referentes a la relatividad que expresa el iuspositivismo.

La primera conclusión consiste en lo siguiente: el derecho es un fenómeno complejo, integrado de tres dimensiones. En un inicio, es irrefutable que el derecho es un producto social, pues la sociedad lo crea para regular su conducta y, por tanto, está sujeto a los cambios que ésta le impone. La segunda dimensión es la jurídica, pues el derecho tiene un contenido normativo en el sentido que ostenta una serie de reglas de comportamiento. Como tercera dimensión se encuentra la axiológica, porque a diferencia de lo que sostiene el derecho positivo -y esto se apreció cuando

⁴⁹ *Idem.*

se comentó la diferencia entre fuerza y autoridad-, debe de tener un valor por el cual el derecho sea no sólo una norma jurídica, sino también una moral.

La segunda conclusión gira en torno de la relatividad que puede tener esta dimensión axiológica, como bien cuestiona el derecho positivo, pues los valores morales dependen de un tiempo y un espacio determinado, e incluso entre estadios sociales está presente la relatividad moral. No obstante, ésta afirmación es cierta sólo parcialmente. La Constitución contiene ciertos valores y principios fundamentales en el sistema jurídico, derechos relativos a la libertad, igualdad y seguridad jurídica indudablemente inspirados en valores morales y, si bien no siempre se consigue, tienen una pretensión de justicia. Ahora bien, supongamos que abandonamos el normativismo puro y recogemos el derecho positivo débil, el cual considera que en las normas jurídicas están presentes ciertos puntos de contacto con la moral en forma contingente. Si esto fuera así, este derecho positivo débil se formaría con la libertad e igualdad jurídica, pero no tendría una tendencia a lograr un equilibrio entre aquellas, la libertad y la igualdad material.

El neoconstitucionalismo, por su parte, ha retomado la postura del Estado social, en virtud de la cual ya no es un Estado pasivo sino activo, cuyo objetivo es la libertad e igualdad material, real o fáctica, bajo la sentencia aristotélica de “dar igualdad a los iguales y desigualdad a los desiguales”. Sin embargo, esto no lo expresa de la nada, ni extrae la fundamentación de este trato desigual del “sombrero de un mago”, sino parte de que la ley fundamental consagra estos derechos, ya en forma expresa, ya adscritamente. Entonces, en este caso los derechos fundamentales -como la libertad, igualdad, seguridad jurídica- y otros derechos considerados programáticos -como el derecho a la educación, la salud, un medio ambiente sano, etc.-, son derechos que no están sujetos a una relatividad como la moral, no obstante que su contenido es evidentemente moral. Lo que se intenta al positivizar esta clase de derechos es evitar la relatividad de los valores morales que aquellos poseen y que no puedan ser modificados por la mayoría en forma sencilla, porque se ha visto que, en nombre de la ley, los Estados totalitarios cometieron actos derivados del poder político consistentes en el exterminio de razas, respaldando su conducta con la supuesta legalidad. Por esta razón es que se “congelaron” los derechos básicos que

contienen valores morales, de modo que se pueda proteger y dejar a un lado la relatividad de estos derechos.

Por último, el paradigma constitucional o neoconstitucionalismo parte de la idea de que existen derechos fundamentales con un contenido de un valor moral, los cuales giran en torno de la dignidad humana y sostienen el sistema jurídico de un Estado. Este tipo de derechos debieran abstraerse de la ley fundamental para dar cumplimiento al Estado de derecho y, al mismo tiempo, todos los cuerpos normativos derivados de la misma debieran transmitir esta clase derechos consagrados por la cúspide de las normas. En efecto, será como una onda provocada por una piedra que cae al agua, porque entre más lejos esté del punto inicial, más grande será la onda. Del mismo modo, entre más leyes secundarias haya entre la norma que se pretende interpretar y la ley fundamental, más grande será la atención que deba tener el juez -en el momento de aplicar la ley al caso concreto- de que la norma que aplica sea acorde con los valores inspirados en los derechos fundamentales de la Constitución. Por consiguiente, encontramos en el neoconstitucionalismo una simbiosis entre el derecho natural racional y positivo, pues propugna por los derechos fundamentales con valores morales que son inmanentes a la naturaleza humana del hombre y, además, por medio de la ley, la Constitución -empleando la positivación de aquellos derechos- trata de combatir la relatividad que poseen los derechos básicos.

CAPÍTULO 4

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL EN EL DERECHO COMPARADO. LETIGIMIDAD DE LAS RESOLUCIONES DE LA SUPREMA CORTE EN EL CONTROL ABSTRACTO

4.1. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL

4.1.1. PRINCIPIO DE SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y SU PAPEL EN EL NUEVO CONSTITUCIONALISMO

El principio de supremacía constitucional representó un factor determinante en el surgimiento de la corriente del neoconstitucionalismo. Ahora bien, ¿qué significa la supremacía de la ley fundamental? Supremacía constitucional significa que una norma contraria –material o formalmente- a la norma suprema, la Constitución, no tiene posibilidad de existencia dentro de ese orden jurídico.¹

La supremacía constitucional representa la unidad de un sistema normativo, y garantiza para los hombres cierto margen de seguridad porque éstos saben que ninguna ley o acto debe restringir la serie de derechos que la Constitución les otorga, y que si tal cosa acontece existe un mecanismo que reparará la arbitrariedad.²

Se pueden encontrar antecedentes de la idea de supremacía de la Constitución en varias instituciones de la antigua Grecia. La *graphé paranomón*, por ejemplo, era una acusación que se dirigía contra los ciudadanos que hubiesen respaldado y diligenciado la aprobación de una ley que se considerara contraria a las normas constitucionales.³

¹ Carpizo, Jorge, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa- UNAM, 8ª ed., 2003, p.1.

² *Ibidem*, pp. 1-2.

³ Fix Zamudio, Héctor, “La defensa de la Constitución” en *Revista de la Facultad de Derecho*, Culiacán, 3 (1967), p- 140.

Los atenienses hicieron una clara distinción entre *nomos*, un tipo de leyes constitucionales que sólo se modificaban mediante un procedimiento especial, y *pséfisma*, decretos y leyes secundarias. Los jueces no estaban obligados a resolver según los *pséfismata* si estos eran contrarios a los *nomoi*.⁴

El principio también se encuentra en la Edad Media. El 3 de octubre de 1283, los hidalgos de Aragón impusieron al monarca español el *Privilegium generale aragonum*. Esta figura fue un tipo de ley suprema, y si el rey realizaba un acto contrario a ese fuero, carecía de valor. Todos los actos de las autoridades aragonesas, para ser válidos, tenían que sujetarse a la letra y al espíritu del fuero.⁵

Durante los siglos xvii y xviii, los juristas pertenecientes a la escuela del *iusnaturalismo* distinguían entre *leyes fundamentales* y *leyes ordinarias*. Las primeras eran el acto principal y el más importante de la soberanía nacional; todos los demás eran actos derivados de la soberanía, es decir, derivaban de ese acto prístino y, por tanto, las leyes fundamentales eran anteriores y superiores a las ordinarias.⁶

En el *Instrument of Government* de Inglaterra, en 1653, se percibe el principio de que en todo gobierno debía existir algo fundamental, que es la Constitución.⁷

En Francia, durante el siglo xviii, nació la doctrina llamada *heureuse impuissance*, la “feliz impotencia”. Mediante ella, el rey se veía imposibilitado para violar las leyes constitucionales del reino y, en caso de atreverse a realizar un acto contra esas leyes, el mismo era nulo.⁸

En las colonias norteamericanas existían *cartas* que reconocían la supremacía de la legislación inglesa. La colonia podía expedir leyes que eran válidas, siempre y cuando su contenido no entrara en conflicto con la ley superior, es decir, la

⁴ Capelleti, Mauro, “El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado” en *Revista de la Facultad de Derecho*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 61(1966), pp. 21-23.

⁵ Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953, p. 254.

⁶ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 3.

⁷ *Idem*.

⁸ *Idem*.

normatividad inglesa. Sin embargo, cuando las colonias norteamericanas se independizaron, cada una consideró a su Constitución como la ley fundamental del Estado, y los actos contrarios a ese código eran nulos. De esta manera se resolvieron varios casos: en 1780, la Corte Suprema de Nueva Jersey conoció la controversia Holmes-Walton. La Constitución de ese estado señalaba que el jurado judicial debería estar integrado por doce personas. No obstante, una ley expedida en 1778 dispuso la confiscación de la propiedad del enemigo, decisión que tomaba un jurado formado solamente por seis individuos. La Corte declaró nula la ley y la legislatura tuvo que modificarla, estableciendo el jurado de doce personas.⁹

La Constitución de Estados Unidos asentó, en el párrafo segundo de su artículo sexto, el principio de supremacía constitucional. La primera ocasión en que la Corte Suprema de aquella nación se pronunció en un asunto relacionado con dicha cuestión fue en el caso *Cooper Telfair*. Sin embargo, fue hasta 1803, cuando el juez Marshall, en su célebre sentencia sobre el caso *Marbury-Madison* definió y explicó los alcances de ese principio. De esa ejecutoria se desprende la idea de que la Constitución es la ley superior de todo orden jurídico, que todo acto legislativo contrario a ella es inexistente, que los tribunales deben negarse a aplicar la ley que pugne contra la norma fundamental, y que si el tribunal aplica una norma contraria a la Constitución se rompe el fundamento de las constituciones escritas.¹⁰

Ahora bien, las diversas Constituciones o leyes supremas que han regido la vida de México consignaron el principio en análisis: el artículo 237 del Decreto Constitucional de Apatzingán, el artículo 24 del Acta Constitutiva de la Federación Mexicana, el artículo 161-III de la Constitución de 1824, el artículo 30 del Acta de Reformas de 1847, el artículo 126 de la Constitución de 1857 y el artículo 133 de la vigente.¹¹

⁹ Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963, en Jorge Carpizo, *op. cit.*, pp. 3-4.

¹⁰ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 4.

¹¹ *Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados-*XLVI* Legislatura, 1967, t. VIII, pp. 938-940.

El artículo 126 de la Constitución de 1857 fue transcrito, de manera literal, de la norma suprema norteamericana. El proyecto que Venustiano Carranza envió al Congreso Constituyente de Querétaro omitió este precepto, pero la Segunda Comisión de Constitución lo sometió a la aprobación de la Asamblea, quien lo aprobó sin discusión. No obstante, en 1934 el original artículo 133 fue reformado, aunque no se modificó su sentido ni su alcance.¹²

De esta manera, el principio de supremacía constitucional, en primera instancia, se puede entender como una propiedad de la misma norma, consistente en que todo lo que sea contrario a ella es inexistente. El artículo 133 de la Constitución vigente enmarca la supremacía de la ley fundamental sobre todo el ordenamiento jurídico, el cual expresa:

“Esta Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y todos los Tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma, celebrados por el Presidente de la República, con aprobación del Senado, serán la Ley suprema de toda la Unión. Los jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados”.

Del artículo anterior se desprende la posición que guarda la ley fundamental: se encuentra en la cúspide de la pirámide de normas que integran el orden jurídico mexicano. Por tanto, todos aquellos ordenamientos que deriven de ella deben de estar conformes con la misma, so pena de carecer de existencia en nuestro sistema jurídico.

Ahora bien, la supremacía viene necesariamente respaldada por una serie de mecanismos que se accionan en caso de presentarse una transgresión a la misma. A estos mecanismos se les denomina garantías constitucionales y, si no estuvieran presentes, la idea de una supremacía sería un aspecto solamente formal. Es decir, las normas constitucionales serán investidas de plena eficacia, que es la característica de las normas jurídicas, y la falta de observancia activará los mecanismos propios de coacción, o sea de cumplimiento forzado. Debido a lo

¹² Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 5.

anterior, es la misma ley fundamental la que, para mantener su supremacía, establece los mecanismos de defensa cuya intención será invalidar el acto contrario a la misma y restituir su imperio.¹³

4.1.2. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. TESIS DE H. KELSEN

Kelsen señaló que el derecho regula su propio mecanismo de creación. En otras palabras, una norma pauta la creación de otra y la relación que existe entre la norma creadora y la creada no es de coordinación sino de supra y subordinación. La norma creadora es superior a la creada. La unidad del orden jurídico se expresa justamente en que la validez de una norma reside en que fue elaborada siguiendo los pasos de un proceso determinado en otra norma de naturaleza y jerarquía superior, la cual, a su vez, fue creada por otra de mayor jerarquía. Así, hasta llegar a la ley fundamental, aquella que constituye la base y la razón última que da sustento a todo ese sistema jurídico.¹⁴

Con esta explicación, Kelsen considera un absurdo hablar de la nulidad de una ley anticonstitucional, pues si esa norma es contraria a la Constitución no es nula sino inexistente; no puede tener validez. Una norma sólo tendrá eficacia cuando fue creada de conformidad con el procedimiento indicado en la norma superior, siempre y cuando no contradiga el contenido de la ley de jerarquía más alta.¹⁵ De esta manera es como se garantiza la unidad en todo el orden jurídico de un sistema, representado por la Constitución.

4.1.3. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. DOCTRINA FRANCESA

Para Ésmeyn, el principio de supremacía constitucional es la mejor seguridad de que los derechos de los individuos serán respetados por el Estado, pues las leyes fundamentales no se limitan a obligar al legislador a respetarlos, sino que le

¹³ Al respecto, véase capítulo uno.

¹⁴ Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1949, p. 128.

¹⁵ *Ibidem*, p. 162.

prohíben legislar sobre ciertas materias. Inclusive, en algunas ocasiones señalan con precisión hasta dónde puede llegar en su actividad legislativa.¹⁶

Burdeau señala que el principio de supremacía de la Constitución radica en que los órganos de gobierno únicamente pueden actuar dentro de la esfera de competencias que la Constitución les señala, pues todo el orden jurídico estará condicionado por la última.¹⁷

Maurice Duverger, por su parte, sólo se fija en el aspecto formal de la supremacía constitucional, pues afirma que ese principio se basa en que la Constitución escrita únicamente podrá ser modificada por un procedimiento especial, diferente a aquél por el cual son reformadas las normas de la legislación ordinaria. De esa manera, las constituciones escritas que contienen la idea de supremacía constitucional limitan al poder por medio de dos mecanismos: (1) los gobernantes deben adecuar su actuación a la Constitución; (2) si no lo hacen, existe un órgano y un procedimiento que puede declarar la inexistencia jurídica de ese acto.¹⁸

4.1.4. SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL. DOCTRINA NORTEAMERICANA

En “El Federalista”, Madison sostuvo que sin el principio de supremacía constitucional la ley fundamental hubiera resultado defectuosa y el sistema de gobierno habría sido trastocado. Hamilton afirmó que nos encontraríamos con el absurdo de que el siervo es superior a su amo, si no existiera un principio que señalara la nulidad de todo acto que procediera fuera o en contra de la autoridad que le había sido delegada.¹⁹

¹⁶ Carpizo, Jorge, *op. cit.*, p. 7.

¹⁷ *Ibidem*, pp. 7-8.

¹⁸ Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Gedisa, 1961, p. 225.

¹⁹ Hamilton, Alexander, Jay, John y Madison, James, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 1957, pp. 194, 332.

4.2. CLASIFICACIÓN DE LOS SISTEMAS DE CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La defensa de una Constitución puede darse a través uno o varios procedimientos que constituyen medios de control constitucional. Su clasificación se hace atendiendo a la estructura y a las características propias del órgano que lleva adelante la función de proteger a la ley suprema.

Doctrinalmente, se alude a diversos sistemas de control de la constitucionalidad, que se clasifican de la siguiente forma:

- (a) Defensa de la Constitución por órgano judicial.
- (b) Defensa de la Constitución por órgano político.
- (c) Defensa de la Constitución por órgano mixto.
- (d) Defensa de la Constitución por órgano neutro.
- (e) Defensa de la Constitución por órgano popular.²⁰

Sin embargo, los dos últimos no son, en estricto sentido, medios auténticos de protección de la Constitución.

4.2.1. CONTROL CONSTITUCIONAL EN FUNCIÓN DEL ÓRGANO DE CONTROL

La presente clasificación responde a la naturaleza del órgano que realiza el control de la constitucionalidad; (a) el control por órgano político, (b) control por órgano jurisdiccional, (c) control por órgano mixto.

Control por órgano político

“El control por órgano político se asigna a un organismo distinto de los poderes constituidos que necesariamente se coloca por encima de ellos”.²¹ En efecto, como establece Covián, el control de la constitucionalidad por órgano político es otorgado a un órgano distinto al legislativo, ejecutivo y judicial, pero también puede ser otorgado a uno de los poderes públicos ya existentes. En el caso de México, existió

²⁰ Castillo del Valle, Alberto, *Defensa jurídica de la Constitución en México*, México, Educación Cumorah, 2004, p.62.

²¹ Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios de ingeniería política y constitucionalidad, 2001, p. 36 .

un control por órgano político en la Constitución conservadora de 1836. Éste le asignaba al *supremo poder conservador* esas funciones.

Las características de este sistema consisten en:

1. La preservación de la ley fundamental se encomiendan a un órgano distinto aquellos en quienes se depositan los tres poderes, o se confía a alguno de éstos.
2. La petición de anticonstitucionalidad corresponde a un órgano estatal o a un grupo de funcionarios públicos, en el sentido de que el órgano de control declare la oposición de un acto de autoridad o una ley con la constitución.
3. Ante el órgano de control no se ventila ningún procedimiento contencioso (juicio o proceso) entre el órgano petionario y aquél al que se atribuye el acto o la ley atacados.
4. Las declaraciones sobre inconstitucionalidad tienen efecto *erga omnes*, generales o absolutos.²²

Ahora bien, una vez planteadas las características del control de la constitucionalidad por órgano político, hay que resaltar las dificultades que presenta este sistema. El problema de fondo radica en la falta de imparcialidad y eficacia del poder político al que es encomendada la función de proteger a la Constitución, pues dicho órgano adquiere un poder excesivo que le permite anular los actos y decisiones de los demás poderes, poniéndose en un plano de superioridad frente a las entidades públicas controladas²³.

No obstante la anterior crítica, algunos teóricos -como Habermas- que han revolucionado la jurisprudencia en relación con la legitimidad democrática de los pronunciamientos de los tribunales constitucionales, establecen que el control abstracto de las normas pertenece incuestionablemente a las funciones del legislador,²⁴ es decir, a un órgano de naturaleza política. Por ello será necesario analizar tal situación, para determinar la justificación del control abstracto de normas

²² Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1987, p. 213.

²³ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 40.

²⁴ Habermas, Jürgen, *Facticidad y Validez, sobre el derecho y el Estado democrático en términos de teoría del discurso*, Trotta, Madrid, 1998, p. 315.

por parte del tribunal constitucional, un órgano de naturaleza evidentemente jurisdiccional.

Control por órgano jurisdiccional

En este caso, el control de la constitucionalidad lo conoce un órgano de naturaleza jurisdiccional, lo que implica que necesariamente la controversia se lleve como juicio, donde exista *litis*, es decir, hay partes que se someten a un procedimiento contencioso porque un acto o una ley trasgreden la ley fundamental.

Esta forma de control de la constitucionalidad admite otra clasificación: un sistema de control por tribunales ordinarios (difuso), y un sistema de control conferido a un tribunal especial (concentrado). Respecto al primero se pueden mencionar ciertas características:

1. El sistema es difuso, pues cualquier juez puede conocer la cuestión de constitucionalidad.
2. La cuestión de constitucionalidad se interpone vía incidental o de excepción.
3. Los alcances de la resolución tienen efectos constreñidos al caso concreto.
4. Rige el principio de *stare decisis*.
5. Una corte suprema se pronuncia en última instancia sobre la cuestión de la constitucionalidad, y emite jurisprudencia obligatoria para los demás jueces.²⁵

En cuanto al sistema de control conferido a un tribunal especial, sus características son las siguientes:

1. El sistema es concentrado, pues la cuestión de constitucionalidad la pronuncia un solo tribunal; es decir, el número de instancias que pueden plantearla es limitado.
2. Normalmente se presenta la pregunta sobre la constitucionalidad por vía de acción, sin excluir algunos casos de vía de excepción.
3. Los alcances del pronunciamiento tienen efectos *erga omnes*.
4. No rige el principio del *stare decisis*.

²⁵ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, pp. 46-47.

5. Debe ser un solo tribunal el que emita la única resolución obligatoria para todos los casos.²⁶

En el caso de México no existe un sistema difuso ni concentrado, sino mixto, porque los elementos de ambos los encontramos en nuestro sistema de control de la constitucionalidad.

Control por órgano mixto

Esta forma de defensa de la Constitución admite características de uno y otro de los sistemas ya analizados (judicial y político). De esta forma, se tiene que los siguientes puntos se presentan en materia de control constitucional:

1. La defensa de la Constitución se encomienda a un órgano que desarrolla funciones judiciales (sistema judicial).
2. Ese órgano judicial no es instado nunca por el gobernado afectado con motivo del acto que es materia de impugnación, sino por un ente público (sistema político).
3. Ante el órgano de defensa de la Constitución se substancia un juicio en el sentido más completo del término (sistema judicial).
4. La resolución que emite el órgano encargado del control constitucional, declarando la inconstitucionalidad del acto o de la ley tiene efectos absolutos (sistema político).²⁷

4.3. EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD EN EL DERECHO COMPARADO

El control de la constitucionalidad ha tenido grandes transformaciones, que van desde un origen conservador en Estados Unidos, hasta uno protector y progresista de los derechos fundamentales en éste país, el cual procura cambios en las legislaciones. En Europa las transformaciones que ha tenido en la juridificación de la Constitución no ha sido la excepción, pues en países como Alemania, Italia y Francia ha evidenciado grandes avances los cuales son plausibles.

²⁶ *Idem.*

²⁷ Castillo del Valle, Alberto, *op. cit.*, pp. 67-68.

A continuación se hará un análisis de las variantes que presenta el control de la ley fundamental en distintas naciones, con el objeto de conocer cuál ha sido su evolución, y abstraer cuáles son sus matices y características, con el objetivo de aplicar estas variantes en México, siempre que respondan a nuestras necesidades y a nuestra realidad social. Se partirá de las particularidades del control de la constitucionalidad de los Estados Unidos, para llegar sólo a algunas generalidades de los países europeos más significativos.

4.3.1 LOS ESTADOS UNIDOS DE AMÉRICA Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

La Constitución de los Estados Unidos de fecha 1787, junto con la francesa, forman parte de la vanguardia de la etapa conocida como el constitucionalismo moderno. El Estado liberal del derecho, basado en el principio de la limitación del poder por el orden jurídico representado en la ley fundamental, puede ser considerado la característica principal de ambas Constituciones. Ahora bien, es necesario entender que el poder judicial en este Estado se ejerce con base en una conjunción de elementos constitucionalmente prescritos, formas tradicionales de interpretación de las normas y prácticas prudentes de aplicación de la ley a casos concretos.²⁸ La Corte Suprema y las Cortes federales actúan simultáneamente conforme con las disposiciones constitucionales expresas heredadas del *common law* británico y de las *equity courts*.

La jurisdicción de la Corte norteamericana puede dividirse en dos grandes apartados:

- a) La competencia específicamente jurisdiccional que corresponde a un tribunal, en la especie al más elevado en la Unión.
- b) La relativa al control de constitucionalidad, conforme con la cual la alta Corte actúa en calidad de intérprete suprema de la Constitución federal.²⁹

²⁸ Covián Andrade, Miguel, *op. cit.*, p. 202.

²⁹ *Ibidem*, p. 206.

Respecto de la primera debe distinguirse la jurisdicción original de la denominada jurisdicción de apelación. La jurisdicción original comprende:

- a) Disputas o conflictos entre los Estados.
- b) Algunos casos que le plantea el Estado federado.
- c) Conflictos entre un Estado y el gobierno federal.
- d) Casos que involucran el personal diplomático.

En tanto, la jurisdicción de apelación conlleva:

- a) Todas las decisiones de las cortes de apelación federales y de las cortes federales especiales de apelación.
- b) Todas las decisiones de las cortes superiores de los Estados en los casos en que existen cuestiones en disputa relativas a leyes federales.
- c) Decisiones de las cortes federales especiales de distrito.³⁰

Como se puede observar, la jurisdicción original implica que ésta actúa a nivel de *trial court*, actuando en los casos especificados en la misma Constitución. Por tanto, el poder legislativo no puede restringir la potestad de la Corte para actuar, porque es la misma Carta fundamental la que se las otorga.

La Jurisdicción de Apelación se compone de todos los demás casos que no le pertenecen en forma original sino que su actuación está restringida y delimitada por el legislativo. En este caso la Corte puede determinar si se pronuncia o no, sin referirse a una ley local con base en la cual sentenció la Corte estatal.

Una vez expuestas, en forma general, las atribuciones que tiene la Corte suprema, es pertinente entrar al control de la constitucionalidad que la misma ejerce, también denominada *judicial review*.

Para Covián, los principios fundamentales que enmarcan la función del control de la constitucionalidad de la Suprema Corte de los Estados Unidos de América consisten en:

³⁰ *Idem*.

- a) Supremacía constitucional; que de igual forma que en nuestro sistema jurídico, es la base de todo nuestro ordenamiento, atendiendo a la pirámide de Kelsen.
- b) Rigidez constitucional; como también se presenta en nuestra ley fundamental, implica que la misma no puede ser modificada más que por un procedimiento especial, que en nuestro caso, implica la participación del Congreso de la Unión y de las legislaturas de los Estados.
- c) *Judicial Review*; ésta se deriva de las facultades que se otorgan a la Suprema Corte para actuar, y declarar inconstitucionales, actos del congreso y del poder ejecutivo. A su vez, se entiende aquella, derivada de la atribución que le otorga la Carta magna, como última voz de la misma, por tanto, la facultad de determinar los actos contrarios a ella.
- d) Doctrina de los precedentes y del “*stare decisis*”, consistente en que la jurisprudencia norteamericana como precedente obligatorio para las cortes inferiores. Y esta idea tiene razón de ser, ya que los jueces, en el momento de interpretar la ley, no pueda hacerlo en forma casuística y aislada, sino que debe tener una pretensión de universalidad. En efecto, el sentido literal del *stare decisis*, como abreviación de “*stare decisis et non quieta movere*”, es “mantener lo decidido y no cambiar las cuestiones establecidas”. Y esto quiere decir que la autoridad judicial debe actuar conforme con los precedentes asentados.³¹

Cabe mencionar que, con base a esta doctrina, un juez debe atender los precedentes de la Corte superior pero puede apartarse de los criterios de otras cortes ajenas a su ámbito jurisdiccional. Ahora, si bien el juez inferior debe de cumplir con lo pronunciado por el superior, lo pronunciado por este último puede ser no cumplido por el mismo, sino únicamente por la regla por la *rule of law*.³² Efectivamente, en los sistemas del *common law*, como el estadounidense y el canadiense, la fuerza obligatoria de los precedentes depende de factores no prescritos en las reglas de derecho, e influye también una antigua tradición.

³¹ *Ibidem*, pp. 212-213.

³² *Ibidem*, p. 213.

Es prudente expresar que el cumplimiento absoluto sin variables de los precedentes puede tener ventajas, en el sentido de que cada interpretación que hace el juez de la ley fundamental no es casuística. Sin embargo, aplicar la ley en un mismo sentido en virtud a los hechos o circunstancias que influyeron en el pasado, muchas de las veces no responden a la realidad social de presentes. Como bien sabemos, el derecho es el reflejo de un tiempo y un espacio determinados; si no se toma en cuenta esto, interpretaciones que se realicen con en base al pasado pueden resultar de cierto modo injustas.

Por tanto, para los estadounidenses no se aplica un textualismo rígido, pues la fuerza vinculatoria de los precedentes no es que los obligue necesariamente a respetarlos, sino a considerarlos; el juez no los puede hacer a un lado, sino por el contrario usarlos de guía para llegar a la interpretación más correcta.

Por último, para hacer mención de uno de los rasgos del control de la constitucionalidad estadounidense, se menciona el control difuso que existe en esta nación. Las particularidades del mismo consiste en:

- a) Cualquier juez puede plantear la cuestión de constitucionalidad, razón por la cual se denomina difuso al sistema, es decir, se puede entender como contrario al concentrado.
- b) La cuestión de constitucionalidad se establece por vía incidental o de excepción.
- c) Los alcances de la resolución tienen efectos constreñidos al caso concreto, es decir, es *inter partes*; aquellos que no fueron parte de la *litis* no se verán perjudicados o beneficiados por la resolución del tribunal.
- d) Rige el principio de *stare decisis* que, como se estableció, parte de la idea que los precedentes son los determinantes en las decisiones judiciales.
- e) Una Corte suprema se pronuncia en última instancia sobre la cuestión de constitucionalidad, emitiendo jurisprudencia vinculante para los demás jueces. Esta característica responde a la jerarquía que existe en el poder

judicial, partiendo de la Corte Suprema, por tanto una obligación de cumplimiento a las instancias inferiores.³³

Como se observa, el modelo de control de la constitucionalidad en los Estados Unidos tiene ventajas y desventajas, por ello es importante aprender ambas para capitalizar las primeras. En el caso de México no existe un control difuso como tal, sino un modelo mixto que tiene ciertas partes del difuso y del concentrado, pero con sus marcados matices que responden a la idiosincrasia mexicana.

Expresado lo anterior, se analizarán los modelos de control de la constitucionalidad europeos, pues en esa región es donde tuvo su origen el control abstracto de las normas. En concreto se revisará qué efectos democratizadores ha tenido tal control en las sociedades europeas. Cabe mencionar que se estudiarán los modelos correspondientes a Alemania e Italia en forma más extendida, ya que en ambos países es donde se puede considerar el surgimiento de la constitucionalización del derecho.

4.3.2. LA REPÚBLICA FEDERAL ALEMANA Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

Como bien se sabe, después de la Segunda Guerra Mundial los derechos fundamentales en Europa -y en particular en Alemania- adquirieron una importancia y trascendencia fundamentales. Los menoscabos a las libertades de los individuos, así como a los derechos de defensa por parte de los Estados nacionales socialistas, formaron una idea generalizada en busca de la protección de los derechos fundamentales, y el medio para hacerlo fue la ley fundamental de 1949. Es importante mencionar que el análisis jurídico contemporáneo considera que el proceso inicial de constitucionalización del derecho fue establecido en el país ario, justamente en la carta magna de aquél año.

³³ *Ibid.*, p. 217.

Ahora bien, ¿en qué consistió el proceso de constitucionalización? El artículo 79.3 de esta ley fundamental establece la inmodificabilidad del catálogo de derechos básicos. Por tanto, se impide que la voluntad de la mayoría, que es quien gobierna, pueda alterar el referido catálogo, y el respeto a tal tendrá que recaer en la juridificación del derecho. ¿Cómo? A través del control abstracto de normas.

En primera instancia, para la constitucionalización del derecho se requiere una consolidación de los derechos fundamentales por medio de la institución de un orden objetivo de valores; es decir, el sistema jurídico va a proteger determinados derechos y principios, no exclusivamente para un grupo de personas sino por el interés general de toda la sociedad para su satisfacción.³⁴

Con el caso *Luth*, fallado el 15 de enero del 1958, empezó esta revolución de ideas de los derechos fundamentales. A partir de dicho precedente, basándose en el conjunto de derechos fundamentales de la Constitución alemana, el tribunal constitucional promovió un cambio de ideas. El punto culminante de esta situación fue la invalidación de dispositivos en materia civil y la elaboración de nuevas leyes. Efectivamente, se introdujeron cambios legislativos en materia de régimen matrimonial, derecho de los excónyuges después del divorcio, poder familiar, etc. De esto se concluye que esa transformación de los derechos fundamentales y su protección a través del control de la constitucionalidad trastocó ramas del derecho privado, donde en virtud del principio de autonomía de la libertad se presentaban muchas injusticias.

A continuación, se examinarán brevemente algunas características del modelo de control de la constitucionalidad de Alemania, con el objeto de plantear convergencias y divergencias entre su sistema y el nuestro.

El Tribunal Constitucional Federal Alemán es una institución de gran importancia para el país. Su razón de ser es que vela por los derechos básicos establecidos en la Ley fundamental de esta nación. Efectivamente, la Constitución alemana de 1949

³⁴ Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM-III, 2008, pp. 23-24.

establece la jurisdicción especial y exclusiva al Tribunal Constitucional, para los casos en que el Estado de derecho sea vulnerado.

Si el Estado de derecho implica que todos los actos emanados de los órganos de Estado deben de estar acorde con la ley, en el sentido que les está permitido sólo lo que establece aquella, por ser representantes de las misma, por tanto, siendo las leyes ordinarias parte de un sistema cuya base es la ley fundamental, todos los actos deberán ser conforme con la misma. De lo anterior se desprende que si una autoridad, a través de un acto, vulnera la ley ordinaria, al mismo tiempo transgrede la Constitución y el competente para anular ese acto será el Tribunal constitucional.

4.3.3. ITALIA Y EL CONTROL DE LA CONSTITUCIONALIDAD

En el caso de Italia la constitucionalización del derecho se originó el 1° de enero del año 1948. No obstante, el proceso de constitucionalización del derecho se vio como tal hasta la década de los sesenta. La corte constitucional italiana se instaló en 1956, y sólo con ésta las normas constitucionales relacionadas con los derechos fundamentales empezaron a ser aplicables y efectivas.

La Corte constitucional italiana empezó a procesar distintas técnicas de decisiones, por ejemplo, (1) las decisiones interpretativas que corresponden a la interpretación conforme a la Constitución, con la posibilidad de ser establecida; o (2) las decisiones manipuladoras, en las cuales, además de la aceptación de la verificación inconstitucionalidad y de la declaración de invalidez de la disposición, la Corte va más allá, como en la “sentencia adictiva”, donde expone la norma a la situación originariamente no contemplada en la misma, cuando la omisión implique violación al principio de igualdad; o la “sentencia sustitutiva”, por la cual la Corte no solamente declara la inconstitucionalidad de determinada norma, pues también introduce en el sistema -a través de la declaración propia- una norma nueva.³⁵

³⁵ *Ibidem*, pp. 26-27.

Ahora bien, es preciso expresar que la Corte italiana tuvo un trabajo activo en la década de los sesenta, donde, por medio de la constitucionalización del derecho, hubo múltiples modificaciones en las legislaciones ordinarias con el objeto de que existiera una verdadera filtración de los valores contemplados en la ley fundamental. Así, de 1956 a 2003, la Corte profirió 349 decisiones involucrando cuestiones constitucionales relacionadas con el código civil, de las cuales 54 declararon la inconstitucionalidad de disposiciones normativas.

Como se ve, los sistemas de constitucionalidad norteamericano y europeo presentan ciertas características relacionadas con su realidad social. Por tanto, es menester que las ventajas y desventajas sean conocidas, ya que no se trata de imitar las instituciones como se ha venido haciendo desde siempre, sino aprender de los errores y aciertos de los demás, pero siempre considerando las particularidades de nuestro sistema legal, económico, político, etc. Por desgracia, entre más perfecta es la institución de otro país que se pretende aplicar en el nuestro, más difícil o menos funcional resultará, debido a que nuestra realidad es muy distinta. En conclusión, es necesario considerar el realismo de nuestra nación para poder formar instituciones que respondan a nuestras necesidades.

CAPÍTULO 5

LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y LA REFORMA EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS DE 2011

5.1. EL ESTADO MEXICANO Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El papel del Estado mexicano frente al derecho internacional de derechos humanos (DIDH) ha evolucionado. En la segunda mitad del siglo pasado el sistema jurídico mexicano había impuesto restricciones a éste, por un lado, debido a su carácter complementario de derecho interno que sólo se actualizaba cuando los instrumentos de protección locales eran insuficientes, y por el otro, la idea tradicionalista de interponer ante todo los principios de soberanía y no intervención, lo cual limitó el alcance del régimen internacional de derechos humanos.

Actualmente, gracias a las manifestaciones sociales en la política interna de nuestro país, con la mundialización y debido a la interacción de México con la comunidad internacional, esa idea nacionalista es parte del pasado, pues es –justamente- por ese ejercicio de soberanía que el Estado amplía el alcance de los instrumentos internacionales, armonizando sus normas de derecho interno. Al respecto, Jorge Carpizo dice que la soberanía y el DIDH no son conceptos antagónicos, sino que deben ser armonizados en razón de la persona humana y de su dignidad. El orden jurídico político se crea para asegurar los derechos de la persona humana y, precisamente, por ello es que el Estado, en ejercicio de su soberanía, acepta las declaraciones, tratados, convenciones, y pactos internacionales de derechos humanos, así como los mecanismos que vigilan y hacen efectivos dichos instrumentos internacionales, y los derechos que protegen.¹

Para hacerlo más claro, Carpizo toma como ejemplo la Constitución de Chile, la cual en su artículo 5, inciso 2 dispone:

¹ Carpizo McGregor, Jorge, “La Constitución mexicana y el derecho internacional de derechos humanos” en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 12 (2012), p. 813.

“El ejercicio de la soberanía reconoce como limitación el respeto a los derechos esenciales que emanan de la naturaleza humana. Es deber de los órganos del Estado respetar y proveer tales derechos, garantizados por la Constitución, así como por los tratados internacionales ratificados por Chile y que se encuentran vigentes”.

Lo anterior es una muestra del alcance que ha tenido el moderno Estado Constitucional Democrático de Derecho, en donde las normas son válidas no sólo por obedecer a un proceso formal de elaboración, sino por tener un contenido sustancial en donde se respeten los derechos fundamentales de los individuos.

Al analizar la posición de México ante el DIDH, tenemos que para finales de la segunda guerra mundial, a mitad de la década de los cuarenta, nuestro país mostró una actitud propositiva en el ámbito internacionalista sobre todo en materia de protección de derechos humanos, pues formó parte de las discusiones en Naciones Unidas, participó en distintos foros internacionales y también fue sede de otros, procurando con su intervenciones ampliar la esfera de acción de la comunidad internacional.²

Sin embargo, este periodo “internacionalista” del Estado mexicano sólo duro hasta finales de 1945, regresando a la idea tradicionalista ya mencionada de reservar todo para el Estado en función de los principios de soberanía y no intervención, lo que marcaría la pauta en la política internacional de nuestro país durante las siguientes décadas.

Como ejemplo de lo anterior, México fijó su postura ante la Declaración de los Derechos y Deberes del Hombre en 1948 con los siguientes lineamientos:

- Los derechos humanos no deben ser objeto de una convención, sino de una simple declaración.
- Es inadmisibles la llamada protección internacional de los derechos humanos, por lo que no puede aceptarse nada que tienda a constituir una maquinaria internacional para proteger tales derechos.

² Castañeda, Jorge, *Obras Completas*, México, COLMEX-SRE, 1995, pp. 83-91.

- Debe apoyarse cualquier tendencia en el sentido de fortalecer la protección nacional de los derechos humanos mediante soluciones de derecho interno, como la institución mexicana del juicio de amparo.³

Esta negativa del Estado mexicano fue continua y prolongada. A partir de ese momento, todos los instrumentos y convenciones internacionales celebrados por la comunidad internacional en materia de derechos humanos, fueron ratificados por México, en algunos casos, décadas después de su celebración. Como muestra, el Primer Protocolo Facultativo del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, cuya adopción se hizo en 1966, fue ratificado por nuestro país hasta junio de 2002. Las ideas del positivismo dominaron, de esta manera, la teoría y la práctica de nuestra realidad jurídica, en todos los ámbitos, entre ellos, en los derechos humanos. Sin embargo, a finales de los ochenta y principios de los noventa, en medio de la “tercera ola de democratización”, la concepción jurídica y política dominante empezó a cambiar ante los embates de los nuevos paradigmas del derecho. Así, a finales del gobierno de Miguel de la Madrid se hicieron las primeras reformas a la norma suprema las cuales se encaminaron a convertir a la Suprema Corte en un auténtico tribunal constitucional, anticipando lo que sucedería en 1995. El Estado constitucional y democrático de derecho, entonces, se gestaba en nuestro país.

Otro ejemplo de la respuesta tardía del gobierno mexicano para la protección de los derechos humanos se tiene en que fue hasta 1990, en el sexenio de Carlos Salinas de Gortari, cuando se creó la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). No obstante, esto ya mostraba un cambio en la mentalidad, pues la cultura de derechos humanos estaba emergiendo, al grado tal que la CNDH se elevó a rango constitucional dos años después de su creación.

Luego, llegó el periodo constitucional de Ernesto Zedillo, en el cual se empezaron a vislumbrar los cambios en la actitud del gobierno mexicano. Fue entonces cuando se aceptó la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos

³ Lineamientos contenidos en el memorando del 19 de marzo de 1948, formulado por el licenciado Pablo Campos Ortiz, miembro de la delegación mexicana ante la IX Conferencia Internacional Americana, referente a la Declaración Americana de Derechos y Deberes Esenciales del Hombre, Bogotá, Colombia, 26 de abril de 1948.

Humanos (CIDH), momento en el que México también firmó el Estatuto de Roma, instrumento que dio origen a la Corte Penal Internacional (CPI). A este periodo comprendido entre 1994 y el 2000 se le conoce como de “transición”, para llegar a los tiempos que hoy se vive en cuanto a protección de derechos humanos.

Esta época, en particular, fue importante en América latina y en países de la antigua URSS. Con los cambios que el mundo experimentó luego de la caída del muro de Berlín, los sistemas políticos democráticos fueron objeto de críticas y rediseños. Se pensaba que la democracia debía ser algo más que “la regla de la mayoría” pues, entre otras cuestiones, se buscaba alcanzar cierto bienestar entre la población mediante el desarrollo económico, social y cultural. Para garantizar este bienestar, los derechos humanos jugarían un papel preponderante. Para tal efecto, en la década de los noventa se dio una serie de reformas en gran cantidad de constituciones políticas, en donde se reconocieron y protegieron los derechos fundamentales de los individuos, mediante la creación de instituciones como las comisiones de derechos humanos.

A partir de la alternancia en el gobierno, en el año 2000, los derechos humanos adquirieron relevancia en la política exterior de México. Sobre esto, Saltalamacchia Ziccardi y Covarrubias refieren que la política exterior en general, y la dirigida a promover la democracia y los derechos humanos, en particular, fueron sin duda prioridad del gobierno de Vicente Fox. Dos de los cinco “ejes” de la política exterior que propuso el presidente fueron: apoyar y promover de forma activa y comprometida el respeto y la defensa de los derechos humanos en el mundo, y defender la democracia como única forma de gobierno que garantiza el bienestar de los pueblos.⁴

Se puede afirmar que en este periodo se eliminaron los últimos elementos de la posición tradicional de México frente al régimen internacional de derechos humanos. El poder ejecutivo federal estableció una posición por la cual:

⁴ Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Ana Covarrubias Velasco, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011, p. 23.

- México respaldó y en algunos casos lideró los esfuerzos de codificación internacional en materia de derechos humanos.
- Se aceptó el máximo grado de delegación previsto en los instrumentos internacionales mediante la ratificación de protocolos facultativos, reconocimiento de competencias y retiro de reservas.
- Se alentó el escrutinio internacional de la situación de derechos humanos mediante invitaciones expresas a relatores especiales y similares.
- México se adhirió a una concepción de multilateralismo liberal en materia de derechos humanos, en la que se reconoció como legítima la participación no sólo de los Estados y organizaciones intergubernamentales, sino también de otros actores interesados: organizaciones de la sociedad civil, individuos, etc.⁵

Es importante mencionar que la naturaleza de los tratados internacionales en materia de derechos humanos es la de proteger a los individuos. De ahí lo trascendental de su observancia, pues no puede admitir demora o dilación alguna que impida a los particulares un ejercicio efectivo de sus derechos. No obstante esta relevancia, al ser celebrados por sujetos de derecho internacional uno de los cuales es el Estado, quienes se ven beneficiados son los gobernados de los Estados que suscriben un tratado internacional, en función del principio de representación.

Que los individuos fuesen los únicos beneficiarios de los tratados en dicha materia conllevaba la adquisición de obligaciones y compromisos por parte del Estado, los cuales se reflejarían no sólo en el aspecto económico, obligaciones que evidentemente el gobierno no estaba dispuesto a contraer, y tomando en cuenta el principio de soberanía y la teoría jurídica de aquella época en que nada estaba por encima de la Constitución, la participación de México en la promoción y protección de derechos humanos fue escasa.

En el aspecto jurídico, la Constitución no hablaba de derechos humanos sino de garantías individuales, incluidas en este ordenamiento del artículo 1 al 29, conocida como parte “dogmática” de la Carta Magna. Bullé-Goyri las define como aquellas garantías destinadas a proteger los derechos fundamentales, que por su puesto tiene

⁵ *Ibidem*, p. 25.

carácter constitucional en tanto que son parte integrante del texto de la misma Constitución.⁶

En relación con este punto, Fix Zamudio señala que son los medios jurídicos, predominantemente de carácter procesal, que están dirigidos a la reintegración del orden constitucional cuando el mismo ha sido desconocido o violado por los propios órganos del poder.⁷

El texto de la Constitución antes de la reforma en materia de derechos humanos establecía en su artículo 1:

En los Estados Unidos Mexicanos todo individuo gozara de las *garantías* que otorga esta Constitución, las cuales no podrán restringirse ni suspenderse, sino en los casos y con las condiciones que ella misma establece [énfasis añadido].

En vista de la doctrina de aquel tiempo y como se desprende de la lectura de este artículo, las garantías eran exclusivamente las que se encontraban expresamente establecidas en el texto constitucional -la parte dogmática-, y tenían como medio de protección la institución del amparo, por lo que no se reconocía ninguna otra que no estuviese contenida dentro del máximo ordenamiento jurídico.

Es por todo esto que la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011 resulta trascendental, no sólo por la transformación en el aspecto jurídico con la jerarquización a rango constitucional de los tratados internacionales en materia de derechos humanos -de lo que se hablara más adelante-, por la incorporación de los principios de interpretación conforme y pro persona; porque se detallan las obligaciones y deberes del Estado mexicano en materia de derechos humanos; o por la extinción de la facultad de expulsar de territorio nacional sin juicio previo a extranjeros; sino por la incorporación de los principios de respeto, protección y promoción de los derechos humanos en la conducción de la política exterior,

⁶ Martínez Bullé-Goyri, Víctor. "Las Garantías Individuales en la Constitución Mexicana de 1917" en *Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992, p. 3.

⁷*Ibidem*, p. 4.

obligando así a que el tema de derechos humanos sea una política pública de Estado y no que responda a intereses o factores coyunturales, exclusivamente.

5.2. EL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

El *bloque de constitucionalidad* es un concepto relativamente reciente en la teoría jurídica. En esencia, se refiere a un conjunto de normas y principios que, sin aparecer de manera formal en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de leyes, pues han sido integrados normativamente a la Constitución, mediante diversos medios y por mandato de la propia Ley Suprema. De esta manera, se erigen como auténticas reglas con valor constitucional, es decir, son normas situadas en el nivel de la Constitución, a pesar de que pueden contener mecanismos de reforma diversos al de la ley fundamental.⁸

La expresión *bloque de constitucionalidad* fue puesta en circulación en Francia, a mediados de los setenta, por Louis Favoreu, en un trabajo dedicado a explicar la Decisión D-44, de 16 de julio de 1971, emitida por el Consejo Constitucional francés, mediante la cual declaró la inconstitucionalidad de una ley que modificaba, a su vez, una disposición legislativa de 1901 que limitaba el régimen de las asociaciones. El Consejo Constitucional francés, para declarar la invalidez, consideró que la ley cuestionada debía analizarse no sólo a la luz de la Constitución francesa de 1958, sino también considerando la Declaración Francesa de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789. El Consejo Constitucional sostuvo que si bien la Declaración de 1789 constituía un documento distinto a la Constitución de 1958, en el preámbulo de ésta se aludía a dicha Declaración y, por esta razón, a esa nueva estructura del parámetro del control constitucional se le denominó *bloque de constitucionalidad*.⁹

⁸ Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.

⁹ Huerta Lara, María del Rosario. “El bloque de constitucionalidad y el nuevo juicio de amparo”, *Letras jurídicas*, 26 (2012), p. 4.

Ahora bien, esta teoría tiene su origen en una noción previa, el *bloque de legalidad*, concepto que permitía designar las leyes y los principios generales del Derecho que podía aplicar el Consejo de Estado francés para controlar las actividades de la administración pública.¹⁰ Con fundamento en esta idea se desarrolló el *bloque de constitucionalidad*. Según el propio Louis Favoreu, este bloque se forma por: 1) las disposiciones de la Constitución vigente de 1958; 2) las disposiciones de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano de 1789; 3) las disposiciones del preámbulo de la Constitución de 1946; y 4) los principios fundamentales reconocidos por las leyes de la República.¹¹

El concepto de bloque de constitucionalidad no ha sido muy claro en nuestro país, pues hay quienes hablan de un bloque de convencionalidad. Sin embargo, ese término es erróneo a partir de la reforma constitucional de derechos humanos de junio de 2011. En México se utilizó por primera vez en la tesis jurisprudencial 18/2007, emitida por la el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en mayo de 2007, la cual establece:

“Los artículos 122, apartado A, fracción II y apartado C, base primera, fracción V, inciso f) y 116, fracción IV, incisos b) al i), de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y las normas que en particular establezca el legislador federal en el Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, integran un *bloque de constitucionalidad* en materia electoral para esta entidad. Lo anterior es así, ya que el artículo 122, apartado C, base primera, fracción V, inciso f), de la Constitución Federal, señala que las disposiciones que rijan en materia electoral en el Distrito Federal deben sujetarse al Estatuto de Gobierno del Distrito Federal, el cual tomará en cuenta los principios establecidos en los incisos b) al i) de la fracción IV del artículo 116 constitucional; lo anterior porque el fundamento del Estatuto de Gobierno del Distrito Federal es el indicado artículo 122, y el respeto a la jerarquía constitucional es un requisito para la validez de dicho Estatuto, por lo que, el respeto a lo dispuesto por él, es un

¹⁰ Monroy Cabra, Marco Gerardo. *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007, p. 200.

¹¹ Favoreu, Louis. *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991, p. 25.

requisito de validez para las actuaciones de todas las autoridades del Distrito Federal [énfasis añadido].¹²

Si bien es cierto que la SCJN hace mención expresa del término, no se desprende claramente lo que se debe entender por tal, para lo cual habrá que remitirse a la doctrina y al derecho comparado. De esta manera, *bloque de constitucionalidad* se entiende como una categoría jurídica del derecho constitucional comparado que se refiere al conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país. Así, el bloque de constitucionalidad parte del supuesto según el cual “las normas constitucionales no son sólo aquellas que aparecen expresamente en la Carta sino también aquellos principios y valores que no figuran directamente en el texto constitucional pero a los cuales la propia Constitución remite”.¹³

Al respecto, Mónica Arango señala que el bloque de constitucionalidad se refiere a aquellas normas y principios que, sin aparecer formalmente en el articulado del texto constitucional, son utilizados como parámetros del control de constitucionalidad de las leyes, por cuanto han sido normativamente integrados a la Constitución, por diversas vías y por mandato de la propia norma suprema.¹⁴

Para esta autora, en la Constitución de Colombia el bloque de constitucionalidad se traduce de la siguiente forma:

- a) El artículo 9, el cual reconoce que las relaciones exteriores del Estado se fundamentan en la soberanía nacional, en el respeto por la autodeterminación de los pueblos y en el reconocimiento de los principios del derecho internacional aceptados por Colombia.
- b) El artículo 93, según el cual “los tratados y convenios internacionales ratificados por el Congreso, que reconocen los derechos humanos y que prohíben su limitación en los estados de excepción, prevalecen en el orden

¹² [J]; 9a. Época, Pleno, S.J.F. y su Gaceta, tomo XXV, mayo de 2007, p. 1641.

¹³ Rodríguez Manzo, Graciela, *et al.*, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN- OACNUDH- CDHCF, México, 2013, p. 17.

¹⁴ Arango Olaya, Mónica, “El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana” en *Precedente, Anuario Jurídico 2004*, p. 79.

interno. Los derechos y deberes consagrados en esta Carta se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos humanos ratificados por Colombia.”

- c) El artículo 94, que establece que “la enunciación de los derechos y garantías contenidos en la Constitución y en los convenios internacionales vigentes no debe entenderse como negación de otros que, siendo inherentes a la persona humana, no figuren expresamente en ellos.”
- d) El artículo 214 que al regular los estados de excepción dice en su numeral 2: “no podrán suspenderse los derechos humanos ni las libertades fundamentales. En todo caso se respetarán las reglas del derecho internacional humanitario.”
- e) El artículo 53 que preceptúa: “los convenios internacionales del trabajo debidamente ratificados hacen parte de la legislación interna”.
- f) El artículo 102 que dice en su inciso 2 que “los límites señalados en la forma prevista por esta Constitución, sólo podrán modificarse en virtud de tratados aprobados por el Congreso, debidamente ratificados por el presidente de la república”.¹⁵

Como se desprende del articulado de la Constitución colombiana, el bloque de constitucionalidad representa un instrumento integrador del derecho internacional al ordenamiento jurídico interno, ampliando así la protección constitucional de los derechos humanos en aquel país.

En otro ejemplo de cómo se materializa esta categoría jurídica para el caso colombiano, Uprimny Yepes explica un conflicto de una aparente contradicción de preceptos constitucionales y la forma en que la corte de su país resolvió, de la siguiente manera: “A este debate en el que, de un lado se da primacía a la Constitución y, de otro se da primacía a los tratados internacionales, la Corte Constitucional, de manera salomónica, dio la siguiente solución: si hay dos disposiciones constitucionales aparentemente contrarias, el artículo 4º que da primacía a la Constitución y el artículo 93 que da primacía a los tratados

¹⁵ *Ibidem*, p. 80.

internacionales, esto quiere decir que están en el mismo nivel jerárquico. De este modo, la solución que ha dado la corte en cuanto a la relación de los tratados de derechos humanos y la Constitución, a nivel de la jerarquía y la fuerza normativa interna, es la tesis de que ambos están al mismo nivel, conforme a la figura del Bloque de Constitucionalidad”.¹⁶

Arango Olaya puntualiza que este bloque tiene tres niveles diferentes: las normas de rango constitucional, los parámetros de constitucionalidad de las leyes y las normas que son constitucionalmente relevantes a un caso específico.

La Constitución de Argentina, en su artículo 31, establece que la Constitución, las leyes del congreso y los tratados con potencias extranjeras son la ley suprema de la Nación -caso similar al de México en el artículo 133º constitucional- y que las autoridades locales deben ajustarse a ella. De este artículo se desprende que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son de rango constitucional al tener la misma jerarquía que las leyes que su congreso expide, formando así el bloque de constitucionalidad de aquel país.

De acuerdo con la normatividad argentina los aspectos a destacar de su bloque de constitucionalidad son:

- La jerarquía suprallegal de los tratados internacionales.
- Le otorga rango constitucional a los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos encontrándose estos en un mismo plano respecto de la Constitución.
- Señala los mecanismos para incorporar nuevos tratados en materia de derechos humanos.

Para hacer más evidente la importancia los parámetros que marca el bloque de constitucionalidad en aquel país, se tiene que para que una ley sea válida no debe de ir en contra de estos, pues la legislación a expedir por su congreso será guiada

¹⁶ Uprimny Yepes, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura- Universidad Nacional de Colombia, 2008, 2ª ed., p. 47.

por dichos parámetros, ejerciendo no sólo un control de la constitucionalidad, sino también reconociendo y ampliando la protección de los derechos humanos.

La doctrina mexicana explica que se necesita de una remisión expresa que haga la Constitución de las normas de derechos humanos para que esas normas adquieran una naturaleza constitucional.

La existencia de un bloque de constitucionalidad implica identificar todas las normas y valores que, pese a no estar expresamente establecidas en la Constitución escrita, son materialmente constitucionales. Dentro de tales normas y valores integrados a la Constitución encontramos –principalmente- los estándares internacionales sobre derechos humanos.¹⁷

Es así que la Constitución establece en su artículo primero, en la parte conducente, lo siguiente:

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

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

Otra remisión expresa que hace la carta magna a normas en materia de derechos humanos se encuentra en su artículo 105, el cual también forma parte de la reforma de junio de 2011, y que establece:

“La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

¹⁷ Rodríguez Manzo, Graciela, *op. cit.*, p. 18.

[...] II. De las acciones de inconstitucionalidad que tengan por objeto plantear la posible contradicción entre una norma de carácter general y esta Constitución.

Las acciones de inconstitucionalidad podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de publicación de la norma, por:

[...] g) La Comisión Nacional de los Derechos Humanos, en contra de leyes de carácter federal, estatal y del Distrito Federal, así como *de tratados internacionales celebrados por el Ejecutivo Federal y aprobados por el Senado de la República, que vulneren los derechos humanos consagrados en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que México sea parte*. Asimismo, los organismos de protección de los derechos humanos equivalentes en los estados de la República, en contra de leyes expedidas por las legislaturas locales y la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, en contra de leyes emitidas por la Asamblea Legislativa del Distrito Federal [énfasis añadido].”

Dicha remisión es lo que interna a esas normas en la categoría jurídica llamada “bloque de constitucionalidad”, lo que conlleva una sistematización de las mismas en esa materia. Así, se reconoce que los derechos humanos que recogen los tratados internacionales que la Constitución refiere forman parte de ella.

Por último, merece la pena hacer mención del artículo 133 de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos. Si bien este artículo no formó parte de la reforma de junio de 2011, el mismo establece la jerarquía normativa en el orden jurídico mexicano y en él también se desprende la remisión a los tratados internacionales, pues señala que las autoridades federales o locales deberán atenerse a la “Ley de la Unión”, de la que forman parte los Tratados internacionales.

Aunque de la simple lectura de este numeral no se desprende con exactitud dicha jerarquía normativa, sin embargo, es bien sabido el criterio que nuestro máximo tribunal constitucional ha establecido al respecto, en el cual los tratados internacionales se encuentran en un segundo plano en relación con la Constitución, pero por encima de las leyes generales expedidas por el Congreso; incluso, si dichos

instrumentos internacionales otorgan mayor protección de los derechos humanos, prevalecerán sobre el texto constitucional.

Del anterior criterio fijado por la Suprema Corte se desprende no solamente el rango constitucional de los tratados internacionales, sino también que estos están incluidos en la categoría jurídica del Bloque de Constitucionalidad en materia de derechos humanos.

De esta forma, es claro que el concepto de “Bloque de Constitucionalidad” en materia de derechos humanos refleja la evolución del derecho ha tenido en nuestros tiempos, pues en él se pueden encontrar, por ejemplo, las ideas de Ferrajoli, quien caracteriza al Estado constitucional y democrático de derecho por la centralidad que en él tienen los derechos humanos, o bien, los postulados de Alexy, cuando habla del máximo rango, máximo fuerza jurídica y la máxima importancia del objeto. El Bloque de Constitucionalidad, al final, es tan relevante porque su alcance garantiza la efectiva protección de los Derechos Humanos, aún aquellos que no estén contenidos directamente en la Carta Magna.

5.3. TESIS JURISPRUDENCIALES NACIONALES

DERECHOS HUMANOS. SU ESTUDIO A PARTIR DE LA REFORMA AL ARTÍCULO 1 CONSTITUCIONAL, PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011, NO IMPLICA NECESARIAMENTE QUE SE ACUDA A LOS PREVISTOS EN INSTRUMENTOS INTERNACIONALES, SI RESULTA SUFICIENTE LA PREVISIÓN QUE CONTENGA LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

Conforme al artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el 10 de junio de 2011 y atento al principio pro persona, no resulta necesario considerar el contenido de tratados o instrumentos internacionales que formen parte de nuestro orden jurídico, si al analizar los derechos humanos que se estiman vulnerados es suficiente la previsión que contiene la Constitución General de la República y, por tanto, basta el estudio que se realice del precepto constitucional que los

prevea, para determinar la constitucionalidad o inconstitucionalidad del acto reclamado.¹⁸

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. CUANDO LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO ADVIERTAN QUE EL RESPETO A LOS DERECHOS Y LIBERTADES DE ACCESO A LA JUSTICIA, GARANTÍA DE AUDIENCIA Y TUTELA JURISDICCIONAL SE SUPEDITÓ A REQUISITOS INNECESARIOS, EXCESIVOS, CARENTES DE RAZONABILIDAD O PROPORCIONALIDAD, EN EJERCICIO DE AQUÉL, DEBEN ANALIZAR PREPONDERANTEMENTE TAL CIRCUNSTANCIA, AUN CUANDO NO EXISTA CONCEPTO DE VIOLACIÓN O AGRAVIO AL RESPECTO.

De conformidad con los artículos 1o. y 103 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los órganos jurisdiccionales se encuentran legalmente vinculados a ejercer, ex officio, el control de convencionalidad en sede interna, lo cual implica la obligación de velar no sólo por los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales firmados por el Estado Mexicano, sino también por los establecidos en la Constitución Federal, adoptando la interpretación más favorable conforme al principio pro persona. Así, deben proteger cabalmente, entre otros, los derechos y libertades de acceso a la justicia, garantía de audiencia y tutela jurisdiccional, acorde con los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en relación con los preceptos 14 y 17 de la Constitución General de la República. Ahora bien, si la tutela jurisdiccional se ha definido como el derecho de toda persona para acceder de manera expedita a tribunales independientes e imparciales para plantear sus pretensiones o defenderse de ellas, con el objeto de que mediante la sustanciación de un proceso donde se respeten ciertas formalidades se emita la resolución que decida la cuestión planteada y, en su caso, se ejecuten las

¹⁸ Tesis 2a./J. 172/2012, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, t.2, febrero de 2013, p. 1049.

decisiones, es evidente que el respeto a esos derechos y libertades no debe supeditarse a requisitos innecesarios, excesivos, carentes de razonabilidad o proporcionalidad; por ello, cuando los Tribunales Colegiados de Circuito adviertan tal circunstancia, deben analizarla preponderantemente, en ejercicio del control de convencionalidad, con la finalidad de proteger y garantizar los derechos humanos, aun cuando no exista concepto de violación o agravio al respecto.¹⁹

DERECHOS FUNDAMENTALES. CUANDO DE MANERA SUFICIENTE SE ENCUENTRAN PREVISTOS EN LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, SE TORNA INNECESARIO EN INTERPRETACIÓN CONFORME ACUDIR Y APLICAR LA NORMA CONTENIDA EN TRATADO O CONVENCION INTERNACIONAL, EN TANTO EL ORDEN JURÍDICO EN SU FUENTE INTERNA ES SUFICIENTE PARA ESTABLECER EL SENTIDO PROTECTOR DEL DERECHO FUNDAMENTAL RESPECTIVO.

Acorde a lo dispuesto por el artículo 1o. de la Carta Magna, en reforma publicada en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, vigente a partir del día siguiente, en sus dos primeros párrafos se establece que en los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que la propia Constitución establece; en forma adicional se determina que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán "conforme" a esa norma fundamental y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a la persona en su protección más amplia. De este modo, el referido método de "interpretación conforme" entraña que los derechos fundamentales positivados en los tratados, pactos y convenciones internacionales prevalecen respecto de las normas del

¹⁹ Tesis VI.3o.(II Región) J/3 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, mayo de 2013, p. 1093.

orden jurídico de fuente interna si contienen disposiciones más favorables al goce y ejercicio de esos derechos, lo cual lleva a establecer que la obligación del Estado Mexicano se refiere no sólo a garantizar el ejercicio de los derechos humanos enumerados en la Constitución, sino también los contenidos en esos instrumentos internacionales, cuyo conjunto puede considerarse integra un bloque unitario de protección. Sin embargo, la aplicación del principio pro persona no puede servir como fundamento para aplicar en forma directa los derechos fundamentales contemplados en los tratados internacionales, no obstante que el derecho internacional convencional sea una fuente del derecho constitucional de carácter obligatorio, toda vez que tal principio constituye propiamente un instrumento de selección que se traduce en la obligación de analizar el contenido y alcance de los derechos humanos contenidos en dos o más normas que regulan o restringen el derecho de manera diversa, a efecto de elegir cuál será la aplicable en el caso concreto, lo que, por un lado, permite definir la plataforma de interpretación de los derechos humanos y, por otro, otorga un sentido protector a favor de la persona humana, en tanto la existencia de varias posibles soluciones a un mismo problema obliga a optar por aquella que protege en términos más amplios, lo que implica acudir a la norma jurídica que consagre el derecho de la manera más extensiva en detrimento del precepto más restrictivo. Bajo esa premisa, cabe decir que si el derecho fundamental cuestionado se encuentra previsto tanto en la Constitución de la República como en los instrumentos de carácter internacional, a lo que se adiciona que los principios y lineamientos en los que se apoya ese derecho se retoman y regulan en idéntico ámbito material de protección a nivel interno, por ende, ello hace innecesario aplicar la norma de fuente internacional cuando la de origen interno es constitucionalmente suficiente para establecer un sentido protector del derecho fundamental

respectivo.²⁰

ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. LAS GARANTÍAS Y MECANISMOS CONTENIDOS EN LOS ARTÍCULOS 8, NUMERAL 1 Y 25 DE LA CONVENCIÓN AMERICANA SOBRE DERECHOS HUMANOS, TENDENTES A HACER EFECTIVA SU PROTECCIÓN, SUBYACEN EN EL DERECHO FUNDAMENTAL PREVISTO EN EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS.

El artículo 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, interpretado de manera sistemática con el artículo 1o. de la Ley Fundamental, en su texto reformado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor al día siguiente, establece el derecho fundamental de acceso a la impartición de justicia, que se integra a su vez por los principios de justicia pronta, completa, imparcial y gratuita, como lo ha sostenido jurisprudencialmente la Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la jurisprudencia 2a./J. 192/2007 de su índice, de rubro: "ACCESO A LA IMPARTICIÓN DE JUSTICIA. EL ARTÍCULO 17 DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS ESTABLECE DIVERSOS PRINCIPIOS QUE INTEGRAN LA GARANTÍA INDIVIDUAL RELATIVA, A CUYA OBSERVANCIA ESTÁN OBLIGADAS LAS AUTORIDADES QUE REALIZAN ACTOS MATERIALMENTE JURISDICCIONALES." Sin embargo, dicho derecho fundamental previsto como el género de acceso a la impartición de justicia, se encuentra detallado a su vez por diversas especies de garantías o mecanismos tendentes a hacer efectiva su protección, cuya fuente se encuentra en el derecho internacional, y que consisten en las garantías judiciales y de protección efectiva previstas respectivamente en los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, adoptada en la ciudad de San José de Costa Rica el veintidós de noviembre de mil novecientos sesenta y nueve, cuyo

²⁰ Tesis I.3o.P. J/1 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, mayo de 2013, p. 1221.

decreto promulgatorio se publicó el siete de mayo de mil novecientos ochenta y uno en el Diario Oficial de la Federación. Las garantías mencionadas subyacen en el derecho fundamental de acceso a la justicia previsto en el artículo 17 constitucional, y detallan sus alcances en cuanto establecen lo siguiente: 1. El derecho de toda persona a ser oída con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un Juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter; 2. La existencia de un recurso judicial efectivo contra actos que violen derechos fundamentales; 3. El requisito de que sea la autoridad competente prevista por el respectivo sistema legal quien decida sobre los derechos de toda persona que lo interponga; 4. El desarrollo de las posibilidades de recurso judicial; y, 5. El cumplimiento, por las autoridades competentes, de toda decisión en que se haya estimado procedente el recurso. Por tanto, atento al nuevo paradigma del orden jurídico nacional surgido a virtud de las reformas que en materia de derechos humanos se realizaron a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, en vigor al día siguiente, se estima que el artículo 17 constitucional establece como género el derecho fundamental de acceso a la justicia con los principios que se derivan de ese propio precepto (justicia pronta, completa, imparcial y gratuita), mientras que los artículos 8, numeral 1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos prevén garantías o mecanismos que como especies de aquél subyacen en el precepto constitucional citado, de tal manera que no constituyen cuestiones distintas o accesorias a esa prerrogativa fundamental, sino que tienden más bien a especificar y a hacer efectivo el derecho mencionado, debiendo interpretarse la totalidad de dichos preceptos de modo sistemático, a fin de hacer valer para los gobernados, atento al

principio pro homine o pro personae, la interpretación más favorable que les permita el más amplio acceso a la impartición de justicia.²¹

DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ÉSTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

En el ámbito del derecho internacional de los derechos humanos los Estados, históricamente, son los principales responsables de velar por que los derechos humanos de los ciudadanos sujetos a su soberanía sean respetados cabalmente en su espacio territorial, de donde se infiere la fórmula tradicional de que el ámbito internacional de protección tiene solamente una función "complementaria". Esto es, la efectividad de un convenio internacional radica en que los propios Estados parte actúen de buena fe y que, voluntariamente, acepten cumplir los compromisos adquiridos frente a la comunidad internacional, en el caso concreto, los relativos a la protección y/o defensa de los derechos humanos de sus gobernados. Esta afirmación se conoce con el aforismo *pacta sunt servanda* -locución latina que se traduce como "lo pactado obliga"-, que expresa que toda convención debe cumplirse fielmente por las partes de acuerdo con lo estipulado y en términos del artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados. Ahora bien, de la interpretación sistemática del artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en relación con el numeral 4o. de la Ley sobre la Celebración de Tratados, se advierte que tanto la Constitución como los referidos tratados internacionales son normas de la unidad del Estado Federal cuya observancia es obligatoria para todas las autoridades, por lo que resulta lógico y jurídico que dichos instrumentos internacionales, suscritos y ratificados por nuestro país, con énfasis

²¹ Tesis VI.1o.A. J/2 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 2, agosto de 2012, p. 1096.

prioritario para aquellos vinculados con derechos humanos, como lo es la Convención Americana sobre Derechos Humanos (Pacto de San José de Costa Rica), sean de observancia obligatoria para todas las autoridades del país, previamente a la reforma constitucional de 10 de junio de 2011. Sobre el particular, destaca que la razón por la cual se modificó nuestro marco constitucional en junio de 2011, no fue para tornar "exigibles" a cargo de nuestras autoridades estatales la observancia de los derechos humanos previstos en los tratados internacionales, toda vez que, se reitera, dicha obligación ya se encontraba expresamente prevista tanto a nivel constitucional (artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos), como a nivel jurisprudencial; así, como esta Primera Sala ha sustentado en diversos precedentes, dicha reforma, entre otros objetivos, tuvo la inherente finalidad de fortalecer el compromiso del Estado mexicano respecto a la observancia, respeto, promoción y prevención en materia de derechos humanos, así como de ampliar y facilitar su justiciabilidad en cada caso concreto, a través del denominado sistema de control convencional.²²

SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL Y ORDEN JERÁRQUICO NORMATIVO, PRINCIPIOS DE INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 133 CONSTITUCIONAL QUE LOS CONTIENE.

En el mencionado precepto constitucional no se consagra garantía individual alguna, sino que se establecen los principios de supremacía constitucional y jerarquía normativa, por los cuales la Constitución Federal y las leyes que de ella emanen, así como los tratados celebrados con potencias extranjeras, hechos por el presidente de la República con aprobación del Senado, constituyen la Ley Suprema de toda la Unión, debiendo los Jueces de cada Estado arreglarse a dichos ordenamientos, a pesar de las disposiciones en contrario que pudiera haber en las

²² Tesis 1a. CXCVI/2013, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, junio de 2013, p. 602.

Constituciones o en las leyes locales, pues independientemente de que conforme a lo dispuesto en el artículo 40 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, los Estados que constituyen la República son libres y soberanos, dicha libertad y soberanía se refiere a los asuntos concernientes a su régimen interno, en tanto no se vulnere el Pacto Federal, porque deben permanecer en unión con la Federación según los principios de la Ley Fundamental, por lo que deberán sujetar su gobierno, en el ejercicio de sus funciones, a los mandatos de la Carta Magna, de manera que si las leyes expedidas por las Legislaturas de los Estados resultan contrarias a los preceptos constitucionales, deben predominar las disposiciones del Código Supremo y no las de esas leyes ordinarias, aun cuando procedan de acuerdo con la Constitución Local correspondiente, pero sin que ello entrañe a favor de las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, facultades de control constitucional que les permitan desconocer las leyes emanadas del Congreso Local correspondiente, pues el artículo 133 constitucional debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.²³

5.4. TESIS JURISPRUDENCIALES INTERNACIONALES

Caso Almonacid Arellano contra el gobierno de Chile (Resuelto el 26 de septiembre de 2006)

“123. La descrita obligación legislativa del artículo 2 de la Convención tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular. Sin embargo, cuando el Legislativo falla en su tarea de suprimir y/o no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana,

²³ Tesis 1a./J. 80/2004, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XX, octubre de 2004, p. 264.

el Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en el artículo 1.1 de la misma y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contraria a ella. El cumplimiento por parte de agentes y funcionarios del Estado de una ley violatoria de la Convención produce responsabilidad internacional del Estado, y es un principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido en el Derecho internacional de los Derechos Humanos, en el sentido de que todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

124. La Corte es consciente de que los jueces y tribunales internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que los obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermadas por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos.

125. en esta misma línea de ideas, esta Corte ha establecido que según el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su cumplimiento el derecho interno. Esta regla ha sido codificada.”²⁴

Argentina. Caso Cantos

²⁴ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia del caso Almonacid Arellano contra el gobierno de Chile*, Washington, CIDH, 2006.

Tema: Denegación de justicia, Garantías judiciales, Protección judicial, Derecho a la propiedad privada, Obligación de respetar los derechos.

Asuntos en discusión: Competencia de la Corte, regla de la “competencia de la competencia”.

21. La Argentina es Estado parte en la Convención Americana desde el 5 de septiembre de 1984. Ese mismo día reconoció también la competencia contenciosa de la Corte. En el presente caso, el Estado alega, en las excepciones planteadas, que la Corte es incompetente para conocer de la demanda y se funda en el artículo 1, inciso 2, de la Convención Americana y en los términos en que aceptó el Estado la competencia del Tribunal. En virtud de la regla de la “competencia de la competencia” (*compétence de la compétence/Kompetenz-Kompetenz*), establecida tanto en la jurisprudencia de esta Corte, como por una práctica arbitral y judicial uniforme y constante, esta Corte es competente para conocer del presente caso.

La Convención reconoce esta regla en su artículo 62, inciso 3. Por lo tanto, la Corte decidirá a continuación sobre las dos excepciones interpuestas. *Alcance del concepto “persona” en el artículo 1o., inciso 2, de la Convención y los derechos de las personas jurídicas.*

26. Toda norma jurídica se refiere siempre a una conducta humana, que la postula como permitida, prohibida u obligatoria. Cuando una norma jurídica atribuye un derecho a una sociedad, ésta supone una asociación voluntaria de personas que crean un fondo patrimonial común para colaborar en la explotación de una empresa, con ánimo de obtener un beneficio individual, participando en el reparto de las ganancias que se obtengan.

El Derecho ofrece al individuo una amplia gama de alternativas para regular sus conductas para con otros individuos y para limitar su responsabilidad.

Así, existen sociedades colectivas, anónimas, de responsabilidad limitada, en comandita, etc. En todo caso, esta unión organizada permite coordinar las fuerzas individuales para conseguir un fin común superior. En razón de lo anterior, se constituye una persona jurídica diferente de sus componentes, creándose a su vez un fondo patrimonial, el cual supone un desplazamiento de cosas o derechos del patrimonio de los socios al de la sociedad, introduciendo limitaciones a la responsabilidad de dichos socios frente a terceros. En este mismo sentido, la Corte Internacional de Justicia en su *caso Barcelona Traction 4* ha diferenciado los derechos de los accionistas de una empresa de los de la empresa misma, señalando que las leyes internas otorgan a los accionistas determinados derechos directos, como los de recibir los dividendos acordados, asistir y votar en las juntas generales y recibir parte de los activos de la compañía en el momento de su liquidación, entre otros.

27. En el caso *sub judice*, la Argentina afirma que las personas jurídicas no están incluidas en la Convención Americana y, por lo tanto, a dichas personas no se les aplica sus disposiciones, pues carecen de derechos humanos. Sin embargo, la Corte hace notar que, en general, los derechos y las obligaciones atribuidos a las personas morales se resuelven en derechos y obligaciones de las personas físicas que las constituyen o que actúan en su nombre o representación.

29. Esta Corte considera que si bien la figura de las personas jurídicas no ha sido reconocida expresamente por la Convención Americana, como sí lo hace el Protocolo núm. 1 a la Convención Europea de Derechos Humanos, esto no restringe la posibilidad que bajo determinados supuestos el individuo pueda acudir al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos para hacer valer sus derechos fundamentales, aun cuando los mismos estén cubiertos por una figura o ficción jurídica creada por el mismo sistema del Derecho. No obstante, vale hacer una distinción para efectos de admitir cuáles situaciones podrán ser analizadas por este Tribunal, bajo el marco de la

Convención Americana. En este sentido, ya esta Corte ha analizado la posible violación de derechos de sujetos en su calidad de accionistas.

32. La otra excepción preliminar interpuesta por la Argentina se funda en los términos en que aceptó la competencia de esta Corte. Tal como ya se indicó, el Estado se hizo parte de la Convención el 5 de septiembre de 1984, al depositar en la Secretaría General de la Organización de Estados Americanos el instrumento de ratificación respectivo. En esa misma fecha reconoció la competencia obligatoria de la Corte, pero dejó constancia que las obligaciones contraídas “sólo tendrán efectos con relación a hechos acaecidos con posterioridad a la ratificación del mencionado instrumento”. En razón de esta declaración, la Argentina sostiene que la Corte sólo es competente para conocer los hechos acaecidos con posterioridad al 5 de septiembre de 1984. El Estado considera que los hechos que conforman el presente caso ocurrieron antes de esa fecha y que, por consiguiente, la Corte es incompetente.

34. En este sentido, resulta claro del texto de la Convención que un Estado puede ser parte en ella y reconocer o no la competencia obligatoria de la Corte. El artículo 62 de la Convención utiliza el verbo “puede” para significar que el reconocimiento de la competencia es facultativo. Hay que subrayar también que la Convención crea obligaciones para los Estados. Estas obligaciones son iguales para todos los Estados partes, es decir, vinculan de la misma manera y con la misma intensidad tanto a un Estado parte que ha reconocido la competencia obligatoria de la Corte como a otro que no lo ha hecho. Además, es preciso distinguir entre “reservas a la Convención” y “reconocimiento de la competencia” de la Corte. Este último es un acto unilateral de cada Estado condicionado por los términos de la propia Convención Americana como un todo y, por lo tanto, no está sujeta a reservas. Si bien alguna doctrina habla de “reservas” al reconocimiento de la competencia de un tribunal internacional, se trata, en realidad, de limitaciones al

reconocimiento de esa competencia y no técnicamente de reservas a un tratado multilateral.

35. Al codificar el derecho general sobre el tema, el artículo 28 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados establece que Las disposiciones de un tratado no obligarán a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo.

37. A la luz de lo anterior, la Corte considera que debe aplicarse el principio de la irretroactividad de las normas internacionales consagrado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados y en el derecho internacional general, observando los términos en que la Argentina se hizo parte en la Convención Americana.

38. Corresponde ahora examinar los hechos articulados en la demanda en conformidad con los términos de la ratificación de la Convención y del reconocimiento de la competencia contenciosa de esta Corte por parte de la Argentina. Dentro de los hechos expuestos, es preciso distinguir aquéllos que podrían recaer bajo la competencia contenciosa de la Corte. En este sentido, un primer conjunto de estos hechos estaría constituido por aquéllos que, ocurridos principalmente en la década de 1970, habrían provocado los daños a las empresas y a la persona del señor Cantos como los allanamientos de la Dirección de Rentas de la Provincia de Santiago del Estero, la incautación de la documentación contable, las detenciones y hostigamientos. Una segunda categoría estaría dada por el acuerdo que se habría suscrito entre el Gobierno de la Provincia de Santiago del Estero y el señor Cantos el 15 de julio de 1982. Los hechos comprendidos en estos dos grupos son anteriores a la entrada en vigor de la Convención para la Argentina y, por consiguiente, no caen bajo la competencia de esta Corte.

40. La tercera categoría de hechos respecto a los cuales se puede ejercer la competencia contenciosa de la Corte comprende las actuaciones seguidas ante la Corte Suprema de Justicia de la Argentina con posterioridad al 5 de septiembre de 1984, incluyendo la propia sentencia de 3 de septiembre de 1996, si se alegare que dichas actuaciones pueden constituir *per se* infracciones a la Convención Americana.

41. Por todo lo anterior, la Corte considera que debe admitir sólo parcialmente la segunda excepción preliminar.²⁵

Caso Cabrera García y Montiel Flores contra México

225. Este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente que las autoridades internas están sujetas al imperio de la ley y, por ello, están obligadas a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos, incluidos sus jueces, también están sometidos a aquel, lo cual les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin. Los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia en todos sus niveles están en la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias, y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia deben tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana.²⁶

²⁵ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia del caso Cantos contra Argentina*, Washington, CIDH, 2002.

²⁶ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores contra México*, Washington, CIDH, 2002.

Caso Trujillo Oroza contra Bolivia

Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, Derecho a la vida, Derecho a la integridad personal, Derecho a la libertad personal, Garantías judiciales y protección judicial, Derecho a la integridad personal en perjuicio de los familiares de la víctima y Obligación de respetar los derechos.

I. Hechos de la demanda: Detención sin orden judicial, el 23 de diciembre de 1971, y posterior desaparición forzosa del señor José Carlos Trujillo Oroza, estudiante de la Universidad Mayor de San Andrés de la ciudad de La Paz, de 21 años de edad.

II. Fecha de interposición de la denuncia ante la Comisión: 28 de septiembre de 1992.

III. Artículos en análisis: 3 (Derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica); 4 (Derecho a la vida); 5.1 y 5.2 (Derecho a la integridad persona; 7 (Derecho a la libertad personal); 8.1 (Garantías judiciales) y 25 (Protección judicial); y .1 (Obligación de respetar los derechos).

IV. Asuntos en discusión: Allanamiento, reconocimiento de la responsabilidad internacional, efectos; apertura de la etapa de reparaciones.

36. En la audiencia pública de 25 de enero de 2000 Bolivia reconoció los hechos expuestos por la Comisión en la sección III de su demanda, los cuales se encuentran resumidos en el párrafo 2 de la presente sentencia. De la misma manera, el Estado reconoció su responsabilidad internacional en el presente caso y aceptó las consecuencias jurídicas que derivan de los hechos mencionados

38. Al respecto, el delegado de la Comisión Interamericana manifestó su satisfacción por la declaración formal de aceptación de responsabilidad efectuada por el Estado.

39. El artículo 52.2 del Reglamento establece que si el demandado comunicare a la Corte su allanamiento a las pretensiones de la parte demandante, la Corte, oído el parecer de ésta y de los representantes de

las víctimas o de sus familiares, resolverá sobre la procedencia del allanamiento y sus efectos jurídicos. En este supuesto, la Corte fijará las reparaciones e indemnizaciones correspondientes.

40. Con base en las manifestaciones de las partes en la audiencia pública de 25 de enero de 2000 y, ante la aceptación de los hechos y el reconocimiento de responsabilidad por parte de Bolivia, la Corte considera que ha cesado la controversia entre el Estado y la Comisión en cuanto a los hechos que dieron origen al presente caso de 11 de noviembre de 1999.

41. En consecuencia, la Corte tiene por admitidos los hechos a que se refiere el párrafo 2 de la presente sentencia. La Corte considera, además, que, tal como fue expresamente reconocido por el Estado, éste incurrió en responsabilidad internacional por violaciones de los derechos protegidos por los artículos 3º, 4º, 7º, 8.1 y 25 en conexión con el artículo 1.1 todos de la Convención, en perjuicio de las personas citadas en el párrafo 1 de esta sentencia, en los términos establecidos en dicho párrafo.

42. La Corte reconoce que el allanamiento de Bolivia constituye una contribución positiva al desarrollo de este proceso y a la vigencia de los principios que inspiran la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

43. Dado el reconocimiento de responsabilidad efectuado por Bolivia, procede pasar a la etapa de reparaciones durante la cual la Corte examinará las peticiones de los familiares de la víctima o sus representantes y de la Comisión, así como las observaciones del Estado, relacionadas con aquella etapa.

Puntos resolutivos

2. Declarar, conforme a los términos del reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado, que éste violó, en perjuicio de las personas citadas en el párrafo 1 de esta sentencia, y según lo establecido en dicho párrafo, los derechos protegidos por los artículos 1.1, 3o., 4o., 5.1 y 5.2, 7o., 8.1 y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

3. Abrir el procedimiento sobre reparaciones, y comisionar al presidente para que adopte las medidas correspondientes.²⁷

5.5. NUEVO PARADIGMA DE LA SUPREMACÍA CONSTITUCIONAL FRENTE A LOS DERECHOS HUMANOS

Es entendible decir que con las transformaciones que en los recientes años se han dado en nuestro país, por lo que hace a los derechos humanos, el Derecho en México se encuentra en una etapa de renovación. Aunque todavía no podríamos sentirnos satisfechos, podemos celebrar los logros que se han dado en la materia y que a continuación se mencionan:

1. La reforma constitucional del 18 de junio de 2008, por la cual se establece el cambio del nuevo procedimiento penal, la cual no sólo establece los cambios procesales a los que deben ajustarse los encargados de la procuración y administración de justicia, sino también incorpora nuevos derechos humanos tanto para la víctima como para el inculpado.
2. La reforma constitucional del 10 de junio de 2011 en materia de derechos humanos, de la que ya se ha hecho mención. Al respecto, sólo basta agregar que su éxito dependerá en gran medida de lo que al respecto hagan los órganos legislativos, y de su correcta aplicación por el órgano judicial.

²⁷ Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia del caso Trujillo Oroza contra Bolivia*, Washington, CIDH, 2010.

3. La reforma constitucional de 6 de junio de 2011, en materia de juicio de amparo, por virtud de la cual se podrá interponer este medio de protección constitucional, invocando violaciones de derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales.

Es por estos cambios trascendentales que el sistema jurídico mexicano se encuentra frente a un nuevo paradigma; la costumbre, que también forma parte de las fuentes del Derecho, está dando un vuelco. Ahora, la actuación de los jueces en el momento de emitir sus resoluciones estará siempre “guiada” por los derechos humanos.

Derivado de las transformaciones que anteriormente referimos, del nuevo texto del artículo 1 de la Constitución Federal -en donde los tratados internacionales en materia de derechos humanos se elevan a rango constitucional de manera expresa, sin necesidad de llegar a un criterio de interpretación-, de las sentencias dictadas en contra del gobierno mexicano por la CIDH, nuestro máximo tribunal constitucional se ha visto en la necesidad de cambiar sus criterios de interpretación, como se desprende de la siguientes tesis:

CONTROL DIFUSO DE LA CONSTITUCIONALIDAD DE NORMAS GENERALES. NO LO AUTORIZA EL ARTÍCULO 133 DE LA CONSTITUCIÓN.

El texto expreso del artículo 133 de la Constitución Federal previene que "Los Jueces de cada Estado se arreglarán a dicha Constitución, leyes y tratados a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las Constituciones o leyes de los Estados." En dicho sentido literal llegó a pronunciarse la Suprema Corte de Justicia; sin embargo, la postura sustentada con posterioridad por este Alto Tribunal, de manera predominante, ha sido en otro sentido, tomando en cuenta una interpretación sistemática del precepto y los principios que conforman nuestra Constitución. En efecto, esta Suprema Corte de Justicia de la Nación considera que el artículo 133 constitucional, no es fuente de facultades de control constitucional para las autoridades que ejercen funciones materialmente jurisdiccionales, respecto de actos ajenos,

como son las leyes emanadas del propio Congreso, ni de sus propias actuaciones, que les permitan desconocer unos y otros, pues dicho precepto debe ser interpretado a la luz del régimen previsto por la propia Carta Magna para ese efecto.²⁸

CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD. LA INAPLICACIÓN DE LA NORMA CUYA INCONVENCIONALIDAD SE DECLARA SÓLO TRASCIENDE A UNA INCONSTITUCIONALIDAD INDIRECTA DEL ACTO RECLAMADO AL NO EXISTIR LA DECLARATORIA RELATIVA.

En materia de derechos humanos puede analizarse la contradicción entre una norma general interna y un tratado internacional a través del juicio de amparo, pues si bien es cierto que los juzgadores federales cuentan con facultades constitucionales para realizar el control concentrado en términos de los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, también lo es que las tienen para efectuar el control de convencionalidad con motivo de lo previsto en los artículos 1o. y 133, última parte, de la propia Constitución, así como de lo resuelto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, y por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el asunto varios 912/2010, del que derivó la tesis P. LXVII/2011 (9a.), de rubro: "CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.". Lo anterior significa que una vez que el juzgador realice el control de convencionalidad y determine que una norma interna es contraria a determinado derecho humano contenido en un tratado internacional e, incluso, a la interpretación efectuada al respecto por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, debe analizar el acto reclamado prescindiendo del precepto de derecho interno y aplicando el instrumento internacional en materia de derechos humanos. En ese sentido, es innecesario reflejar la inconventionalidad

²⁸ Tesis P./J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. X, agosto de 1999, p. 5.

de una norma de derecho interno en los puntos resolutive de la sentencia en la que se hace dicho pronunciamiento, pues éste sólo trasciende al acto de aplicación, en tanto que el control de convencionalidad no puede llegar más allá de la inaplicación de la norma interna en el caso específico; esto es, la inaplicación de la norma cuya inconventionalidad se declara sólo trasciende a una inconstitucionalidad indirecta del acto reclamado, por lo que es innecesario llamar a juicio a las autoridades emisoras de la norma cuya inconventionalidad se demanda, pues no habrá una declaratoria de inconstitucionalidad de ésta, sino sólo su inaplicación respecto del acto reclamado.²⁹

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO EN UN MODELO DE CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD.

De conformidad con lo previsto en el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, todas las autoridades del país, dentro del ámbito de sus competencias, se encuentran obligadas a velar no sólo por los derechos humanos contenidos en la Constitución Federal, sino también por aquellos contenidos en los instrumentos internacionales celebrados por el Estado Mexicano, adoptando la interpretación más favorable al derecho humano de que se trate, lo que se conoce en la doctrina como principio pro persona. Estos mandatos contenidos en el artículo 1o. constitucional, reformado mediante Decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación de 10 de junio de 2011, deben interpretarse junto con lo establecido por el diverso 133 para determinar el marco dentro del que debe realizarse el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos a cargo del Poder Judicial, el que deberá adecuarse al modelo de control de constitucionalidad existente en nuestro país. Es en la función jurisdiccional, como está indicado en la última parte del artículo 133 en relación con el artículo 1o.

²⁹ Tesis P. V/2013 (10a.), *Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, marzo 2013, p. 363.

constitucionales, en donde los jueces están obligados a preferir los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales, aun a pesar de las disposiciones en contrario que se encuentren en cualquier norma inferior. Si bien los jueces no pueden hacer una declaración general sobre la invalidez o expulsar del orden jurídico las normas que consideren contrarias a los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados (como sí sucede en las vías de control directas establecidas expresamente en los artículos 103, 105 y 107 de la Constitución), sí están obligados a dejar de aplicar las normas inferiores dando preferencia a las contenidas en la Constitución y en los tratados en la materia.³⁰

Como se advierte de la lectura de los anteriores criterios de interpretación del artículo 133 de la Constitución, para antes del año 2000 la Corte negó que dicho numeral otorgara facultades de control de la constitucionalidad a todo aquel que ejerciera funciones jurisdiccionales, en virtud de una interpretación sistemática.

Ahora bien, derivado los cambios mencionados y a partir de la resolución del Expediente Varios 912/2010, del 14 de julio de 2011, el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación aceptó por primera vez la existencia del control difuso de constitucionalidad,³¹ el cual se traduce en la inobservancia que deberán hacer aquellos que ejercen funciones jurisdiccionales, de las normas de derecho interno que contravengan lo dispuesto por la Constitución Federal y los tratados internacionales.

³⁰ Tesis P. LXVII/2011(9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 535.

³¹ Hay quien a la fecha habla de control de convencionalidad, término a nuestro parecer incorrecto a partir de la reforma de junio de 2011, por lo que ya se mencionó sobre la incorporación de tratados internacionales en el bloque de constitucionalidad.

Este reciente “paradigma” en el sistema jurídico mexicano, en virtud del nuevo principio de supremacía constitucional, implica que el Poder Judicial al ejercer un control de constitucionalidad en materia de derechos humanos deberá actuar de la siguiente manera:

- Hacer una *interpretación conforme* en sentido amplio, es decir, debe interpretar el orden jurídico a la luz y conforme con los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas con la protección más amplia.
- Efectuar una *interpretación conforme* en sentido estricto, es decir, que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas los jueces deben preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte.
- La inaplicación de la ley cuando las alternativas anteriores no sean posibles.³²

La *interpretación conforme* se logra en un primer momento cuando son concordantes el derecho constitucional (derecho interno), el convencional, los tratados y la jurisprudencia internacional; y en segundo término cuando se interpretan armónicamente sus normas para evitar incongruencias y responsabilidades de Derecho Internacional.

En este sentido, los jueces al emitir su resoluciones deberán tener presente como parámetro la Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos, es decir, el bloque de constitucionalidad.

Sobre el tema, Ferrer Mac-Gregor comenta que el control difuso de la constitucionalidad no consiste simplemente en dejar de aplicar la norma nacional por ser contraria al “parámetro de convencionalidad”, sino que implica, en primer término, tratar de “armonizar” la norma nacional con la convencional, lo cual significa

³² Tesis P. LXIX/2011 (9a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, t. 1, diciembre de 2011, p. 552.

realizar una interpretación “conforme” de la norma nacional con la CIDH, sus protocolos y jurisprudencia convencional, para desechar aquellas interpretaciones contrarios o incompatibles al parámetro convencional; por lo que, en realidad, se hace un “control” de la interpretación que no cubre dicho parámetro.³³

Es importante señalar las características que de este control de convencionalidad ha fijado la Corte Interamericana: por un lado, este debe ser ejercido por cualquier autoridad que tenga funciones jurisdiccionales, sin importar, su nivel, jurisdicción, ámbito de competencia, jerarquía, etc. Por el otro, se deberá ejercer de oficio, es decir, con independencia de que las partes lo invoquen.

En este orden de ideas, las autoridades jurisdiccionales no solo deben tomar en cuenta los criterios jurisprudenciales que ha emitido la Suprema Corte en materia de convencionalidad, sino también adquirir especialización, es decir, conocer todos los parámetros establecidos en la jurisprudencia internacional y en todos los instrumentos internacionales, que en materia de derechos humanos el Estado al que pertenezcan se parte.

En estas nuevas obligaciones y criterios se pueden ver las ideas de teóricos del neoconstitucionalismo, como Robert Alexy, pues con estas novedosas facultades e interpretaciones se busca garantizar cuestiones como el “máximo rango, máxima fuerza jurídica y máxima importancia del objeto” que se tutela, esto es, los derechos humanos.

En el plano legislativo, la tarea por efectuar es la armonización del derecho interno con el convencional, tomando en cuenta criterios mínimos que ordena la normativa internacional. Cabe mencionar que a pesar de que el Estado mexicano ha aceptado las sentencias que la Corte Interamericana le ha dirigido, no existe una ley que establezca el procedimiento para cumplir dichas resoluciones.

³³ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de la constitucionalidad, el nuevo paradigma de para el juez mexicano” en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011, p. 343.

Para lograr una efectiva armonización el órgano revisor del derecho interno deberá tomar en cuenta, entre otras cosas: que se vigile el cumplimiento de las obligaciones del Estado, investigar y sancionar a los culpables de violaciones a derechos humanos, y reparar el daño a las víctimas.

En definitiva, nos encontramos en una nueva etapa en nuestro sistema jurídico. Tan es así que, a raíz de los recientes cambios, el pleno de la SCJN declaró el inicio de la Décima Época en el Semanario Judicial de la Federación. Si bien la reforma materia de análisis no es exhaustiva, la tendencia es progresiva. Hay tratadistas que aseguran ha llegado la internacionalización del Derecho Constitucional de México; sin embargo, yo me atrevo a decir que estamos aún en el proceso de lograr la incorporación del Derecho Internacional al constitucionalismo mexicano.

CONCLUSIONES

Los derechos fundamentales se han consolidado como un concepto, una doctrina con fuerza propia dentro de las teorías jurídica, política, constitucional y democrática, a las cuales ha transformado, sobre todo a partir de siglo xx. Su importancia es tal que, inclusive, han provocado el surgimiento de nuevas posturas dentro de las áreas de estudio antes mencionadas.

Dworkin, Alexy, Ferrajoli, son algunos de los principales proponentes de las nuevas corrientes que retomaron la centralidad de los derechos fundamentales en el discurso jurídico y político contemporáneos. Las ideas de estos pensadores se expandieron por el mundo, afectando y replanteando el papel del Estado en la protección y defensa de los derechos humanos de sus ciudadanos.

Ahora bien, México, aunque tarde, no ha sido ajeno a ese proceso de cambio jurídico, político y constitucional. En la década de los 90, la llamada “tercera ola de democratización” –esto es, cuando un buen número de países de América latina y de Europa del Este enfrentaron procesos de transición, convirtiéndose en democracias- llegó a su fin. Resultado de estos cambios, y del encumbramiento de los derechos humanos en el orden jurídico y político internacional, nuestro país aceleró la transformación de su propio sistema legal y régimen político, el cual había iniciado algunos años atrás.

Durante ese periodo, se introdujeron algunas innovaciones que consolidaron los mecanismos de defensa constitucional: la acción de inconstitucionalidad, las controversias constitucionales, mismas que permitieron a la Suprema Corte de Justicia de la Nación erigirse como un auténtico tribunal constitucional; así como la creación de la Comisión Nacional de los Derechos humanos. Los cambios jurídicos fueron tan importantes que, inclusive, marcaron el comienzo de una nueva época dentro del Poder Judicial de la Federación.

La transición y la alternancia dieron nuevos bríos al fortalecimiento de los derechos humanos en México, pues en esta época el respeto por los derechos fundamentales de las personas se convirtió en una verdadera política pública del gobierno federal.

Así, consideramos que, hasta el momento, el punto más alto de este proceso se alcanzó con la reforma constitucional de 2011, cuando, en un giro total a la posición histórica que México sostuvo frente al derecho internacional, se incorporaron los tratados internacionales como parte del bloque de constitucionalidad.

No obstante lo anterior, en fechas recientes se presentó una discusión bastante polémica en relación con la modificación de 2011, el alcance de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y su jerarquía, en el marco del principio de supremacía constitucional.

Al resolver la contradicción de tesis 293/2011, la Suprema Corte de Justicia determinó que los jueces mexicanos deberán aplicar los derechos humanos contenidos tanto en la Constitución cuanto en los tratados internacionales, pero precisó que, cuando la Carta Magna establezca límites o restricciones, deben prevalecer las normas internas.

Los ministros consideraron que los derechos contenidos en los tratados internacionales son parte de nuestro orden constitucional, pero señalaron que se deben sujetar a las restricciones establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En el debate se determinó que, de existir una contradicción entre los derechos humanos contenidos en la Constitución y los contemplados en los tratados internacionales, debía prevalecer la norma constitucional.

Ante este criterio, diversos organismos de la sociedad civil, especializados en la protección de derechos humanos, así como una variedad de intelectuales y académicos criticaron la resolución, pues la consideran una regresión en la protección de los derechos fundamentales en nuestro país, y como un retroceso en la reforma de 2011.

En estas circunstancias, nuestro criterio es que no se trata de una regresión, sino, como estimaron los ministros, una simple precisión de los alcances de los tratados internacionales. Al final, no se debe olvidar que lo que valida en el derecho interno a cualquier tipo de convención internacional es la propia Constitución. Si la

Constitución proporciona esa validez, entonces, lógicamente, también puede determinar los alcances de los tratados internacionales.

Ahora bien, cualquier limitante que la Corte pueda establecer a los tratados internacionales o demás normas integrantes del orden jurídico mexicano deberá respetar, necesariamente, a los derechos humanos. Para que los derechos fundamentales tengan plena vigencia y validez, ninguna interpretación puede ser violatoria de los mismos, pues dentro del concepto de derechos humanos se encuentre el respeto irrestricto que toda autoridad u órgano estatal debe profesar hacia esta clase de derechos. Consecuentemente, se les puede limitar, pero nunca vulnerar.

Los límites, entonces, no deberán ser contrarios a la protección, salvaguarda y garantía de los derechos fundamentales pues, en ese caso, sí se estaría ante un retroceso, una interpretación que no atendería a la razón de ser de la norma fundamental.

No se debe olvidar que la Constitución es un ordenamiento en el que la libertad de los ciudadanos en sus relaciones con el Estado se encuentra protegida mediante una serie de instrumentos y mecanismos cuyo objetivo es garantizar la división del poder político. La norma fundamental es el resultado de un proceso garantizador de ese equilibrio de poderes cuya finalidad es colocar al individuo, a la persona, en el centro del balance. La Constitución, así, a lo largo de su historia y sin importar su tipo, se organiza alrededor de estos principios.

En virtud del esquema antes descrito, los derechos humanos, aquellos “fragmentos de soberanía en manos de los ciudadanos” –según Ferrajoli-, se erigen como el centro del orden jurídico nacional y constituyen el marco al cual todo Estado moderno aspira. Por eso su vulneración, así fuese efectuada por el máximo tribunal del país, al final, violentaría el espíritu del constituyente y atentaría contra la esencia misma del Estado constitucional democrático de derecho.

BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, Robert, "Derechos sociales fundamentales" en Miguel Carbonell *et. al.* (comps.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM-IIJ, 2ª ed., 2000.
- _____, "Los Derechos Fundamentales en el Estado Constitucional" en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2009.
- _____, *Los derechos fundamentales en el Estado constitucional democrático*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2009.
- _____, *Teoría de los Derechos Fundamentales*, trad. de Ernesto Garzón Valdés, tercera reimpresión de tercera edición, Madrid, CEPC, 3ª ed., 2 reimpr., 2002.
- Aragón Reyes, Manuel, "La Constitución como paradigma" en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- _____, *Estudios de derecho constitucional*, Madrid, CEPC, 1998.
- _____, *Constitución, democracia y control*, México, UNAM-IIJ, 2002.
- Arango Olaya, Mónica, "El bloque de constitucionalidad en la jurisprudencia de la Corte Constitucional colombiana" en *Precedente, Anuario Jurídico 2004*.
- Arango, Rodolfo, *El concepto de derechos sociales fundamentales*, Colombia, Legis, 2005.
- Aristóteles, *La política*. México, Porrúa, 1976.
- Barberis, Mauro, *Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral*, Madrid, Trotta, 2009.
- Barroso, Luis Roberto, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM-IIJ, 2008.
- _____, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM-IIJ, 2008.
- _____, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, México, UNAM-IIJ, 2008.
- Bayón, Juan Carlos, "Derechos, democracia y Constitución" en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2009.
- Burgoa, Ignacio, *El juicio de amparo*, México, Porrúa, 1987.

Calsamiglia, A., "Ensayo sobre Dworkin" en *Taking rights seriously*, trad. de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1989.

Campos Ortiz, Pablo, *Lineamientos contenidos en el memorando del 19 de marzo de 1948, formulado por el licenciado Pablo Campos Ortiz, miembro de la delegación mexicana ante la IX Conferencia Internacional Americana, referente a la Declaración Americana de Derechos y Deberes Esenciales del Hombre*, Bogotá, Conferencia Internacional Americana, 1948.

Capelleti, Mauro, "El control judicial de la constitucionalidad de las leyes en el derecho comparado" en *Revista de la Facultad de Derecho*, trad. de Cipriano Gómez Lara y Héctor Fix-Zamudio, México, 61(1966).

Carbonell, Miguel, "La normatividad de la Constitución mexicana: tres propuestas", *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, IIJ, 1998.

_____, *¿Qué es una Constitución?*, México, IIJ-UNAM, 2012.

_____, "El neoconstitucionalismo en su laberinto" en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.

_____, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2ª ed., 2006.

Cárdenas Gracia, Jaime, "La normatividad de la Constitución mexicana: tres propuestas", *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, IIJ, 1998.

_____, *Hacia una Constitución normativa*, México, IIJ-UNAM, 1998.

Carpizo, Jorge, "La Constitución mexicana y el derecho internacional de derechos humanos" en *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, 12 (2012).

_____, "La interpretación del artículo 133 constitucional", *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, IIJ-UNAM, 1969 (4).

_____, *Estudios constitucionales*, México, Porrúa- UNAM, 8ª ed., 2003.

_____, *Obras Completas*, México, COLMEX-SRE, 1995.

Castillo del Valle, Alberto, *Defensa jurídica de la Constitución en México*, México, Educación Cumorah, 2004.

- Castillo Soberanes, Miguel Ángel, "El principio de supremacía constitucional frente a la administración pública", *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 1995 (24).
- Castro, Juventino, *Garantías y Amparo*, Porrúa, México, 2006.
- Corte Constitucional de Colombia, Sentencia C-225/95, Magistrado Ponente Dr. Alejandro Martínez Caballero.
- Corte Interamericana de Derechos Humanos, *Sentencia del caso Almonacid Arellano contra el gobierno de Chile*, Washington, CIDH, 2006.
- _____, *Sentencia del caso Cabrera García y Montiel Flores contra México*, Washington, CIDH, 2002.
- _____, *Sentencia del caso Cantos contra Argentina*, Washington, CIDH, 2002.
- _____, *Sentencia del caso Trujillo Oroza contra Bolivia*, Washington, CIDH, 2010.
- Courtis, Christian, "Los derechos sociales en perspectiva" en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- Covián Andrade, Miguel, *El control de la constitucionalidad en el derecho comparado*, México, Centro de Estudios de ingeniería política y constitucionalidad, 2001.
- Derechos del pueblo mexicano. México a través de sus constituciones*, México, Cámara de Diputados-XLVI Legislatura, 1967.
- Duverger, Maurice, *Instituciones políticas y derecho constitucional*, Barcelona, Gedisa, 1961.
- Dworkin, Ronald (comp.), *The philosophy of law*, trad. de J. Sáinz de los Terreros, México, FCE, 1980.
- Dworkin, Ronald, *Taking rights seriously*, trad. de M. Gustavino, Barcelona, Ariel, 2ª ed., 1989.
- Favoreu, Louis, *El bloque de constitucionalidad*, Madrid, Cuadernos Civitas, 1991.
- Ferrajoli, Luigi, "Pasado y futuro del Estado de derecho" en Miguel Carbonell (comp.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta, 4ª ed., 2009.

- _____, "Sobre los derechos fundamentales" en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- _____, *Garantismo y Derecho Penal. Un diálogo con Ferrajoli*, UBIJUS, México, 2010.
- Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de la constitucionalidad, el nuevo paradigma de para el juez mexicano" en Miguel Carbonell y Pedro Salazar, *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, UNAM, 2011.
- Fioravanti, Mauricio, *Constitución*, Madrid, Trotta, 2001.
- _____, *Constitución. De la antigüedad a nuestros días*, Madrid, Trotta, 2007.
- Fix Zamudio, Héctor, "La defensa de la Constitución" en *Revista de la Facultad de Derecho*, Culiacán, 3 (1967).
- _____, *La defensa de la Constitución en el Derecho constitucional para la libertad de la América Mexicana, sancionado en Apatzingán el 22 de octubre de 1814*, México, IJ.
- García Laguardia, Jorge Mario, *La defensa de la Constitución*, México, IJ, 1983.
- González Oropeza, Manuel, "Una nueva Constitución para México", *El significado actual de la Constitución. Memoria del simposio internacional*, México, IJ, 1998.
- Grant, J. A. C., *El control jurisdiccional de la constitucionalidad de las leyes*, México, 1963.
- Guastini, Ricardo, "Sobre el concepto de Constitución" en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría del neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.
- _____, *Estudios de Teoría Constitucional*, México, IJ-UNAM, 2001.
- Habermas, Jürgen, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, trad. Manuel Jiménez Redondo, Trotta, 4ª ed., 1998.
- Hamilton, Alexander, Jay, John y Madison, James, *El Federalista*, trad. de Gustavo R. Velasco, México, FCE, 1957.
- Hart Ely, John, *Democracia y Desconfianza. Una teoría del control constitucional*, trad. de Magdalena Holguín, Colombia, Siglo de Hombre, 1997.

- Huerta Lara, María del Rosario, "El bloque de constitucionalidad y el nuevo juicio de amparo", *Letras jurídicas*, 26 (2012).
- Kelsen, Hans, *Teoría general del derecho y del Estado*, trad. de Eduardo García Máynez, México, UNAM, 1949.
- Kelsen, Hans, *Teoría Pura del Derecho*, trad. de Roberto J. Vernengo, México, Porrúa, 11ª ed., 2000.
- Linares Quintana, Segundo V., *Tratado de la ciencia del derecho constitucional*, Buenos Aires, Alfa, 1953.
- Loewenstein, Karl, *Teoría de la Constitución*, Madrid, Ariel, 1986.
- Martínez Bullé-Goyri, Víctor. "Las Garantías Individuales en la Constitución Mexicana de 1917" en *Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario*, México, UNAM, 1992.
- McConnell, Michael W., "Book Review. Active Liberty: A progressive alternative to textualism and originalism of Justice Breyer" en *Harvard Law Review*, 8 (2006), pp. 2387-2418.
- Monroy Cabra, Marco Gerardo, *Concepto de Constitución*, México, Anuario de Derecho Constitucional Latinoamericano, IJ-UNAM, 2005.
- _____, *Ensayos de teoría constitucional y derecho internacional*, Bogotá, Universidad del Rosario, 2007.
- Mora-Donatto, Cecilia, *El valor de la Constitución normativa*. México, IJ-UNAM, 2002.
- Moreso, José Juan, "Acerca del neoconstitucionalismo" en su libro *La Constitución. Modelo para armar*, Madrid, Marcial Pons, 2009.
- Nino, Carlos S., *La constitución de la democracia deliberativa*, trad. Roberto P. Saba, Barcelona, Gedisa, 1ª reimp., 2003.
- Pisarello, Gerardo, "Los derechos sociales en el constitucionalismo" en Miguel Carbonell *et. al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM-IJ, 2000.
- Poder Judicial de la Federación, *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, México, 1992, 8ª época, número 60.
- _____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2007, 9ª época, tomo 25.

_____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2013, 10ª época, libro XX, tomo 2.

_____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2013, 10ª época, libro XX, tomo 2.

_____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2012, 10ª época, libro XI, tomo 25.

_____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2013, 10ª época, libro XXI, tomo 1.

_____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2004, 9ª época, tomo 20.

_____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 1999, 9ª época, tomo 10.

_____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2013, 10ª época, libro XVIII, tomo 1.

_____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2011, 10ª época, libro III, tomo 1.

_____, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, México, 2011, 10ª época, libro III, tomo 1.

Prieto Sanchís, Luis, “Los derechos sociales y el principio de igualdad” en Miguel Carbonell *et. al.*, *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, UNAM-IIJ, 2000.

Rawls, John, *Teoría de la justicia*, trad. de María Dolores, México, FCE, 2ª ed., 4ª reimpr., 1995.

Rodríguez Manzo, Graciela, *et al.*, *Metodología para la enseñanza de la reforma constitucional en materia de derechos humanos*, SCJN- OACNUDH- CDHCF, México, 2013.

Sabine, George H., *Historia de la teoría política*, México, FCE, 2011.

Saldaña, Javier, “Derechos morales o derechos naturales? Un análisis conceptual desde la teoría jurídica de Ronald Dworkin” en *Boletín de Derecho Comparado*, 90 (1997), pp. 1207-1226.

- Saltalamacchia Ziccardi, Natalia y Ana Covarrubias Velasco, "La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos" en Miguel Carbonell y Pedro Salazar (coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: un nuevo paradigma*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas-UNAM, 2011.
- Schmitt, Carl, *La defensa de la Constitución*, trad. Sánchez Sarto, Madrid, Labor, 1931.
- Tamayo y Salmorán, Rolando, *Introducción al estudio de la Constitución*, México, Fontamara, 1998.
- Troper, M., "Tre esercizi di interpretazione costituzionale", *Analisi e diritto. Ricerche di giurisprudenza analitica*, París, Jaume, 1990.
- Uprimny Yepes, Rodrigo. *Bloque de constitucionalidad, derechos humanos y proceso penal*, Bogotá, Consejo Superior de la Judicatura- Universidad Nacional de Colombia, 2008, 2ª ed.
- Valdés S., Clemente, *Marbyry vs Madison*, "Un ensayo sobre el origen del poder de los jueces en los Estados Unidos", *Revista Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, 2005 (35).
- Weber, Max, *El político y el científico*, Madrid, Alianza Editorial, 1ª ed., 8ª reimpr., 2007.
- Zagrebelsky, Gustavo, "Jueces constitucionales" en Miguel Carbonell (comp.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Madrid, Trotta, 2007.