

UNIVERSIDAD AUTÓNOMA DE SINALOA

UNIDAD DE ESTUDIOS DE POSGRADO
FACULTAD DE DERECHO CULIACÁN
DOCTORADO EN CIENCIAS DEL DERECHO



“CONTROL DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LA NORMA CONSTITUCIONAL
EN AMÉRICA”

TESIS

QUE COMO REQUISITO PARA OBTENER EL GRADO DE
DOCTOR EN CIENCIAS DEL DERECHO

PRESENTA:

GUADALUPE DE JESÚS VALENCIA BELTRÁN

DRA. GUADALUPE DAVIZÓN CORRALES

DIRECTORA

CULIACÁN ROSALES, SINALOA

NOVIEMBRE DE 2018

ÍNDICE.

INTRODUCCIÓN.....	i
CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTUALIZACIÓN GENERAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL	1
1.1. La constitución.....	1
1.2. Supremacía constitucional.....	3
1.2.1. La Constitución como norma Política.	5
1.2.2. La Constitución como norma Jurídica.....	6
1.2.3. Soberanía	7
1.2.4. Control del Poder ex officio.....	8
1.3. La supremacía Constitucional contra el derecho natural. La teoría jurídica a aplicar.....	12
1.4. El bloque de constitucionalidad, la interpretación conforme y el principio pro homine (pro persona).	14
1.5. El Control de la Constitucionalidad.....	20
1.6. Medios Jurisdiccionales de Control de constitucionalidad y su relación con el control de Convencionalidad.	22
1.6.1. La acción de inconstitucionalidad.....	23
1.6.2. La controversia constitucional.....	25
1.6.3. El juicio de amparo.....	28
1.6.4. Control de Convencionalidad.	32
1.7. La reforma constitucional. Aspectos generales.....	37
1.7.1. El poder constituyente propiamente dicho.	38
1.7.2. El poder constituyente originario.....	43
1.7.3. El poder constituyente derivado.....	45
CAPÍTULO SEGUNDO. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.	48
2.1. Los derechos humanos en México a la luz de la reforma constitucional de 2011.	48
2.1. Los derechos Fundamentales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.	51

2.1.1. Los derechos de libertad y el papel pasivo del estado.	56
2.1.2. Alcance de la interpretación de los derechos de Igualdad.	59
2.1.3. La utopía de derechos sociales fundamentales.	62
2.1.4. Los derechos de Seguridad Jurídica.	67
2.2. La Convención Americana de Derechos Humanos.	73
2.2.1. El principio <i>pro persona</i>	73
2.2.2. La cláusula de Interpretación conforme.	75
2.2.3. Derechos Económicos Sociales y Culturales en el ámbito internacional.	77
2.2.4. Sobre la reparación de violaciones a los Derechos Fundamentales. ...	79
2.3. Restricción y suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales.	81
2.4. Los sistemas de protección internacional de derechos humanos.	83
2.5. Eficacia de la Justicia internacional en la defensa de los Derechos Fundamentales.	85
2.5.1. La eficacia vinculante de la Cosa Juzgada Internacional (Inter partes).	89
2.5.2. La eficacia de la Sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos como norma convencional interpretada (Erga Omnes).	91
CAPÍTULO TERCERO. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. ENFOQUE COMPARADO ENTRE MEXICO Y ESPAÑA.	92
3.1. En Aspectos constitucionales de los Tratados Internacionales.	92
3.1.1. La Reforma Constitucional en España.	96
3.1.2. Sobre las distintas formas de interpretar el artículo 133 de la constitución mexicana.	101
3.1.3. La aplicación material del tratado Internacional legítimo en el derecho interno.	106
3.2. Mecanismos de Defensa de los Derechos Fundamentales en España.	110
3.2.1. El Recurso de amparo.	111
3.2.2. El Control Previo de Constitucionalidad de un Tratado Internacional.	115
3.2.3. El recurso de inconstitucionalidad	117
3.2.4. La cuestión de inconstitucionalidad.	118
3.2.5. La defensa internacional de los derechos fundamentales.	119

3.3. Sobre la jerarquía de los tratados y la posibilidad de confrontación de las Constituciones española y mexicana con un tratado internacional en materia de derechos humanos en los que el estado forme parte.....	121
3.3.1 La Constitución como norma Política.....	122
3.3.2 La Constitución como norma Jurídica.....	123
3.3.3. La resistencia española a la hipótesis de confrontación de un tratado internacional de derechos humanos contra su Constitución.....	127
3.3.4. Las restricciones constitucionales ante la posible confrontación de un tratado internacional de derechos humanos contra la Constitución Mexicana.....	130
CAPÍTULO CUARTO. EXAMEN DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LA CONSTITUCIÓN.	136
4.1. Principios de Soberanía y Supremacía Constitucional contra la Jurisdicción Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.....	136
4.1.1. Antecedentes de condenas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a modificaciones constitucionales	144
4.2. Disposiciones en la constitución mexicana hipotéticamente contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.....	159
4.2.1. El Arraigo domiciliario en materia penal.	161
4.2.2. La Prisión Preventiva Oficiosa como restricción a la presunción de inocencia.....	166
4.2.3. La prohibición a la reinstalación de Policías y la igualdad ante la ley.	169
4.3. La condena a la modificación de la constitución mexicana como Pronóstico a mediano Plazo.	171
CONCLUSIONES.....	173
REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS	179
BIBLIOGRAFÍA.....	179
HEMEROGRAFÍA.....	186
DOCUMENTOS LEGISLATIVOS.....	188
JURISPRUDENCIA	189
DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.....	191

INTRODUCCIÓN

En el presente trabajo se elabora con el fin de la obtención del grado de Doctor en Ciencias del Derecho con línea de investigación en Derecho Constitucional, según el Programa de Posgrado de Calidad en la Unidad de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho Culiacán, de la Universidad Autónoma de Sinaloa, a través de su unidad de estudios de posgrado.

Constando de cuatro capítulos, donde se aborda desde una conceptualización general de los extremos analizados, hasta una evaluación crítica el sistema jurídico mexicano con la debida mención de lo que actualmente se está haciendo para adecuar nuestro sistema a la teoría jurídica internacional de protección y respeto a los derechos humanos; para culminar en propuestas de reforma a la legislación vigente en nuestro país, con el fin de adecuarla a las crecientes necesidades de incorporación a la tendencia de globalización de los sistemas jurídicos mundiales en esta materia.

En un primer capítulo se hará una descripción de los conceptos generales manejados durante la investigación, enfocándonos en la dualidad de la constitución según la perspectiva desde donde se le estudie: La constitución como norma jurídica, y como norma política; así como en qué casos debe verse desde una u otra perspectiva; los medios de defensa jurisdiccionales nacionales para la defensa de los derechos fundamentales, haciendo énfasis en que estos, a diferencia de los derechos humanos en sentido amplio, son los que se encuentran reconocidos en el ordenamiento interno de un estado y su relación con la defensa interamericana de dichos derechos, sirviendo como parteaguas para el estudio de la jerarquía de los tratados internacionales en relación con la constitución que será estudiada más adelante.

Desde el surgimiento del neoconstitucionalismo y su adopción progresiva en el mundo nos encontramos con una tercera etapa en el desarrollo de los derechos sustantivos, la denominada *Internacionalización de los derechos*

humanos misma que tiene como característica principal la generación de declaraciones internacionales donde se hace reconocimiento a este tipo de derechos, así como la implementación de procedimientos y autoridades con jurisdicción internacional y supranacional para garantizar que los estados parte, realicen las gestiones necesarias para el respeto a los derechos fundamentales reconocidos en dichos tratados.

El segundo capítulo de nuestra tesis abre con la exposición de los derechos humanos reconocidos por la constitución mexicana, para continuar con el correspondiente la escuela interamericana, de la que nuestro país forme parte. La clasificación utilizada para abordar los derechos fundamentales reconocidos por la Constitución interna proviene de doctrina nacional, derechos de libertad, igualdad desde su doble perspectiva, vertical y horizontal; mientras que la externa es tomada del trabajo de autores extranjeros, que recaen en los mismos derechos pero vistos desde el concepto de derechos civiles, políticos y sociales.

Lo anterior tiene como fin el establecimiento de los derechos fundamentales, como columna vertebral de nuestra teoría de investigación, derechos constituyen la base de nuestro sistema normativo, y que en un momento determinado pueden llegar a echar a abajo una norma constitucional por violentarlo.

Se llevará a cabo un especial estudio en dos temas relacionados con el derecho fundamental a la presunción de inocencia, el primero es el arraigo y el segundo, la prisión preventiva oficiosa, pues por un lado, contradicen a la Constitución Federal, opinión desvirtuada a la fecha por la Suprema Corte de Justicia de la nación, quien argumenta que no es factible una contradicción dentro de la propia constitución, además de ser inimpugnable esta, conforme a la vigente ley de amparo. Sin embargo el tema va más allá, estas dos medidas cautelares se abordan de manera diferente en la constitución nacional y en la normatividad internacional, específicamente, la Convención Americana de Derechos Humanos, misma que contiene una prohibición a este tipo de medidas que anticipan la pena. Lo que tratamos de decir a modo de introducción es que es aquí donde tendremos

el primer choque político y jurídico entre nuestra constitución general y un ordenamiento internacional que, dicho sea de paso, fue aceptado por nuestro país como ente soberano y contiene el compromiso expreso de adecuar nuestra legislación interna a sus disposiciones, y a todas luces es también la justificación de nuestro trabajo investigativo.

Acabado el catalogo, procederemos a analizar los tribunales Internacionales de protección de los derechos fundamentales, clasificándolos en Tribunales Internacionales propiamente nombrados, y Tribunales Supranacionales, y estableceremos sus diferencias, esto se vuelve sumamente interesante en el momento en que mientras los primeros tienen un carácter de cooperación a los sistemas jurídicos internos de los países parte, y sus resoluciones no son vinculativas; los segundos, bajo el estandarte de la protección a los derechos fundamentales, a través de sus resoluciones afectan la soberanía de un estado.

Sin el ánimo estricto de entrar en temas de derecho comparado tan tempranamente en nuestro trabajo de tesis, describiremos tres sistemas: el europeo, por ser fuente del neoconstitucionalismo, teoría jurídica en la que basamos nuestra investigación; el sistema americano, por ser el nuestro, y como un extra, el africano, en virtud de las interesantes diferencias que se harán notar durante la lectura del presente trabajo, destacando, a la fecha en que se presenta el presente trabajo, la ausencia de un sistema asiático de protección internacional a los derechos humanos, mismo que resulta en una necesidad creciente en ese continente.

Posteriormente llegaremos a la meta del capítulo, la materialización de la defensa de los derechos fundamentales en materia internacional. Estudiaremos la fuerza vinculante de las sentencias de la corte Interamericana de Derechos Humanos tanto desde el punto de vista inter-partes como sus efectos *erga omnes*, como jurisprudencia internacional. Se estudiarán la efectividad y la eficacia como principios rectores de la legitimidad del derecho, en este caso especial el internacional para resolver que tan efectivas son las sentencias de la Corte, y exponer sus métodos tanto jurídicos como político-prácticos para cumplir sus

resoluciones.

Juzgamos conveniente aprovechar para el tercer capítulo del presente trabajo la estancia doctoral en la Universidad de Salamanca, en el Reino de Castilla y León, España, haciendo un análisis desde el punto de vista jerárquico de los tratados internacionales en materia de derechos humanos con respecto a la Constitución Española, abordando los procedimientos de defensa jurisdiccional, tanto en el derecho interno como en el derecho internacional, desde una perspectiva comparativa al sistema jurídico mexicano. Haremos énfasis tanto en las coincidencias de ambos sistemas como en las áreas de oportunidad que existan en nuestro país, de tal suerte que podamos proponer la modificación de nuestro sistema para perfeccionarlo, tomando como base, figuras que estén funcionando en España.

Para ello primeramente analizaremos los procedimientos de reforma constitucional en ambos países, y luego el de incorporación de los tratados internacionales al derecho interno, lo anterior con el fin de comparar primeramente la rigidez del sistema de reforma constitucional de un país y otro y después dentro de cada país las características entre el procedimiento de reforma constitucional con el de incorporación de un tratado internacional al derecho interno. Una vez terminado lo anterior, abordaremos la aplicación material del derecho internacional en España haciendo las respectivas referencias en relación al derecho mexicano.

Posteriormente se abordarán los mecanismos de defensa de los derechos humanos tanto en el orden local como internacional, haciendo una descripción breve de cada uno de ellos, con el único fin de enunciarlos y compararlos con el sistema mexicano al que estamos acostumbrados.

Sabemos que uno de los fines principales del procedimiento de incorporación de los tratados internacionales no solo en España y México, sino en todos los países debe ser cumplir con un principio de congruencia entre la norma fundamental y el tratado que se firma, sin embargo esto no excluye que al menos

como académicos no podamos abordar la paradoja que surge, en este caso en España y México, si se llega a dar incorporación formal de un tratado internacional en materia de derechos humanos, contradictorio al texto constitucional interno del país, buscando encuadrar una posible condena de un tribunal internacional para efectos de adecuar el texto constitucional a los derechos fundamental de un tratado internacional, es decir, el equivalente europeo del control de convencionalidad.

Se propondrán posibles soluciones a este riesgo en nuestro país, tomando como ejemplo la experiencia del país Ibérico y proponiendo en su caso la incorporación de figuras como el control previo de la constitucionalidad de los tratados internacionales o en su caso la interpretación del derecho internacional pero no desde el punto de vista jerárquico sino armónico donde se dejarían de ver las contradicciones para visualizar al derecho internacional como un complemento al derecho constitucional.

El estado del arte, en el argot de la metodología es definido como el uso de las técnicas o métodos más modernos y avanzados, y es un adjetivo que califica a algo como lo mejor que puede presentarse en la actualidad “...the most recent stage in the development of a product, incorporating the newest ideas and features”. En este sentido, el cuarto capítulo de nuestro trabajo obedecerá a la situación actual, según el máximo interprete en el sistema latinoamericano, del control de convencionalidad sobre la constitución de un país, reflejando los antecedentes de condenas de la Corte Interamericana de Derechos Humanos a modificar constituciones Generales, las figuras Constitucionales en nuestro país que pueden provocar tensión con la Convención Americana Sobre Derechos Humanos y el pronóstico a mediano plazo de estas figuras al ser confrontadas con el Tratado Internacional en mención.¹

Tal y como se insiste a lo largo del presente trabajo existe una gran variedad histórica de criterios sobre la jerarquía de los tratados internacionales en

¹ Oxford Dictionaries, en <https://en.oxforddictionaries.com/>.

relación con la constitución de un país, sin embargo, con la aceptación de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos llevada a cabo por nuestro país en 1998, aunado a los antecedentes de resoluciones vinculantes de la Corte Interamericana, donde se han condenado a países como Chile y República Dominicana a la modificación de sus disposiciones legales y constitucionales para adecuarlas al contenido de la Convención Americana de Derechos Humanos esto pareciera definirse finalmente, dotando a los compromisos internacionales cuando sean sobre derechos humanos una mayor jerarquía que la que posee propia carta magna.

Ahora bien, para abordar el tema de la jerarquía en el sistema normativo nacional, en relación al interamericano, es necesario hacer una clasificación de los tratados internacionales. Por un lado tenemos al pacto de San José, tratado internacional inclinado, tanto al reconocimiento, protección y reparación de derechos humanos, como a la creación de una Comisión y tribunal supranacional dedicado a materializar dicha protección, mismo que en última instancia será el intérprete del propio pacto, otros tratados suscritos por nuestro país que si bien versan sobre derechos fundamentales, no cuentan con un tribunal para hacerlos valer además de los de la justicia interna, y por último los tratados internacionales que no comprometen al país en materia de derechos fundamentales, sino que han sido diseñados para abordar otro tipo de relaciones entre estados. Estos últimos quedan excluidos del presente estudio pues existe consenso de que su jerarquía es inferior a los dos primeros y a la Constitución, siendo comparables únicamente con leyes secundarias.

En el cuarto capítulo del presente trabajo se abordarán tres rubros fundamentales: Primero, la confrontación directa entre los principios de soberanía y supremacía constitucional y la jurisdicción internacional ya aceptada por nuestro país de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, estudiaremos los antecedentes de juicios ante la Corte Interamericana de derechos Humanos donde un Estado parte ha sido condenado a la modificación de disposiciones constitucionales internas para adecuarlas a la Convención Americana, dos casos

específicos en los que delimitaremos nuestro estudio a las secciones donde se confronta el contenido constitucional con el del tratado internacional en materia de derechos humanos. En segundo lugar, pondremos en evidencia cómo disposiciones de nuestra constitución son confrontables tanto con un tratado internacional en materia de derechos humanos en general, como contra la Misma Convención Americana, y habiendo contradicción se hará un pronóstico de la inminente resolución de estos casos, toda vez que al tratarse de disposiciones meramente legislativas no dan lugar a un análisis de campo, sino que es suficiente la comparación de su contenido con el de la propia Convención Americana y demás tratados en la materia, utilizando el argumento de autoridad como eje central del trabajo, máxime que en el particular coincide con la opinión de quienes este trabajo elaboran; donde si existe discrepancia es entre la perspectiva del sistema interamericano y el criterio que ha tomado el Poder Judicial de la Federación cuando se le plantea la confrontación de una restricción constitucional con un tratado en materia de derechos humanos.

Por último, en aras de seguir con la progresividad del sistema jurídico nacional, estableceremos una serie de propuestas de reforma constitucional y legislativa que tienen como fin prevenir la incorporación de tratados internacionales que causen tensión o que de plano contradigan tajantemente el texto constitucional, reformas con el fin de crear mecanismos de control constitucional, o de ampliar a los ya existentes; para permitir identificar este tipo de normas contradictorias, y para analizar previo a su incorporación si lo conveniente es rechazar el tratado, aceptarlo con reservas o modificar nuestra constitución con ánimo de progreso, tomando como ejemplo los resultados obtenidos por otros países, en particular España, y dejar atrás el surrealismo jurídico en el que vivimos, y que alguna vez criticó Salvador Dalí.²

² E.g. El pintor, escultor, grabador, escenógrafo y escritor español Salvador Felipe Jacinto Dalí i Domènech, durante su visita a México pronunció la frase que hasta ahora ha sido en reiteradas ocasiones repetidas al analizar el folclor mexicano: “Jamás volveré a México, no soporto estar en un país más surrealista que mis pinturas”, postura similar a la adoptada por André Bretón,

considerado el padre del surrealismo, en su visita a nuestro país en el año 1938, después de vivir una serie de sucesos que mostraron al artista suficiente de nuestra cultura para dictaminar esta opinión.

CAPÍTULO PRIMERO. CONCEPTUALIZACIÓN GENERAL DEL DERECHO PROCESAL CONSTITUCIONAL

1.1. La constitución.

Constitución, según Juan D. Ramirez Gronda, es definible como el “conjunto de reglas fundamentales que rigen la organización y las relaciones entre dos poderes públicos, fijan los grandes principios de Derecho Público del Estado”³.

Por su parte, Elisur Arteaga Nava y Laura Trigueros Gaisman tiene una definición más amplia, donde incluye la supremacía constitucional, y el reconocimiento del Poder Constituyente originario como superior al permanente, por lo que si bien, existe este último con facultades para modificar el texto constitucional, estas son insuficientes si lo que pretende es eliminar sus principios fundamentales o cláusulas de intangibilidad:

Constitución. Del latín Constitutionem de Constituere, este de con y stituere, establecer, fundar, del contexto de la constitución se desprende que, se trata de un complejo normativo de naturaleza positiva, que tiene el carácter de ser suprema, de jerarquía superior, que fue emitida totalmente en un solo momento, que prevé la existencia de órganos de autoridad, sus facultades y limitaciones, que establece derechos a favor de los individuos y vías para hacerlos efectivos, principios y objetivos de la nación mexicana, y que ella emana todo orden normativo que por esencia es secundario, sea federal o local.⁴

De la expresión *que fue emitida en un solo momento* se desprende la clara intención de los tratadistas de diferenciar el poder constituyente originario como aquel que se unió con el único fin de crear el texto constitucional, y que representa la voluntad libre y completa del pueblo de darse una constitución, retomando las

³ Ramirez Gronda, Juan D., *Derecho Constitucional*, 11ª Edición, Argentina, Claridad, 1994, Pág. 92.

⁴ Arteaga Nava, Elisur y Trigueros Gaisman, Laura, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press, Volumen 2, 2000, Pág. 14.

ideas de Pedro de Vega en este sentido.⁵

Por su parte, Manuel Gracia Pelayo coincide en concebir a la constitución como un complejo normativo, establecido en un solo momento, que prevé órganos y competencias aunque en su definición omite hablar de una parte dogmática de la constitución, lo que la vuelve incompleta, sin embargo para los efectos de abordarla como norma suprema cumple con los requisitos mínimos.

Concibe la constitución como un complejo normativo establecido de una sola vez y en el que de una manera total, exhaustiva y sistemática se establecen las funciones fundamentales del estado y se regulan los órganos, el ámbito de sus competencias y las relaciones entre ellos, la constitución es, pues, un sistema de normas⁶.

La definición tradicional de constitución se limita a texto normativo de un solo país, sin embargo a partir de la sentencia 293/2011 de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, este concepto se amplía, pues trae implícito que los Tratados en materia de derechos humanos, suscritos por nuestro país son constitución, acorde con el contenido del vigente artículo 1º constitucional.

Esta tesis de jurisprudencia, la primera de la (sentencia) 293(/2011) viene a consolidar en nuevo paradigma constitucional, antes de esta jurisprudencia había dentro de la Corte dos criterios, dos... dos bloques digamos, quienes pensábamos que los derechos humanos de fuente internacional eran constitución y quienes pensaban que tenían jerarquía infra-constitucional. A partir de esta jurisprudencia se crea o se reconoce este bloque de constitucionalidad formado tanto por los derechos propiamente constitucionales, los que establece nuestra constitución, como aquellos que están en tratados internacionales y que se incorporan a la constitución por mandato del propio artículo primero... a partir de esta tesis ya no es válido

⁵ Véase Vega, Pedro de, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, España, Tecnos, 1985, Pág. 248.

⁶ García Pelayo, Manuel, apud Arteaga Nava, Elisur y Trigeros Gaisman, Laura, *op. cit.*, Pág. 14.

interpretar los asuntos como si el derecho constitucional y el internacional fueran mundos separados... lo que entra como norma constitucional, es el derecho humano establecido en un tratado internacional⁷.

Sin embargo el propio numeral citado hace una distinción que es conveniente traer a colación, pues de ella surge una nueva figura jurídica que aun y cuando criticada por los neo constitucionalistas, es necesario su estudio, *las restricciones constitucionales*, figura surge cuando nos dice el órgano reformador de la constitución que el que el ejercicio de los derechos fundamentales solo puede restringirse o suspenderse en los casos y las condiciones que la constitución y no los tratados internacionales establecen, imponiendo a la restricción constitucional por encima de los derechos fundamentales reconocidos en el bloque de constitucionalidad.

Es así como se concluye que constitución es entonces, en sentido amplio, el conjunto de normas fundamentales consagradas en uno o varios documentos que establecen de manera sistemática y exhaustiva las bases para la organización estatal, así como los derechos fundamentales de los gobernados, y cuya interpretación y jerarquía dependen de la propia soberanía de una nación, que en ejercicio de dicho poder soberano se compromete y genera acuerdos internacionales que generan derechos que materialmente forman parte de la misma, mientras que en sentido estricto nos remontamos a las definiciones clásicas. Dependiendo del contexto es como se habrá de interpretar tanto en el presente trabajo como en la legislación que se estudie.

1.2. Supremacía constitucional.

Este tema será abordado en nuestro trabajo desde dos perspectivas, la primera referida a la constitución como norma política y la segunda a la constitución como norma jurídica. La razón es muy simple, nuestro trabajo de tesis está encaminado a la posibilidad de aplicar un tratado internacional por encima de

⁷ Zaldívar Lelo de Larrea, Arturo, entrevista con Miguel Carbonell, en <https://www.youtube.com/watch?v=pgAKCDaYmE4>.

la constitución cuando este traiga al gobernado el reconocimiento de un derecho humano superior al de la carta magna o una mayor protección al previamente reconocido, en ese orden de ideas, si vemos a la constitución como una norma meramente política y no jurídica, la hipótesis se desvirtúa, siendo imposible la progresividad en la protección al derecho humano, según se define a continuación.

La supremacía constitucional, nos dice Ignacio Burgoa Orihuela⁸, se encuentra fundamentada en el artículo 133 de la Carta Magna de nuestro país, y al otorgarle a esta el carácter de norma fundamental, toda la normatividad inferior que la contradiga deberá quedar sin efectos.

De acuerdo con estas ideas, la actividad del legislador ordinario, originado por y en la constitución, debe estar sometida a los imperativos de ella y los fundamentales o efectos objetivos de dicha actividad, o sea las leyes, tienen, consiguientemente, que supeditárseles también y, en caso de contradicción, debe optarse por la aplicación de la ley fundamental, lo cual no es otra cosa que la expresión del principio de supremacía constitucional.

Diego Moreno Rodríguez Alcalá, nos explica cómo es que ver a una norma de una u otra perspectiva, no solo influye para su estudio teórico sino para el práctico, en el particular del control de la constitucionalidad, pues, dice, el control judicial de la ley ha sido fundamentado históricamente en esta distinción. Una constitución vista como ley, permite su control por medio de mecanismos que el propio dey u ordenamiento diverso establezcan, en tanto que la política se sujeta a soluciones ordinarias como el voto, la negociación o el compromiso.

En el contexto norteamericano, el control judicial de la ley ha sido fundamentado históricamente teniendo en mente una distinción bastante nítida entre el derecho y la política. En tanto que la política podía estar sujeta a desacuerdos que debían ser resueltos por medio de los mecanismos políticos ordinarios como el voto, la negociación, el

⁸ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª edición, 1ª reimpresión, México, Porrúa, 2010, Pág. 365.

compromiso, etc., había ciertas cuestiones que la constitución removía de la agenda política ordinaria y que las dejaba reservada a la actuación de los jueces, quienes debían resolverlas aplicando el derecho objetivo de conformidad a las técnicas propias del método jurídico⁹.

Tal es el caso, cuando el órgano constituyente permanente percibe la necesidad de modificar el texto constitucional para adecuarlo a una nueva realidad social y con ello trae una mayor protección a derechos humanos determinados, como lo fue, la abolición de la pena de muerte en nuestro sistema jurídico.

De este modo, cuando vemos a la constitución como norma jurídica, da cabida al control jurisdiccional de sus reformas, y de verla como norma política no, dejando al control político como la única posibilidad.

1.2.1. La Constitución como norma Política.

La primera perspectiva es ver a la constitución como norma política, en la que se ven reflejadas las ideas y voluntad de pueblo que le dio vida, es decir, toda la ideología y esencia de limitación al poder, en el caso mexicano, después de una lucha armada sentando las bases, sin saberlo, del reconocimiento de ciertos derechos humanos de tercera generación, en palabras de Rafael Ruíz Mantea.

Que una sociedad tenga constitución, que un estado sea constitucional, significa ante todo que la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. Luchar por la libertad es, así, luchar por la constitución, y constitucionalismo y liberalismo aparecen como términos equivalentes, porque en ese significado la palabra constitución designa algo más que una norma jurídica, la propia organización del estado que obedece a determinados principios, esto es que responde a una determinada

⁹ Rodríguez Alcalá, Diego Moreno, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales, una perspectiva crítica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, colección Estudios Constitucionales, Pág. 171.

'esencia'¹⁰.

En este sentido esta la opinión de Diego Moreno Rodríguez Alcalá, quien desde un punto de vista axiológico asevera que las normas políticas, en nuestro caso la constitución deben ser controladas por mecanismos igualmente políticos dejando de lado el control jurisdiccional.

...ni siquiera la importancia asignada al derecho a participar y a los ideales asociados de autogobierno y democracia constituiría razón suficiente para sustraer dichos valores del cuidado de las instituciones democráticas y representativas, asignando la palabra final a un procedimiento de las características del control judicial. Todo lo contrario, dada la importancia, de estas cuestiones que hacen al funcionamiento mismo de una democracia, con mayor razón au debe verse por su continua mejora y perfeccionamiento por medio de los cauces participativos de la política ordinaria¹¹.

De la lectura de las anteriores se establece el método de solución de los problemas constitucionales, utilizando formas políticas, negociación, compromisos, voto, etcétera. Esta postura resulta acorde con la opinión actual de la Suprema Corte de la Nación al Resolver la Contradicción de Tesis 293/2011, antes abordada, pues limita la potestad de los órganos jurisdiccionales a controlar leyes y tratados secundarios y en el caso de que un tratado internacional en materia de derechos humanos contradijese una limitación expresa del derecho, establecida en la constitución interna, se estará al texto constitucional.¹²

1.2.2. La Constitución como norma Jurídica.

La segunda perspectiva parte de la idea de concebir a la constitución en un

¹⁰ Ruiz Mantea, Rafael, et. al., *Introducción al derecho constitucional*, España, Trotta, 1994, Colección: Estructuras y procesos, serie de derecho, Pág. 12.

¹¹ Rodríguez Alcalá, Diego Moreno, *op. cit.*, Pág. 402.

¹² Véase Sentencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 290/2011.

sentido más material y objetivo, es decir con una norma jurídica, la ley de leyes pero una ley al fin.

Cuando hablamos de la constitución como norma política, nos es difícil hablar de una jerarquía igual o inferior a un tratado internacional, sin embargo si la vemos como norma jurídica, las cosas cambian, se puede colocar a la par o por encima de ella otra figura, como podría ser los derechos fundamentales, no como normas sino como derecho natural, intrínseco del ser humano. Ahora bien, la doctrina es prácticamente unánime al igual que el Tribunal Constitucional, al considerar que si bien la Constitución Española puede ser vista como norma jurídica no es cualquier norma jurídica sino la norma fundamental, es decir donde se encuentran vertidos los principios fundamentales del pueblo español.

La constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico¹³.

No obstante, el darle carácter de norma, en sentido fáctico no limita su alcance en cuanto a que fue creada por el pueblo en pleno ejercicio de sus soberanía, por lo que conviene analizar esta condición a la luz de la calidad normativa de la constitución.

1.2.3. Soberanía

La soberanía es definida por el tratadista Juan D. Ramirez Gronda, haciendo énfasis en la superioridad del soberano, y jerarquía inferior del gobernado; como a continuación se describe:

Concepto referido a la comunidad política estatal y que significa una propiedad del poder público que consiste en ser superior a los demás. En

¹³ Calvo Vidal, Félix M., *La Jurisprudencia. ¿Fuente del derecho?*, España, Lex nova, 1992, Pág. 56.

este sentido es soberana la nación, pero no las provincias, desde que existe sobre ellas el poder del estado nacional, las provincias son autónomas.¹⁴

En un sentido análogo, es soberana la nación u no los estados, ni los municipios, quienes en el mejor de los casos gozaran de autonomía, regulándose por la constitución en su parte orgánica, que establecerá las bases para sus relaciones. En este sentido, la parte orgánica de la constitución, al no intervenir en el reconocimiento de derechos fundamentales, no tiene conflicto con los que reconozca o brinde protección especial o amplia, un tratado internacional, y es por ello que los estados suelen cuidar no comprometer su estructura orgánica al suscribir compromisos internacionales. El problema surge cuando es un derecho humano el protegido en mayor medida que el derecho interno.

1.2.4. Control del Poder ex officio

Desde la entrada en vigor de la reforma constitucional de 2011, se han establecido diversidad de tesis que interpretan el artículo 1º constitucional reformado, mismas que se han desarrollado desde reconocerle facultades explícitas al poder judicial de la federación inaplicar una norma cuando considere que esta contravenga a la constitución general, hasta limitantes al ejercicio de este control difuso de la constitucionalidad.

En un principio tenemos que en tesis aislada, el Poder Judicial de la Federación establece estar facultado para ejercer el control difuso de convencionalidad, es decir, inaplicar una norma de derecho interno para aplicar en su lugar una de derecho internacional en materia de derechos fundamentales, tesis que por cierto ha sido objeto de denuncias de contradicción aun que hasta el momento sigue vigente, siendo la última la radicada bajo el expediente 351/2014 pendiente de resolverse por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la nación.

CONTROL DE CONVENCIONALIDAD DIFUSO. DEBE EJERCERSE DE

¹⁴ Ramirez Gronda, Juan D., *op. cit.*, Pág. 92.

OFICIO POR LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN. A partir de las reformas a los artículos 1o. y 103, fracción I, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, publicadas en el Diario Oficial de la Federación el 10 y 6 de junio de 2011, respectivamente, los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, ante la violación de los derechos humanos, deben ejercer el control de convencionalidad difuso, al ampliarse su competencia en cuanto al objeto de protección del juicio de amparo; es decir, afines a la lógica internacional, se extiende el espectro de protección en materia de derechos humanos y dada la necesidad de constituir al juicio de amparo en un medio más eficiente de autolimitar el abuso de la actuación de las autoridades públicas, se amplía el marco de protección de ese proceso, extendiendo la materia de control. En ese sentido es que mediante el juicio de amparo se protegen directamente, además de las garantías que preveía nuestra Constitución, los derechos humanos reconocidos por ésta, así como por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, en los que operan los principios de progresividad, universalidad, interdependencia e indivisibilidad, mediante la expresión clara del principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que brinden mayor protección a las personas, lo que mira hacia la justiciabilidad y eficacia de los derechos que, a la postre, tiende al mejoramiento de las condiciones de vida de la sociedad y al desarrollo de cada persona en lo individual; por eso, para hacer eficaz la protección de los derechos humanos, el control de convencionalidad difuso debe ejercerse de oficio por los citados órganos porque, de lo contrario, los convenios, pactos o tratados sólo constituirían documentos sin materialización de su contenido, con la consecuente generación de inseguridad jurídica, toda vez que el gobernado tendría incertidumbre sobre la normativa aplicable; además, el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente,

pues no podría entenderse un control como el que se indica, si no parte de un control de constitucionalidad general que deriva del análisis sistemático de los artículos 1o., 103 y 133 de la Constitución Federal y es parte de la esencia de la función judicial. CUARTO TRIBUNAL COLEGIADO DE CIRCUITO DEL CENTRO AUXILIAR DE LA TERCERA REGIÓN, CON RESIDENCIA EN GUADALAJARA, JALISCO. Amparo directo 633/2011. Pedro Rodríguez Alcántara. 20 de octubre de 2011. Unanimidad de votos. Ponente: Jorge Humberto Benítez Pimienta. Secretario: Nicolás Alvarado Ramírez¹⁵.

Según la tesis anterior, los órganos jurisdiccionales del Poder Judicial de la Federación, ante la violación de los derechos humanos, deben ejercer el control de convencionalidad difuso. Extendiendo el espectro de protección en materia de derechos humanos y la materia de control para proteger, mediante el juicio de amparo, los derechos humanos reconocidos la misma, y por los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, mediante la expresión clara del principio pro persona como rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, lo que mira hacia la justicia y mejora de las condiciones de vida de la sociedad. Por eso, para hacer eficaz la protección de los derechos humanos, el control de convencionalidad difuso debe ejercerse de oficio por los citados órganos porque, de lo contrario, los convenios, pactos o tratados sólo constituirían documentos sin materialización de su contenido, con la consecuente generación de inseguridad jurídica, toda vez que el gobernado tendría incertidumbre sobre la normativa aplicable; además, el mecanismo para el control de convencionalidad ex officio en materia de derechos humanos debe ser acorde con el modelo general de control establecido constitucionalmente, pues no podría entenderse un control como el que se indica, si no parte de un control de constitucionalidad general que deriva del análisis sistemático de los artículos 1o, 103 y 133 de la Constitución Federal y es parte de la esencia de la función judicial.

¹⁵ Tesis: III.4o.(III Región) 1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, Tomo 5, Enero de 2012, Pág. 4321.

En un segundo momento el propio poder judicial federal establece la tesis Tesis: I.2o.C.3 K (10a.), en la que las facultades de inaplicación de la legislación interna se limita a aquellos casos donde se traten asuntos más allá de la simple legalidad, es decir, la facultad referida, no significa que la autoridad judicial deba concluir con la interpretación conforme o la desaplicación de la ley, si del análisis del asunto se advierte que en realidad no existe un problema de constitucionalidad o convencionalidad, esto es, que la disposición inferior aplicable no pugna con las normas de derechos humanos establecidas en la Constitución Federal o en los instrumentos internacionales, sino que sólo deben dilucidarse cuestiones de mera legalidad, como en el caso, en que una de las partes en un juicio afirme que le asiste un derecho de conformidad con la ley secundaria y éste se le haya negado por la propia autoridad, tal y como a continuación se transcribe:

DERECHOS HUMANOS. EL EJERCICIO DE LA FACULTAD DE CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD EX OFFICIO A CARGO DE LAS AUTORIDADES JUDICIALES DEL PAÍS, NO SIGNIFICA QUE ÉSTAS DEBAN REALIZAR LA INTERPRETACIÓN CONFORME O LA DESAPLICACIÓN DE LA LEY SECUNDARIA, SI LA RESOLUCIÓN DEL ASUNTO SE CONSTRIÑE A DILUCIDAR CUESTIONES DE MERA LEGALIDAD. De los artículos 1o. y 133, última parte, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, así como de su interpretación realizada por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, se colige que los Jueces del país están obligados a ejercer de oficio el control de constitucionalidad y convencionalidad en materia de derechos humanos. La facultad referida, no significa que la autoridad judicial deba concluir con la interpretación conforme o la desaplicación de la ley, si del análisis del asunto se advierte que en realidad no existe un problema de constitucionalidad o convencionalidad, esto es, que la disposición inferior aplicable no pugna con las normas de derechos humanos establecidas en la Constitución Federal o en los instrumentos internacionales, sino que sólo deben dilucidarse cuestiones de mera legalidad, como en el caso, en que una de las partes en un juicio afirme que

le asiste un derecho de conformidad con la ley secundaria y éste se le haya negado por la propia autoridad responsable con fundamento en la mencionada norma inferior, pues en ese supuesto, la resolución del asunto se reduce a determinar la disposición específicamente aplicable y/o a fijar su interpretación legal, sin que sea materia de conflicto la posible contradicción con algún derecho humano previsto en la Constitución o en un instrumento internacional, ni esa contraposición se desprenda del estudio correspondiente. SEGUNDO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA CIVIL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 308/2013. Maribel López Páez. 31 de octubre de 2013. Unanimidad de votos. Ponente: Jaime Aurelio Serret Álvarez. Secretaria: Leticia Ramírez Varela.¹⁶

Es así como principios como el *Pro Personae* y la interpretación conforme, entendido el primero como la búsqueda del mayor beneficio a la persona, y el segundo como la conjunción de la interpretación de los derechos fundamentales utilizando tanto el texto de la carta magna como aquel derivado de un documento normativo internacional que se refiera al derecho en cuestión, aunque con cierta inmadurez, tal y como lo evidencia el análisis de la tesis inmediatamente anterior transcrita, toman especial importancia al momento de resolver los problemas de interpretación de hechos y de derechos.

1.3. La supremacía Constitucional contra el derecho natural. La teoría jurídica a aplicar.

La Supremacía Constitucional puede ser definida como la figura jurídica mediante la cual se centra a la constitución como el ordenamiento superior de un estado, viciando de nulidad cualquiera que lo contravenga. Verlo de esta manera excluye cualquier otro principio en el derecho que sea ajeno al iuspositivismo pues es a un documento y no a un principio o derecho al cual se le da la jerarquía máxima.

¹⁶ Tesis: I.2o.C.3 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, Pág. 2353.

...doctrina que reconoce como única manifestación del derecho al conjunto de las normas que integran el sistema jurídico estatal, es decir, de aquel complejo de normas cuyo cumplimiento puede ser exigido por medio de la actividad de los órganos, establecidos al efecto, en el caso de que no sean cumplidas de manera voluntaria.¹⁷

Por otro lado, el derecho natural es definido por Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara como el “Conjunto de las normas que los hombres deducen de la intimidad de su propia conciencia y que estiman como expresión de la justicia en un momento histórico determinado”, y concederle relevancia a un derecho natural derivado de la actividad de los operadores jurídicos oficiales, sin tomar en cuenta el texto legal es caer en otro vicio pues la ley se convertiría en letra muerta y habría incertidumbre jurídica. En este sentido consideramos que el derecho constitucional debe ser regido por una teoría ecléctica entre estas dos, y es precisamente en la que se basa nuestro trabajo de tesis dándole importancia al principio pro-persona y a la interpretación conforme a este, sobre la propia supremacía constitucional.¹⁸

Miguel Carbonell hace un interesante señalamiento en cuanto a la vinculatoriedad de la constitución puesto que esta debe ser vista como norma fundamental cuya contradicción debe provocar la nulidad e inaplicabilidad de la norma inferior para todos los efectos a que haya lugar, tendiendo presente que la constitución no vincula u obliga jurídicamente como lo hacen las demás normas del ordenamiento, sino que ha tenido que imponer su vinculatoriedad incluso, y sobre todo frente a otras normas. Entendiendo que si una constitución es una norma suprema, cualquier otra norma del sistema que sea declara contraria a la misma debe ser expulsada del mismo, de forma que no solamente se le declare como no aplicable a un caso concreto, sino que incluso deje de existir para todos los efectos.

¹⁷ Pina, Rafael de, Y Pina Vara, Rafael de, 32ª edición, *Diccionario de derecho*, México, Porrúa, 2003, Pág.. 412.

¹⁸ *Ibidem*, Pág. 236.

Para comprender lo que significa en la actualidad la supremacía constitucional, debe tenerse presente que la constitución no vincula u obliga jurídicamente como lo hacen las demás normas del ordenamiento. Históricamente la constitución ha tenido que imponer su vinculatoriedad incluso, y sobre todo frente a otras normas, no siempre se ha considerado que la constitución es una norma suprema ni siempre se han sacado del principio de supremacía las consecuencias adecuadas. Así, por ejemplo no siempre se ha entendido- di se entiende en la actualidad en México- que si una constitución es una norma suprema, cualquier otra norma del sistema que sea declara inconstitucional debe ser expulsada del mismo, de forma que no solamente se le declare como no aplicable a un caso concreto, sino que incluso deje de existir para todos los efectos.¹⁹

De la lectura, hasta este momento del presente trabajo se desprende una duda en cuanto al rumbo del mismo, pues se inició hablando de la posibilidad de la confrontación de la constitución federal contra un tratado internacional en materia de derechos humanos, y ahora se habla de una indebatible supremacía constitucional. Para aclarar este punto resulta necesario recordar la definición o idea de constitución que se desprende de la contradicción de tesis 293/2011, donde la Suprema Corte de Justicia de la Nación amplió la percepción de constitución, incluyendo en esta nueva idea o paradigma, a dichos ordenamientos internacionales.

1.4. El bloque de constitucionalidad, la interpretación conforme y el principio pro homine (pro persona).

Nos referimos no a otra figura que al bloque de constitucionalidad, que de acuerdo con Ismael Camargo Gonzalez y Francisco López Sánchez, consiste en "...interpretar de manera armónica el contenido normativo de diversos dispositivos constitucionales entre ellos, y en su caso con las disposiciones contenidas en los

¹⁹ Carbonell Sánchez, Miguel, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa, 2004, Pág. 67.

tratados y convenios internacionales, formando así un bloque de constitucionalidad como un todo indivisible”²⁰. Definición con la que de hecho nos encontramos de acuerdo sin embargo, su uso es delicado, pues le estamos dando igual jerarquía a los tratados internacionales que a la constitución.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación por su parte ya se ha pronunciado en cuanto a la definición del bloque de constitucionalidad limitándose a considerar que únicamente es el conjunto de normas que tienen jerarquía constitucional en el ordenamiento jurídico de cada país, sin especificar, al menos en la definición cuales son, sin embargo si deja abierto al razonamiento del juzgador para la aplicación de principios y valores que no figuren propiamente en el ordenamiento.

...se trata de una categoría jurídica (un concepto) 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 remite²¹.

Entonces, se concluye que los elementos que conforman el bloque de constitucionalidad son: La Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (CPEUM), la Convención Americana Sobre derechos Humanos (CADH) y la Jurisprudencia de la Corte Interamericana de derechos Humanos en la medida

²⁰ Camargo González, Ismael y López Sánchez, Francisco, “La argumentación jurídica y los neoparadigmas del derecho”, en CAMARGO GONZÁLEZ, ISMAEL, et Ali (Coords.) *La argumentación jurídica y los nuevos paradigmas del derecho*, México D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012, Pág. 10.

²¹ Suprema Corte de Justicia de La Nación, *Bloque de constitucionalidad en México*, México, Comisión de derechos humanos del Distrito Federal, Suprema corte de Justicia de la Nación, Naciones Unidas derechos humanos, oficina del alto comisionado, Pág. 17.

que resulte más favorable al promovente, y deberá ser respetado por toda autoridad jurisdiccional.

El control de constitucionalidad debe tomar en consideración que la CPEUM, en su sentido integral y completo, no solo está conformada por sus propias previsiones, sino también por su interpretación ante la CADH y la jurisprudencia interamericana, en el sentido más favorable²².

Ahora bien, pasemos al estudio de la Interpretación conforme, debe entenderse, nos dicen Rafael de Pina y Rafael de Pina Vara, como interpretación del derecho, "...tanto a la actividad intelectual encaminada a investigar su verdadero sentido como el resultado de esta investigación"²³, así también estos autores nos dan una interesante crítica al pensamiento poco razonado de que solo las normas oscuras merecen interpretarse.

La idea de que las normas legales oscuras son las únicas que pueden ser objeto de interpretación, se basa en un profundo error acerca de los fines de la interpretación porque... si la aplicación de la norma implica una labor de la inteligencia para la subsunción del caso particular, no es posible realizarla sin su previa interpretación, aparte de que la claridad y la oscuridad son conceptos relativos; una ley clara en su texto puede ser ambigua y oscura en cuanto al fin que se propone, y una que no se preste a dudas nunca puede convertirse en dudosa por efecto del incesante surgir de nuevas relaciones que produzcan la duda en cuanto a si son o no reguladas por la norma hasta entonces aplicada invariablemente²⁴.

Este último dato es de suma importancia para nuestro trabajo en virtud de

²² Caballero Ochoa, José Luis, "La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º segundo párrafo de la constitución)" en Carbonell Sánchez, Miguel y Salazar Pedro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma*, México Distrito Federal, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Pág. 122.

²³ Pina, Rafael de, Y Pina Vara, Rafael de, *op. cit.*, Pág. 329.

²⁴ *Ídem.*

que la definición de Interpretación conforme que se deduce de la redacción final del artículo 1º segundo párrafo de la constitución general, reformado en 2011, que cada norma interna, previo a su aplicación deberá compararse tanto con la constitución como con los tratados internacionales, aplicando la que mayores beneficios le traiga al gobernado.

Tratándose de normas de derechos humanos, estas se interpretarán de conformidad con esta constitución y con los tratados internacionales de derechos humanos de los que México sea parte, en su aplicación, bajo el principio de no contradicción con esta constitución, se observaran aquellas que resulten más favorables²⁵.

Tratándose de derechos fundamentales Edgar Carpio ha sintetizado los siguientes principios interpretativos mismos que quizá evidencien la limitación en nuestra carta magna por solo tomar en cuenta el primero de ellos, sin embargo, y para efectos académicos conviene su estudio, al menos en este marco conceptual:

- Principio Pro Homine, el cual tiene dos variantes principales, preferencia interpretativa, según la cual el intérprete ha de preferir la interpretación que más optimice un derecho fundamental y que se plasma en los su principios de favor libertades, de protección a las víctimas o favor debilis, de prohibición de aplicación por analogía de normas restrictivas de derechos, de in dubio pro operario, de in dubio pro reo, de in dubio pro actine, etcétera). Preferencia de normas, de acuerdo con la cual el intérprete si puede aplicar más de una norma al caso concreto, deberá preferir aquella que sea más favorable a la persona, con independencia del lugar que ocupe dentro de la jerarquía normativa, la preferencia de normas más favorables tiene su fundamento en el artículo 55 de la convención americana de derechos humanos.
- Posición preferente de los derechos fundamentales (preferred freedoms), de

²⁵ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, Pág. 111.

acuerdo con este principio el intérprete que se enfrenta a un caso concreto en el que dos distintos derechos pueden entrar en colisión, debe aplicar de forma preferente alguno de ellos, siempre y cuando haya realizado antes un ejercicio de ponderación entre ellos. Así, y según se expone en el capítulo tercero, varios tribunales constitucionales han sostenido que la libertad de expresión y la libertad de prensa tienen un valor preferente frente a derechos como el de intimidad u honor, en virtud de que tales libertades tienen un papel esencial para la construcción de una opinión pública libre que a su vez es condición necesaria de todo sistema democrático.

- Mayor protección de los derechos; de acuerdo con este principio se entiende que la regulación constitucional de los derechos es solamente un estándar mínimo, que puede y debe ser ampliado por los distintos intérpretes que los aplican. Esto implica no solamente al intérprete judicial sino también al legislador cuando promulga leyes o a la administración pública cuando expide reglamentos o cuando diseña políticas públicas para hacer realidad los derechos. Desde luego un primer elemento de mayor protección de los derechos se suele encontrar en los tratados internacionales, los cuales deberán ser atendidos y correctamente aplicados por los jueces nacionales (por desgracia en México todavía no sucede esto, ya que los jueces conocen poco los tratados y además los abogados no suelen esgrimirlos en sus demandas).
- Fuerza expansiva de los derechos; este principio se puede aplicar tomando varias perspectivas, por ejemplo en cuanto a la titularidad de los derechos (en este caso, el intérprete debe extender cuanto sea posible el universo de los sujetos titulares, para que les llegue al mayor número de personas la protección de los derechos) o cuanto a la eficacia horizontal y vertical de los derechos (esto nos lleva al tema de la *dritwirkung der grundrechte*, que en México apenas comienza a ser explorada, con mucho retraso con respecto a los que se ha hecho en otros países)²⁶.

²⁶ Carpio, Edgar, apud Carbonell Sánchez, Miguel, *Los Derechos... cit.*, Págs. 130-132.

La Suprema Corte de Justicia de la Nación ya se ha pronunciado también en relación al principio *Pro homine* según se desprende de la tesis aislada XVIII.3o.1 K (10a.) que a continuación se transcribe, misma que indica que el juzgado al aplicar este principio deberá atender a la interpretación más extensiva del derecho fundamental en particular para lograr la máxima protección al gobernado:

PRINCIPIO PRO HOMINE. SU CONCEPTUALIZACIÓN Y FUNDAMENTOS. En atención al artículo 1o., segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, adicionado mediante decreto publicado en el Diario Oficial de la Federación el diez de junio de dos mil once, las normas en materia de derechos humanos se interpretarán de conformidad con la Carta Magna y con los tratados internacionales de la materia, procurando favorecer en todo tiempo a las personas con la aplicación más amplia. Dicho precepto recoge de manera directa el criterio o directriz hermenéutica denominada principio pro homine, el cual consiste en ponderar ante todo la fundamentalidad de los derechos humanos, a efecto de estar siempre a favor del hombre, lo que implica que debe acudirse a la norma más amplia o a la interpretación extensiva cuando se trate de derechos protegidos e, inversamente, a la norma o a la interpretación más restringida, cuando se trate de establecer límites para su ejercicio. Asimismo, en el plano del derecho internacional, el principio en mención se encuentra consagrado en los artículos 29 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos y 5 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, publicados en el Diario Oficial de la Federación, de manera respectiva, el siete y el veinte de mayo de mil novecientos ochenta y uno. TERCER TRIBUNAL COLEGIADO DEL DÉCIMO OCTAVO CIRCUITO. Amparo en revisión 402/2011. Guadalupe Edith Pérez Blass. 19 de enero de 2012. Unanimidad de votos. Ponente: Juan José Franco Luna. Secretario: Salvador Obregón Sandoval.²⁷

²⁷ Tesis: XVIII.3o.1 K (10a.), Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta, Décima Época,

De aquí la constante insistencia en los actuales cursos de Derecho Constitucional, pues al entender los alcances e importancia de estos principios es posible hacerlos valer en juicio, pues las autoridades jurisdiccionales se encuentran obligadas en todo momento a interpretar la ley, de conformidad con los mismos. Entonces, avanzamos en la preparación del eje central del presente trabajo, hasta dónde afectan los principios pro persona y de interpretación conforme el control de la constitucionalidad, si este solo puede ser visto en el derecho interno, y siempre y cuando no se confronte con otra norma derivada de la propia constitución, o si las autoridades nacionales e internacionales se encuentran obligadas a hacerlos valer por encima del derecho interno, en aras de una mayor protección.

1.5. El Control de la Constitucionalidad

Nuestra forma de gobierno es constitucional, es decir tenemos una constitución como norma fundamental, la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, sobre la cual y según ella misma establece, no puede existir ordenamiento alguno interno que la contradiga.

De ese modo, deben existir mecanismos que aseguren la observancia de la supremacía constitucional antes definida, a cargo de Autoridades que se apeguen al principio de imparcialidad estricto, a la figura resultante del establecimiento de esos mecanismos que llamamos control constitucional.

Fernanda Pérez Her define al control constitucional o control de la constitucionalidad como "...el mecanismo jurídico por el cual para asegurar el cumplimiento de las normas constitucionales se invalidan las normas de rango inferior que no hayan sido hechas de conformidad con aquellas", definición con la que no nos encontramos del todo de acuerdo, pues considera que para invalidar una norma, esta tiene que ser de rango inferior, dejando de lado a los tratados internacionales que en caso de contravenir derechos humanos podrían,

bajo el principio pro-persona ser igualmente invalidados²⁸.

La autora en mención considera que "...la Constitución de un país es la norma de mayor jerarquía a la cual deben sujetarse las de valor inferior, entendiéndose por tales a las leyes dictadas por el parlamento, los decretos y demás resoluciones dados por el Poder Ejecutivo o por entidades autárquicas y las sentencias y demás resoluciones de los jueces".

Desde luego que el control constitucional tiene como base el principio de supremacía constitucional, sin embargo esta supremacía, desde nuestro punto de vista, no debe limitarse a las leyes y demás ordenamientos inferiores, sino que debe ambicionar a la tutela del trabajo del denominado poder constituyente permanente, pues sería inadmisibles que por un error de quienes conforman este órgano, la constitución se contradijera a sí misma y perdiera legitimidad²⁹.

Igualmente importante es que quien conozca de los medios de control constitucional, adolezca de impecable reputación, en el caso de los medios jurisdiccionales de control constitucional, sean jueces con responsabilidad y dotados de una imparcialidad como la que menciona Joel Carranco Zúñiga a continuación:

En un gobierno que se precie de ser democrático y el estado de derecho sea un modo de vida más que un eslogan, la función del juzgador constituye el baluarte más fuerte de su consistencia, debido a que asegura la convivencia armónica entre sus individuos, y hace efectiva la promesa del imperio del rey por sobre cualquier interés particular. Para ello se requieren de jueces con conciencia y dignidad en el ejercicio de su cargo, quienes deberán abstraerse de cualquier motivo que no sea su propia convicción para resolver un asunto litigioso. Nada más frustrante que juzgadores sometidos al poder político, temerosos de la opinión política, y deseosos de conservar el cargo a

²⁸ Pérez Her, Fernanda, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1999, Págs. 478 y 479.

²⁹ *Ídem*.

costa de los ideales universales derivados de la razón humana.³⁰

Por ello la importancia de saber en hombros de quién debe dejarse el ejercicio de un control de la actividad del Constituyente permanente, no consideramos que el mismo deba recaer en el propio órgano reformador en un ejercicio político, sino que son los jueces de mayor jerarquía quienes pueden tener de una mayor responsabilidad ética, y autonomía suficiente para resolver conforme a la lógica y la razón, sin influencias políticas de ningún tipo.

1.6. Medios Jurisdiccionales de Control de constitucionalidad y su relación con el control de Convencionalidad.

Se le llaman medios de control de la constitucionalidad a aquellos mecanismos de los que hablábamos en el subcapítulo anterior, que son los que, clasificándose en positivos y negativos, judiciales y políticos, podríamos llamar *sui generis*, buscan asegurar la supremacía constitucional. Son en pocas palabras la parte adjetiva del derecho constitucional.

Es importante tener en cuenta la anterior distinción entre los medios de control de la constitucionalidad; Jurisdiccionales y políticos, en virtud de que se encuentran íntimamente relacionados con ver a la Constitución como norma política y jurídica.

La Suprema Corte de justicia de la nación en su folleto número 2912 publicado en su biblioteca virtual define a los medios de control de la constitucionalidad como "... los instrumentos a través de los cuales se busca mantener o defender el orden creado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos"³¹, definición con la que desde luego nos encontramos de acuerdo pues a nuestro criterio goza de la amplitud necesaria para tratar un

³⁰ Carranco Zúñiga, Joel, *Juicio de Amparo, Inquietudes Contemporáneas*, México, Porrúa, 2005, Págs. 211 y 212.

³¹ Suprema Corte de Justicia de La Nación, *Los medios de control de la constitucionalidad*, <http://www.scjn.gob.mx/sitecollectiondocuments/portaISCJN/recjur/bibliotecadigitalscjin/nuevasobras/losmediosdecontroldeconstitucionalidad/losmediosdecontroldeconstitucionalidad.pdf>, Pág. 3

tema como lo es el juicio de amparo en contra de reformas constitucionales.

Existen diversos medios de control constitucional según el paradigma oficial establecido por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, los que se enumeran a continuación: El juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad, el proceso constitucional en materia electoral y el juicio político.³²

De los anteriores, los medios jurisdiccionales de control constitucional son, el juicio de amparo, la controversia constitucional, la acción de inconstitucionalidad y el Proceso Constitucional en materia Electoral.

1.6.1. La acción de inconstitucionalidad

Siendo el medio seleccionado en el esquema de construcción como el primero a analizar, se define este según la propia corte como "Juicios tramitados ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación en los que se denuncia la posible contradicción entre normas de carácter general, ley, decreto o reglamento o tratados internacionales, por una parte, y la Constitución Federal por la otra, con el objeto de invalidar la norma general o el tratado internacional impugnado para que prevalezca la norma constitucional"³³.

Del castillo del Valle, autor al que recurriremos en reiteradas ocasiones para efectos de definir los principales conceptos relacionados con los medios de control constitucional, nos define a la acción de inconstitucionalidad de la siguiente manera:

La acción de Inconstitucionalidad es un medio de control constitucional de índole política, no porque lo resuelve un ente político, de defensa de la Constitución; es un medio de control constitucional por órgano político que

³²Cfr. Ovalle favela, José, *Teoría General del Proceso*, 5ª edición, México, Oxford, 2001, Colección Textos jurídicos universitarios, Pág. 77.

³³ Cfr. Poder Judicial de la Federación, *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, México, Poder Judicial de la Federación, 2001, Pág. 43.

tiende a estudiar la constitucionalidad de leyes o tratados internacionales a efecto de mantener vigente el estado de derecho³⁴.

Continúa diciendo el autor:

La acción de inconstitucionalidad es un medio de defensa a través del cual la Suprema corte de Justicia está facultada para declarar la nulidad por inconstitucionalidad de una ley (Federal o Local) o un Tratado Internacional, cuando es instada por un ente público, razón por la cual esta vía es un medio abstracto de Control Constitucional, al no haber la defensa de la Carta Magna y del patrimonio del promovente en forma coetánea, si no que la declaración de la declaratoria de nulidad se eleva a un ente público³⁵.

El constitucionalista mexicano Raúl Eduardo López Betancourt, define a la Acción de Inconstitucionalidad de la siguiente manera:

Es el juicio que se tramita en única instancia ante la SCJN por la minoría de 33% de integrantes de los órganos legislativos de la Federación, de los estados o del Distrito Federal, partidos políticos registrados o el Procurador General de la República, con el objeto de que la Corte declare la invalidez de normas de carácter general y tratados internacionales que contradigan los postulados de la Constitución³⁶.

De la anterior definición rescatamos que se trata de un procedimiento judicial en el que compite una norma de carácter general contra la Carta Magna y lo que se busca es que, en caso de existir contradicción a la segunda, se invalide la primera, quedando la norma sin vigencia e imposibilitada para aplicarse a persona alguna, y teniendo este juicio como característica especial que es resuelto exclusivamente por la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

³⁴ Castillo del Valle, Alberto del, *Introducción básica al derecho procesal mexicano*, México, EJA, 2008, Pág. 23.

³⁵ *Ibidem*, Pág. 119.

³⁶ López Betancourt, Raúl Eduardo, *Derecho Constitucional*, México, EURE Editores, 2006, Pág. 185.

Como en todo procedimiento Judicial se requiere de un actor y un demandado, pudiendo ser el primero, una minoría parlamentaria, un partido político o el Procurador General de la República, el papel del demandado lo desempeñara el órgano u órganos que hubieren emitido y promulgado la norma que se impugna. Además de estos es por ley parte en este y demás procedimiento jurisdiccionales de control de la constitucionalidad, el Procurador General de la República³⁷.

De la anterior se desprenden tres partes en el juicio de acción constitucional, el actor o promovente, el demandado y el procurador general de la república.³⁸

1.6.2. La controversia constitucional

Como se verá a lo largo del presente, la controversia constitucional goza de amplia similitud con la acción de inconstitucionalidad analizada anteriormente, sin embargo su objeto es distinto, según lo establece la ley suprema y su máximo intérprete que es la suprema corte.

Son juicios que se promueven ante la Suprema Corte de Justicia de la nación cuando se suscitan conflictos entre poderes -Ejecutivo, Legislativo o Judicial- o niveles de gobierno - Federal, Estatal, Municipal o del Distrito Federal -por una invasión de esferas de competencia que contravenga a la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Es decir, para que proceda la controversia es necesario que el ámbito de competencia de quien promueva el juicio sea afectado por un acto concreto o una disposición de carácter general...³⁹

Alberto del Castillo del Valle nos muestra la Controversia Constitucional como un Juicio que protege la constitución en el ámbito competencial que dicha norma regula con relación a los entes públicos, que son las entidades públicas,

³⁷ Véase Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Bloque de...*, *cit.*, Pág. 15.

³⁸ Véase Castillo del Valle, Alberto del, *op. cit.*, Pág. 124.

³⁹ Suprema Corte de Justicia de La Nación, *Bloque de... cit.*, Pág. 12.

los poderes públicos y los órganos de gobierno del Distrito Federal.⁴⁰

El juicio de controversia constitucional es el medio de control constitucional a través del cual, entes públicos hacen entrar en movimiento a l órgano de control constitucional (la Suprema Corte de Justicia de la Nación), a fin de permitir que este órgano jurisdiccional determine si con el actuar del órgano ente público demandado se ha violado la Constitución, preferentemente en el Capítulo de la competencia del ente público actor⁴¹.

Eduardo López Betancourt, la define como:

... el juicio que tiene por objeto que la SCJN en su carácter de Tribunal Constitucional, resuelva en forma irrevocable controversias relativas a la constitucionalidad de actos y normas generales, excepto en materia electoral, que se susciten por sus diversas combinaciones entre poderes u órganos del gobierno federal, estatal, municipal y del distrito federal, declarándose en su caso su invalidez⁴².

En ese sentido de la controversia constitucional se desprenden los siguientes elementos:

- El órgano que conoce del juicio es la Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- La existencia de un conflicto entre autoridades por una invasión de esferas de competencia.
- La causa del litigio puede ser un acto con efectos generales o individuales.
- La resolución es irrevocable.

⁴⁰ Véase Castillo del Valle, Alberto del, *op. cit.*, Pág. 83.

⁴¹ *Ídem*, Pág. 12.

⁴² López Betancourt, Raúl Eduardo, *op. cit.*, Pág. 182.

Son partes en el procedimiento del medio de control que se estudia con el carácter de actor, la entidad, poder u órgano que promueve la controversia, con carácter de demandado, la entidad, poder u órgano que hubiere emitido, promulgado la norma general o pronunciado y ejecutado el acto que sea objeto de la controversia, con el carácter de terceros interesados, las entidades, poderes u órganos que sin ser actores o demandados pudieren salir afectados por la sentencia que resuelva la controversia y el Procurador General de la República.

La controversia tiene por objeto lograr la invalidez absoluta de la norma general impugnada para que deje de tener efecto sobre persona alguna, sin embargo para lograrlo deberá cumplir con una serie de requisitos que a continuación se transcriben:

- Que la controversia se haya promovido contra disposiciones generales de los estados y los municipios impugnadas por la federación, o bien de los municipios, impugnadas por los estados, conflictos entre poderes de un mismo estado o entre dos órganos de gobierno del Distrito Federal sobre constitucionalidad de sus actos o disposiciones generales.
- Que la resolución que emita la corte sea aprobada por el voto de cuando menos ocho ministros⁴³

De no cumplirse alguna de las anteriores condiciones la sentencia causará efectos relativos y no generales.

De la anterior paráfrasis rescatamos dos aspectos, el referido a la primera viñeta que exhibe que sería completamente ilógico declarar inválido con efectos generales un acto que por su naturaleza afectara únicamente intereses individuales, por ello es que la Ley reglamentaria que sirvió de fuente lo establece de esa manera; el segundo aspecto no hablan de la marcada delicadeza con la

⁴³ Véase Suprema Corte de Justicia de La Nación, Óp. Cit., Pág. 12 y 13.

que el legislador trata la posibilidad de invalidar una norma general mediante sentencia judicial que resuelva un juicio de controversia constitucional, nos dice que si es posible sin embargo se requiere de requisitos más rígidos de lo normal para lograrlo.

1.6.3. El juicio de amparo

El juicio de amparo es el medio de control constitucional seguramente más recurrido entre la sociedad, pues es este el único que puede ser ejercido por el ciudadano en su carácter de ente individual; de acuerdo con la Suprema Corte de Justicia, este juicio es definido, como:

- El medio protector por excelencia de las garantías individuales establecidas en la constitución federal. Específicamente tiene por objeto resolver conflictos que se presenten:
- Por leyes o actos de las Autoridades que violen las garantías Individuales.
- Por leyes o actos de la Autoridad Federal que vulneren la soberanía de los estados o del Distrito Federal.
- Por leyes o actos de estos últimos que afecten la competencia Federal⁴⁴.

Alberto del Castillo del Valle define al juicio de amparo como a continuación se transcribe:

... El medio jurídico de defensa constitucional, que tiende a anular actos de autoridad que violen las garantías del gobernado, cuando el agraviado por ese acto entabla demanda, pidiendo la declaratoria de inconstitucionalidad del mismo.

Este juicio es un medio de control constitucional (por proceder contra actos de

⁴⁴ *Ibidem*, Pág. 4.

autoridad que violan la constitución); es de los medios de defensa constitucional por órgano judicial... es un medio de control constitucional que se ubica en la vía de acción...⁴⁵

Según Eduardo López Betancourt, el Juicio de Amparo es "...una institución surgida en nuestro país a mediados del siglo XIX, por influencia de los juristas Mariano Otero y Manuel Rejón; en la actualidad es considerado uno de los sistemas más perfectos de protección de las garantías del gobernado frente a actos de autoridad"⁴⁶.

Son partes en el procedimiento de amparo, el quejoso o agraviado, que es aquella persona que inicia un juicio para reclamar un acto o ley de una autoridad por presunta violación a sus garantías individuales o de distribución de competencias entre la Federación y los Estados de la República, la autoridad responsable, que es todo aquel órgano o funcionario al que la ley haya otorgado facultades de naturaleza pública y que realiza actos unilaterales que afectan a las garantías individuales de las personas, el tercero perjudicado, que lo constituye la persona que tiene interés en que subsista el acto que se reclama y por último el Ministerio Público que lo integra el representante social que vigila el correcto desarrollo del juicio y que puede intervenir si estima que el asunto estima interés público.⁴⁷

El efecto buscado por el Juicio de Amparo es desde luego dejar sin efectos el acto reclamado, lo que dependiendo del tipo de acto que estemos hablando declarará una nulidad absoluta, o solo, al dejar sin efectos el acto reclamado, se repondrá el procedimiento hasta la etapa donde se hayan violado las garantías individuales del quejoso.⁴⁸

⁴⁵ Castillo del Valle, Alberto del, *op. cit.*, Pág. 59.

⁴⁶ López Betancourt, Raúl Eduardo, *op. cit.*, Pág. 187.

⁴⁷ Cfr. *Ibidem*, Págs. 66 y 67.

⁴⁸ Suárez Camacho, Humberto, *El sistema de Control constitucional en México*, México, Porrúa, 2007, Págs. 175 – 184.

En palabras de Alberto del Castillo del Valle con relación a las sentencias:

En todo caso y con independencia del acto reclamado sea de índole general y abstracto se trate de un acto personalizado y concreto, así como si el acto es de carácter positivo, negativo u omisivo (e incluso de tracto sucesivo, prohibitivo, declarativo o de otra naturaleza), o sea un acto futuro, pretérito o presente, la sentencia de amparo tiende a anular el acto reclamado, solamente por lo que hace al quejoso, así si el acto de autoridad lesiona a varias personas, ninguna de ellas será beneficiada por la sentencia que se dicte en el juicio de amparo, siendo esta la esencia del principio de relatividad de las sentencias de amparo⁴⁹.

Principio también llamado fórmula Otero, que en definitiva diferencia a este medio de control de la constitucionalidad de sus correlativos y que de hecho motiva en gran medida su estudio⁵⁰.

1.6.3.1. El amparo contra normas jurídicas.

El Juicio de amparo puede ser clasificado de acuerdo con la vía procedimental en la que se interponga así como por los efectos y alcances que la sentencia que lo conceda puede tener.

Existen dos clasificaciones del Juicio de amparo en cuanto a la vía de interposición, el amparo directo y el indirecto y su procedencia está determinada en la Ley relativa, interesándonos para el presente únicamente el amparo indirecto pues de acuerdo con el artículo 114 de la ley relativa es el procedente contra actos de autoridad de carácter general:

Artículo 114.- El amparo se pedirá ante el juez de Distrito:

I.- Contra leyes federales o locales, tratados internacionales, reglamentos

⁴⁹ Castillo del Valle, Alberto del, *op. cit.*, Pág. 77.

⁵⁰ Véase Buen L. Néstor del, *Derecho procesal del trabajo*, 19ª edición, 1ª Reimpresión, México, Porrúa, 2001, Pág. 539.

expedidos por el Presidente de la República de acuerdo con la fracción I del artículo 89 constitucional, reglamentos de leyes locales expedidos por los gobernadores de los Estados, u otros reglamentos, decretos o acuerdos de observancia general, que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación, causen perjuicios al quejoso...

Para efectos de aterrizar el tema al que nos referimos consideramos importante definir que un acto legislativo constituye un acto positivo, pues implica un hacer de la autoridad responsable, mismo que de acuerdo con el quejoso va en contra de la constitución y por ello la hace perder parcialmente su vigencia.⁵¹

De acuerdo con Alberto del Castillo del Valle, la sentencia que declara la nulidad del acto reclamado, aplicable está a los actos positivos, es condenatoria, es decir, obliga a las responsables a dejar insubsistente lo que ya hicieron, es decir el dictado, la promulgación y la publicación del acto legislativo⁵².

1.6.3.2. El amparo contra normas políticas.

Ignacio Burgoa Orihuela nos brinda uno de los pocos análisis de este tema, consiste precisamente en ver al juicio de amparo contra leyes como un recurso en contra de la reforma constitucional, tanto para combatir posibles contradicciones en el texto, que los hay, violaciones a derechos fundamentales consagrados en la misma o en un tratado internacional o incluso por violaciones al procedimiento de reforma a la constitución.

Decir que no procede el amparo contra reformas constitucionales porque solamente procede el amparo contra leyes secundarias, es incurrir en un grave error, no solamente terminológico... ¿...no es (la constitución) la ley de leyes? (...) Esta constitución, las leyes que de ella emanen, tratados internacionales etc., serán la Ley Suprema del país, ¿no a la constitución se le llama la Ley Fundamental *lexfundamentalis*, *lex suprema*, entonces

⁵¹ Cfr. Castillo del Valle, Alberto del, *op. cit.*, Pág. 77.

⁵² Cfr. *ídem*.

porque (...) no procede el amparo contra una ley, una reforma a la constitución, porque no es ley (...)? Este es un pretexto de carácter terminológico, literal, especioso que no viene a resolver un problema trascendental⁵³.

En este sentido Ignacio Burgoa Orihuela opina que en efecto, y con los elementos que existían a su alcance, en vida, que con excepción del control de convencionalidad⁵⁴, son los mismos que actualmente existen, si es procedente la intervención judicial vía amparo en contra de una reforma constitucional, siempre y cuando:

...la reforma a cualquier precepto de la constitución por su contenido, por su motivación, causa y teleología quebrante cualquier principio fundamental de la constitución que expresa su espíritu”, es decir los límites absolutos de los que hablamos en el capítulo anterior, “¿Y la intervención del poder judicial haciendo procedente el amparo contra esas reformas, que significaría en el terreno de la legalidad?: que ya nuestra constitución no estuviera a merced de los caprichos de los presidentes y de los legisladores que nada más, cuando menos hasta hace poco tiempo (1997) no han hecho sino saumear (sic) a los presidentes⁵⁵.

1.6.4. Control de Convencionalidad.

Un tratado internacional es, según Ismael Camargo Gonzales y Francisco López Sánchez “...todo instrumento jurídico, sin importar su denominación en el que se plasma el acuerdo de voluntades de dos o más sujetos del derecho internacional, firmado y ratificado por ellos, para crear, transmitir, modificar o

⁵³ Burgoa Orihuela, Ignacio, “El amparo y las Reformas Constitucionales”, *Equiprudencia*, México, Primera época, Año 1, Número 2, junio 1997, Pág. 80.

⁵⁴ Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, en Carbonell, Miguel y Pedro Salazar, (Coord.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos, Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Págs. 70 – 76.

⁵⁵ *Ibidem*, Pág. 84.

extinguir derechos y obligaciones en ese ámbito”.⁵⁶

Los tratados internacionales son en definitiva una fuente de derechos fundamentales, y tal como lo establece Miguel Carbonell, en ellos podemos encontrar derechos no establecidos en la constitución derivado de un denso proceso de codificación internacional.

...los tratados internacionales han sido un motor esencial en el desarrollo reciente de los derechos fundamentales en todo el mundo (aunque con diferente intensidad según sea el país de que se trate, como es obvio). En los tratados internacionales y en la interpretación que de ellos han hecho los organismos de la ONU, OIT y OEA, entre otros, pueden encontrarse tanto derechos que no están previstos en la constitución mexicana (por ejemplo el derecho a la rectificación, para cuando un medio de comunicación da a conocer una noticia falsa o inexacta que nos atañe y queremos rectificarla a través del propio medio de comunicación), como perspectivas complementarias a las que nos ofrece nuestra carta magna (por ejemplo estableciendo dimensiones de un cierto derecho que no contempla nuestro ordenamiento).⁵⁷

De acuerdo con Ismael Camargo Gonzalez y Francisco López Sánchez, el control de convencionalidad consiste en la aplicación de las disposiciones contenidas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, por encima del derecho interno de cada país que haya ratificado el referido pacto.

...cuando un estado un estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana de sobre Derechos Humanos, sus jueces, como parte del aparato estatal, deben velar por que sus disposiciones no se vean mermadas o limitadas por disposiciones internas que sean contrarias a su

⁵⁶ Camargo González, Ismael, et Ali (Coords.), *op. cit.*, Pág. 25.

⁵⁷ Carbonell Sánchez, Miguel, *Las Obligaciones...*, *cit.*, Pág. 67.

objeto y fin.⁵⁸

Miguel Carbonell sostiene al respecto, que el control de constitucionalidad se materializa a partir de la reforma de 2011 a la constitución general de la república, donde se eleva a rango constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos suscritos por nuestro país:

Una de las manifestaciones más claras sobre esta constitucionalización del derecho internacional lo constituye el otorgar jerarquía constitucional a los tratados internacionales en materia de derechos humanos. Cada vez son más los estados latinoamericanos que lo han aceptado, superando la clásica concepción de su equiparación legal. Esto ha sucedido, por ejemplo, en Argentina, Chile, Colombia, Costa Rica, Perú, Paraguay, y muy recientemente en República Dominicana en su nueva constitución proclamada el 26 de Enero de 2010. Esta última refleja la tendencia evolutiva de apertura que están adoptando los textos constitucionales de nuestra región en materia de derechos humanos, al establecer que “los tratados, pactos, y convenciones relativos a derechos humanos, suscritos y ratificados por el estado dominicano, tienen jerarquía constitucional y son de aplicación directa e inmediata por los tribunales y demás órganos del estado” (artículo 74.3) también debe destacarse el caso de México donde e a partir de Junio de 2011 adquieren rango constitucional los derechos humanos previstos en tratados internacionales (artículo 1º)⁵⁹.

Por otro lado es importante distinguir la diferencia conceptual que existe entre el control de convencionalidad propiamente dicho y el control difuso de convencionalidad, dándose el primero cuando la norma inconvencional es interpretada por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a la luz del Pacto de San José, y el segundo, cuando tal interpretación es ejercida por los jueces

⁵⁸ Camargo González, Ismael, et Ali (Coords.), *op. cit.*, Págs. 11 y 12.

⁵⁹ Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad, el nuevo paradigma para el juez mexicano” en CARBONELL SÁNCHEZ, MIGUEL y SALAZAR PEDRO (Coords.), *Óp. Cit.*, Págs. 355 y 356.

nacionales, con el fin de en su caso, inaplicar una norma de derecho interno para aplicar una de derecho internacional, abarcando tratados internacionales, convenios, convenciones, protocolos adicionales etcétera⁶⁰, en materia de derechos humanos. Dice Eduardo Ferrer Mac-Gregor: “El control de convencionalidad tiene dos manifestaciones: una de carácter ‘concentrada’ por parte de la Corte Interamericana, en sede internacional, y otra de carácter ‘difusa’ por los jueces nacionales en sede interna”,⁶¹ y define entonces al control difuso de convencionalidad⁶² de la siguiente manera:

El control difuso de convencionalidad constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales, y la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdicción del sistema interamericano de protección de los derechos humanos, que interpreta de manera “última” y “definitiva” el pacto de San José.

Nos dice Martha Olivia Félix Bórquez, que la razón por la cual fue necesaria la implementación del control de convencionalidad es porque los derechos consagrados en las constituciones resultaron insuficientes para garantizar la dignidad humana, sin embargo, hay que manifestar que no nos encontramos de acuerdo con esta postura toda vez que de haber sido así, solo era necesario que cada país en el ámbito de su jurisdicción adoptara los derechos que respecto a su cultura considerara convenientes, nosotros defendemos la idea de que la adopción del sistema internacional de derechos humanos lo fue para unificar los referidos derechos, buscando que su conocimiento y aplicación sea universal.

⁶⁰ E.g La Suprema Corte de Justicia de la nación, en la tesis 2ª./J. 10/2007, publicada en el *Semanario Oficial de la Federación*, Novena Época, tomo XXV, febrero de 2007, dejó claro que los tratados internacionales admiten diversas denominaciones independientemente de su contenido.

⁶¹ Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme...”, *cit*, Pág. 368.

⁶² Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, apud Camargo González, Ismael y López Sánchez, Francisco, *op cit*, Pág. 12.

Los derechos contenidos en las constituciones de los países resultaron insuficientes para garantizar el mayor desarrollo de la dignidad humana, por lo que fue necesario que los estados signaran documentos internacionales y se crearan organismos internacionales que se encargaren de la vigilancia y garantizaran el cumplimiento de los mismos.⁶³

Cabe mencionar que Eduardo Ferrer Mac-Gregor coincide en la insuficiencia de los derechos consagrados en las constituciones federales, sin embargo creemos que tal postura es limitada por las razones anteriormente expuestas, el propósito de internacionalizar los derechos fundamentales además de ampliarlos debe ser el de universalizarlos, para que el individuo cuente con los mismos derechos humanos en cualquier país que tenga suscrita la convención.

Los decálogos de los derechos y garantías previstas en las constituciones nacionales resultaron insuficientes. La necesidad de que los Estados nacionales se unieran para emitir documentos internacionales donde reconocieran derechos humanos a manera de un estándar internacional y se establecieran órganos de supervisión y control, se hizo patente después del sufrimiento de la humanidad al terminar la Segunda Guerra Mundial.⁶⁴

Nuestra constitución afortunadamente es de las que permite esta figura en su artículo primero por lo que la doctrina considera que el nuestro es un sistema de control constitucional mixto.

Doctrinariamente, se ha insistido en la exigencia de dos sistemas de control de la constitucionalidad de las normas jurídicas, dependiendo del órgano al cual la Constitución encargue dicho cometido. Uno de ellos se denomina Control concentrado por que se crean órganos constitucionales con la específica finalidad de ejercer el control de la constitucionalidad de las

⁶³ Félix Bórquez, Martha Olivia, “Análisis del control difuso de convencionalidad en materia de derechos humanos. postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación”, en Camargo González, Ismael, et Ali (Coords.) Óp. Cit., Pág. 82.

⁶⁴ Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme...*cit.*, Págs. 345 y 346.

leyes; y, el otro denominado Control Difuso, atendiendo a la posibilidad de que cualquier operador del derecho – en caso de conflicto entre una norma de superior jerarquía con otra de inferior jerarquía-, prefiera la primera al resolver un caso concreto.

Sin embargo, con la evolución de los sistemas de control, existen diversas constituciones – entre ellas la nuestra -, que permiten la posibilidad de coexistencia de ambos sistemas, a este tipo de control se le ha denominado “Control Mixto”.⁶⁵

En cuanto al propósito del control de convencionalidad, Miguel Carbonell nos dice que este no es solo confrontar una norma con otra, sino expandir de alguna forma el catálogo de derechos fundamentales para que los estados cuenten con más recursos para su protección.

De esta forma, el propósito primordial del control de convencionalidad, y también de la cláusula de interpretación conforme, no es en primer lugar y solamente resolver problemas de coalición normativa – que los hay, y el operador jurídico deberá atenderlos definiéndose por una u otra norma- o declarar la invalidez de una norma convencional, sino preferentemente la expansión de los derechos, su integración en clave de armonización; desde luego, ejerciendo una “actividad creativa” que haga compatible la norma nacional de cara al “parámetro convencional”, y, al preferirlas interpretaciones más expansivas, desechar las inconventionales o las de menor efectividad en la protección de derechos.⁶⁶

1.7. La reforma constitucional. Aspectos generales.

El poder de reforma constitucional, nos dice Rubén Hernández Valle, “...es aquella actividad, de carácter normativo, dirigida a modificar parcialmente una Constitución rígida, utilizando para ello un procedimiento especial preestablecido

⁶⁵ Félix Bórquez, Martha Olivia, *op. cit.*, Pág. 73.

⁶⁶ Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, Pág. 120.

al efecto por el ordenamiento jurídico”.⁶⁷

Lo que resulta interesante de esta, y que nos sirve para entrar en materia es la palabra “parcial”, pues denota la hipotética imposibilidad de reformar la constitución en su totalidad, puesto que esta facultad le correspondería en un momento dado al poder constituyente originario.⁶⁸

1.7.1. El poder constituyente propiamente dicho.

Necesario resulta distinguir entre tres figuras jurídicas: el poder constituyente, que es el órgano que crea la Constitución; los poderes constituidos, que son los derivados de ella; y el poder revisor de la constitución, también denominado poder constituyente permanente,⁶⁹ en esta primera parte abordaremos al poder constituyente desde una concepción meramente genérica. Una constitución nace cuando, “Generalmente el pueblo, al desconocer un orden jurídico –casi siempre a través de una revolución- porque este ya no satisfaga sus necesidades... pretende crear otro nuevo que corresponda a sus anhelos”.⁷⁰

Tal y como la expresión “casi siempre” lo indica, no es necesaria una revolución para el establecimiento de un constituyente, tal fue el caso de la Constitución de la República Oriental del Uruguay de 1997 que fue elaborada a través de un plebiscito, lo que aun y cuando se opone al principio que veremos más adelante en relación a la necesaria ruptura del sistema jurídico vigente para el establecimiento de otro, al menos nos muestra que una sociedad lo suficientemente organizada, está en posibilidad de darse una nueva constitución

⁶⁷ Hernández Valle, Rubén, “El poder Constituyente Derivado y los Límites Jurídicos del Poder de Reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Año 13, Número 37, enero-abril, 1993, Pág. 148.

⁶⁸ Cfr. Valadez, Diego, *Los cambios constitucionales*, México, IJJ-UNAM, 1971, Págs. 191.

⁶⁹ Véase Fix-Zamudio, Héctor y Valencia Carmona, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 2003, Pág. 97.

⁷⁰ Juárez Pérez, J. Jesús, “El poder revisor de la constitución a la luz de la doctrina y la legislación”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, San Luis Potosí, México, Número 6, 1998, Pág. 172.

de manera pacífica.⁷¹

El poder constituyente es definido como la materialización de las aspiraciones ideológicas de una sociedad determinada que una asamblea ejerce da origen a un orden jurídico supremo denominado constitución.

J. Jesús Juárez Pérez define a este poder de la siguiente manera:

...Ese órgano en que el pueblo se organiza para darle vida a sus aspiraciones sociales, políticas, económicas y culturales es la Asamblea Constituyente, misma que ejercitando el poder originario que tiene la nación para constituirse libremente, sin determinantes jurídicos, crea un orden jurídico superior llamado Constitución.⁷²

Ramón Peralta Martínez define y opina sobre el poder constituyente según se transcribe que “El poder constituyente es la manifestación suprema de la soberanía. En su expresión primaria, la soberanía no nace en la comunidad o nación, sino que nace como un derecho natural del individuo mismo”.⁷³

El primer proceso constituyente se desarrolla en los estados Unidos, con la creación de la Constitución de 1787, en cuya redacción participaron representantes de los trece estados que iban a federarse, tomando como base el procedimiento de la constitución local de Massachussets de 1780 que consistió en la decisión de la asamblea de colonos de delegar sus representantes, meros comisionados, a la convención del estado que redactaría ya el texto correspondiente como proyecto constitucional que una vez aprobado sería sometido a las asambleas populares de los colonos para su definitiva aprobación, dando como resultado una constitución, consecuencia, no de un voto directo o

⁷¹ Vid. Dimas, Juan José, “Constituciones de fin de siglo. Constitución de la Republica oriental del Uruguay de 1997”, *Boletín Informativo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Argentina, Número 169, Mayo, 2000, Pág. 8.

⁷² Juárez Pérez, J. Jesús, *op. cit.*, Pág. 169.

⁷³ Peralta Martínez, Ramón, “Sobre el Poder Constituyente y la rigidez constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Perú, Año XII, Número 12, abril 2007, Pág. 384.

unánime pero si de un acuerdo mayoritario que obligó a los que no lo consintieron.⁷⁴

Brewer-Carias escribe también al respecto del origen histórico del poder constituyente, diciendo:

Como poder inicial, tuvo su origen en el Constitucionalismo moderno en la Revolución Norteamericana de 1776, en la Revolución Francesa de 1789 y en la Revolución Hispanoamericana de 1811. En esos procesos políticos, el pueblo soberano asumió el poder total haciéndose representar por Asambleas y constituyó, sea Nuevos Estados como sucedió en América, o transformó radicalmente un viejo estado Monárquico como sucedió en Francia, datándose siempre de una Constitución.⁷⁵

No pasa desapercibido que el tratadista en mención refiere un origen, dentro del constitucionalismo moderno, dejando abierta la posibilidad de un antecedente diverso hipotético de poder constituyente, sin embargo y por motivo de la delimitación del presente trabajo, no abundaremos en ello.

Peralta Martínez considera que el poder constituyente surge por la necesidad de un gobierno o la ineficacia de uno anterior, o bien por que se ha fundado una nueva sociedad, como en el caso del pueblo norteamericano, es decir con la ausencia de un poder legítimo jurídico-positivo, el constituyente se alza como el único poder y ejerce su facultad exclusiva de crear una Norma fundamental⁷⁶.

Tratadistas como Emmanuel José Sieyes, Carl Schmitt, Luis Recasens Siches, Carlos Sánchez Viamonte y el propio J. Jesús Juárez Pérez enumeran las características esenciales del poder constituyente como tal, situando a la nación o el pueblo como el titular del poder constituyente, aseverando que es el acto de

⁷⁴ Cfr. *Ibidem*, Pág. 378.

⁷⁵ Brewer-Carias, Allan R., "Poder Constituyente Originario y Asamblea General Constituyente", *Jurídica Venezolana*, Venezuela, 1999, Pág. 161.

⁷⁶ Cfr. Peralta Martínez, Ramón, *op. cit.*, Pág. 384.

voluntad mediante el cual el pueblo emite una constitución ejerciendo su facultad para autodeterminarse jurídica y políticamente, sin determinantes jurídicos, constitución jerárquicamente superior que solo tiene al propio pueblo por encima de ella.⁷⁷

Ramón Peralta Martínez nos dice que dos de las anteriores premisas se dieron desde la ejecución del primer proceso constituyente del que anteriormente hablamos:

... el primer proceso constituyente... manifiesta la naturaleza propia del poder constituyente en dos premisas:

- El poder constituyente corresponde exclusiva y directamente al pueblo.
- El poder constituyente no puede, en principio, ejercerse por representantes. Pero cuando esto sucede con las denominadas convenciones, asambleas que elaboran un proyecto constitucional, sus miembros son meros delegados (comisionados) del pueblo para participar exclusivamente y en su nombre en la elaboración de tal proyecto. El pueblo debe ratificar posteriormente y en una consulta para tal propósito, el proyecto aprobado por semejante asamblea⁷⁸.

Rubén Hernández Valle habla de la autonomía del poder constituyente citando al propio Sieyes: "El poder constituyente todo lo puede... no se encuentra de antemano sometido a ninguna constitución... por ello, para ejercer su función ha de verse libre de toda forma y todo control, salvo los que a él mismo le pluguiera adoptar".⁷⁹

Ignacio Burgoa Orihuela por su parte sostiene un argumento de lo más solemne:

⁷⁷ Cfr. Juárez Pérez, J. Jesús, *op. cit.*, Pág. 170.

⁷⁸ Peralta Martínez, Ramón, *op. cit.*, Pág. 378.

⁷⁹ Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, Págs. 143 y 144.

... el poder constituyente es la soberanía popular misma, enfocada hacia la creación constitucional traducida en la expedición de un documento jurídico fundamental y supremo que es la espina dorsal de todo Estado de Derecho. Por tanto el poder constituyente participa obviamente en los atributos sustanciales de la soberanía, como son, la inalienabilidad, la indivisibilidad y la imprescriptibilidad. Al desplegarlo mediante sus representantes o diputados que forman lo que se llama la asamblea o congreso constituyente, el pueblo se autodetermina y autolimita en la Constitución, decidiendo someterse, y sujetando a todos los órganos estatales, a ciertos cauces jurídicos que en su nombre se establecen.⁸⁰

Los movimientos sociales son la materialización del verdadero poder de un pueblo unido, basta una manifestación sectorial, aun y cuando no busque propiamente la ruptura del sistema jurídico rigente y la expedición de una nueva constitución, para que el estado ponga sus ojos fijamente en como solucionar el problema, tal fue el caso de el Movimiento del Ejercito Zapatista de Liberación Nacional, que en definitiva fue el parte aguas para la reforma constitucional en materia de Ley indígena.

La lluvia de ideas que el levantamiento zapatista provocó ha dado como resultado un interés inédito por parte del estado y de los partidos políticos sobre el tema indígena... El gobierno federal ha tenido una participación sin continuidad, ya que su interés en avanzar en la solución del conflicto y en el reconocimiento jurídico de los derechos de los pueblos indígenas, se ha visto sujeto a la capacidad e iniciativa de los distintos representantes de la negociación.

Aun y cuando el autor hace una crítica en cuanto al desempeño del Gobierno federal ante la problemática del movimiento zapatista lo rescatable de esto es precisamente el impacto mediático que este generó y que lógicamente capta la

⁸⁰ Burgoa Orihuela, Ignacio, *La Reformabilidad de la Constitución Mexicana de 1917*, México, Universidad Autónoma de México, 2007, Pág. 11.

atención de la autoridad.⁸¹

Ciertamente acertadas estas definiciones es que coincidimos con Javier Pérez Royo cuando señalaba que el poder constituyente "...es el punto de llegada de un proceso político y el punto de partida de un ordenamiento jurídico", lo nos llevan a nuestro siguiente punto, el poder constituyente originario y sus distinciones con el permanente y derivado o constituido.⁸²

1.7.2. El poder constituyente originario

Allan R. Brewer Carias, citando a Juan Luis Requejo Pagés nos brinda una contundente definición de la esencia del poder constituyente originario "El poder constituyente originario será el que ha constituido la primer constitución de un estado"⁸³.

Así se entiende que es este el poder cuya única función es la de, a través de su asamblea general crear una nueva constitución cuando la anterior ha quedado sin vigencia por virtud de un movimiento generalmente armado como lo es una revolución.

El poder constituyente originario, según Rubén Hernández Valle hace su aparición cuando se rompe el orden constitucional en un estado, dejando al pueblo sin ordenamiento jurídico legítimo, es entonces cuando a través de una asamblea a la que se le denomina Asamblea constituyente se redacta una nueva constitución.⁸⁴

El constituyente originario se diferencia de los denominados poderes constituidos (Ejecutivo Legislativo y Judicial) de la siguiente manera:

⁸¹ Véase Castañeda Hernández, Mireya, *El Control de las Reformas Constitucionales en México*, Tesis Profesional, México, UNAM, 2005, Pág. 2.

⁸² Pérez Royo, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, España, Marcial-Pons, 1996, Pág.. 481.

⁸³ Brewer-Carias, Allan R., *op. cit.*, Pág. 161.

⁸⁴ Cfr. Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, Pág. 146.

- Titular. El constituyente originario tiene a la nación como único titular, mientras que los poderes constituidos tienen entes individuales concretos y determinados, designados directa o indirectamente por el pueblo.
- Limitaciones del titular. La nación puede crear una ley fundante mientras que los titulares de los poderes constituidos no lo pueden hacer, sino por el contrario deben sujetarse a los límites que esa ley fundante les impone.
- Jerarquía. El poder constituyente, al ser su creador está por encima de la constitución mientras que los constituidos son subordinados a la misma puesto que esta los crea a ellos.
- Autonomía. El poder constituyente es autónomo e independiente por el contrario de los constituidos se derivan de la ley fundamental
- Duración. El constituyente es permanente y los constituidos temporales pues de crearse una nueva constitución los sustituiría seguramente por unos nuevos.
- Personalísimo. El constituyente es inherente al pueblo, no puede ser delegado, mientras que los constituidos si pueden ser delegados y limitado a favor de otros sujetos.
- Autoridad. El poder constituyente no gobierna, constituye, mientras que los constituidos si han sido creados para gobernar.
- Funcionalidad. La única función del constituyente es generar una Constitución mientras que los constituidos gozan, por su naturaleza de múltiples funciones entre las que se encuentran las de administrar, legislar, juzgar, adicionar o reformar la carta magna etcétera.⁸⁵

Es por la conjunción de las anteriores características que no podemos ubicar

⁸⁵ Cfr. Juárez Pérez, J. Jesús, *op. cit.*, Pág. 171.

al poder constituyente originario dentro del campo de las normas⁸⁶, si no espor principios como el pacta-suntservanda, es decir, el derecho de autodeterminación de los pueblos.

Brewer-Carias coincide con esta postura cuando dice: “El poder constituyente, así calificado de originario, es un poder político de hecho, no encuadrable en un marco jurídico-constitucional previo”.⁸⁷

Al respecto dice Jorge Tapia Valdez:

...el Poder Constituyente Originario es expresión y función de un metalenguaje que está más allá y trasciende de lo jurídico y que por tanto no tiene ni acepta controles orgánicos estructurales, procedimentales o de contenido propios de los poderes que ejercen la soberanía del estado, inclusive el Poder Constituyente Originario Derivado⁸⁸.

1.7.3. El poder constituyente derivado

Este poder, de acuerdo con Rubén Hernández Valle aparece cuando el constituyente permanente se sugestiona y autolimita, es decir, en palabras del propio autor “...se juridifica y se somete a los límites que el mismo establece en la Constitución para su ejercicio”.⁸⁹

¿Cuál es la diferencia entonces entre el poder constituyente originario y el poder constituyente derivado?, Rubén Hernández intenta responder esta pregunta de la siguiente manera:

El primero se ejerce por una constituyente o Convención Constitucional para introducirle reformas generales a la Constitución, por lo que tiene su origen

⁸⁶ Cfr. Tapia Valdez, Jorge, “Límites Metajurídicos del Poder Constituyente Originario”, *Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Andina*, Chile, Año 9, Número 9, 2009, Pág. 25.

⁸⁷ Brewer-Carias, Allan R., *op. cit.*, Pág. 161.

¹⁶ Tapia, Valdez, Jorge, *op. cit.*, Pág. 37.

⁸⁹ Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, Pág. 146.

directo e inmediato en la voluntad popular. El segundo, en cambio, es ejercido por la asamblea legislativa, que es un órgano constituido y, por consiguiente, sometido a todas las limitaciones propias de tales órganos, entre ellas, desde luego, a los límites competenciales que le fije el texto constitucional.⁹⁰

En palabras propias, la diferencia entre un poder y el otro radica en que el poder constituyente originario goza de toda la libertad de decisión, al no estar sujeto a norma fundante alguna se puede otorgar, contrario al constituyente derivado que si está sujeto precisamente al acto exclusivo del originario que es la Constitución.

Como bien dijo Ignacio Burgoa Orihuela:

...la sutil diferencia que existe entre soberanía y poder público... la primera pertenece al pueblo, el segundo corresponde al Estado, mediando entre una y otro un estrechísimo vínculo de causalidad bajo la idea de que la soberanía es la fuente directa e inmediata del poder público... el poder público no es sino la soberanía popular o nacional dinámica y actuante a través del estado, es decir su actualización misma.⁹¹

Como la conclusión que Juárez Pérez nos da en su citada obra cuando, refiriéndose al poder constituyente derivado como el poder revisor de la Constitución asevera:

...el llamado poder revisor de la constitución (Congreso de la Unión y legislaturas de los Estados) no puede tocar – por vía de reformas o adiciones- a la Constitución, en aquellos aspectos que constituyan la esencia, las vértebras o decisiones políticas fundamentales de la misma, sino solo en los que constituya enumeraciones competenciales de los órganos de autoridad o reglamentaciones, detalles o explicaciones de las llamadas

⁹⁰ *Ídem.*

⁹¹ Burgoa Orihuela, Ignacio, *Derecho constitucional... cit.*, Pág. 17.

decisiones políticas fundamentales.⁹²

Por su parte María Victoria García-Atance García concuerda con la anterior, de la siguiente manera: "...concibo la actividad de reforma como garante de la continuidad del orden constitucional al posibilitar las precisas transformaciones, pero además garante a sí mismo del contenido o núcleo sustancial irreductible".⁹³

De este modo García-Atance habla de una autorregulación, o más bien dicho autolimitación de la norma fundamental, que aun y cuando es materia de un capítulo diverso en el presente trabajo, le damos una modesta referencia para el efecto de entender como estudiar la reforma constitucional de manera teórica, nos enlaza a las limitaciones al poder revisor de la norma fundante.

Tal y como se ha expuesto en páginas anteriores, existe consenso en los estudiosos del derecho constitucional, en su perspectiva histórica en cuanto a que existe una diferencia fundamental entre el poder constituyente originario y el derivado, adquiriendo el primero de ellos plenamente el carácter de *Poder Constituyente* mientras que el segundo, si bien se le denomina del mismo modo agregando la expresión *permanente*, constituye en un poder derivado más, pues mientras el Poder constituyente originario representa la voluntad total del pueblo que se reunió para darse una constitución sin restricción alguna, el permanente se ve obligado a trabajar con las bases que el originario impuso.

⁹² Juárez Pérez, J. Jesús, *op. cit.*, Pág. 214.

⁹³ García-Atance García, María Victoria, "La Reforma Constitucional y las Clausulas de Intangibilidad", *Revista de Derecho Político*, Número 37, España, 1992, Pág. 321.

CAPÍTULO SEGUNDO. LA PROTECCIÓN INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS FUNDAMENTALES.

2.1. Los derechos humanos en México a la luz de la reforma constitucional de 2011.

A partir de la reforma constitucional publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de Junio de 2011, los derechos fundamentales adquieren rango constitucional, lo anterior significa que dejan de ser meros principios que se supone deberían regir en los procesos jurídicos en general, para convertirse en normas con jerarquía suprema.⁹⁴

Como una referencia histórica, Miguel Carbonell nos da la siguiente ilustración de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos durante los tres periodos presidenciales anteriores al actual:

En el periodo de tiempo estudiado (1997-2012) hemos visto importantes y profundas reformas constitucionales relativas al tema de los derechos durante el periodo de gobierno del Presidente Ernesto Zedillo (1994-2000), de un total de 16 decretos de reforma constitucional que fueron expedidos 6 se refirieron a los derechos humanos, durante el gobierno de Vicente Fox (2000-2006) fueron publicados 18 decretos de reforma constitucional y cuatro fueron sobre derechos humanos; en el periodo de gobierno del Presidente Felipe Calderón (2006-2012), se publicaron 38 decretos de reforma constitucional, de los cuales 14 tienen relación con el mismo tema.⁹⁵

Natalia Saltalamacchia Ziccardi y Ana Covarrubias Velasco, continúan con la memoria, enfatizando en la resistencia inicial de nuestro país al respeto y

⁹⁴ Véase México, Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 10 de Junio de 2011, Edición Matutina, Primera Sección.

⁹⁵ Carbonell, Miguel, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pág. 103.

defensa de los derechos humanos, y evidenciando que no nos cabía en la conciencia cultural este tipo de política, esta resistencia aun la vemos con las recientes tesis jurisprudenciales donde la autoridad busca exhaustivamente evadir la adopción integral del sistema internacional al derecho interno:

La apertura del gobierno de Zedillo en materia de democracia y derechos humanos en México, fue cautelosa e incompleta: Se trató, principalmente, de una disposición más favorable hacia actores internacionales intergubernamentales. Las llamadas entonces organizaciones no gubernamentales (ONG) no fueron consideradas en general como interlocutores válidos, se cuestionó frecuentemente su buena fé y su crítica fue aceptada parcialmente o rechazada. Destacan tres ejemplos de esta actitud: el primero fue la propuesta del gobierno mexicano durante la 37a. Asamblea General de la OEA, referente a que la Comisión Interamericana de derechos humanos, otorgara prioridad a las comisiones nacionales de derechos humanos sobre las OSC, pues se argumentó que éstas no siempre tenían la información correcta y no elaboraban adecuadamente sus quejas, el segundo consistió en la promulgación de una ley restrictiva que reglamentaba la visita al país de los observadores internacionales de derechos humanos. Por ultimo vale la pena recordar la negativa del presidente mexicano de entrevistarse con el secretario general de amnistía internacional (AI), Piérre Sané, durante la visita de éste a México, así como el difícil encuentro entre Zedillo y representantes de otras OSC- del que fue excluido AI- en París. Este último se convirtió en una retahíla de acusaciones al gobierno mexicano por no cumplir en materia de protección y defensa de los derechos humanos.⁹⁶

Naturalmente, al menos en la formalidad, y de modo gradual, nuestro país

⁹⁶ Saltalamachia, Ziccardi, Natalia, y Covarrubias Velasco, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en Carbonell, Miguel, y Salazar Pedro (Coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624, págs. 20-21.

asimila la nueva tendencia neoconstitucional, hasta llegar a la reforma de 2011. El artículo 1º constitucional reformado, establece en sus párrafos primero y segundo, la universalidad de los derechos fundamentales reconocidos tanto por el derecho interno como por el internacional, dejando como candado la facultad de restringirse o suspenderse mediante las condiciones también en la constitución establecidas.

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

Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.⁹⁷

El anterior, marca la pauta de un nuevo paradigma, no solo en el estudio y respeto a los derechos fundamentales, sino en el ejercicio jurídico general, pues el operador, a partir de este momento no solo deberá estar actualizado de la legislación interna secundaria, sino que deberá utilizar de manera directa la constitución y la legislación internacional.

Durante el desarrollo del presente capítulo insistiremos mucho en el artículo primero constitucional antes citado, toda vez que es el que abre la puerta y a su vez limita todo el nuevo paradigma, por un lado la interpretación conforme y el principio pro persona, tienen su fundamento en él, así como el candado del que hablábamos líneas arriba también con la expresión "...cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece".

⁹⁷ México, Decreto por el que se... cit., artículo 1.

2.1. Los derechos Fundamentales en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos vigente.

Con excepción de los principios que rigen los derechos humanos en materia tributaria, localizados en el artículo 31, fracción IV, nuestra constitución reconoce derechos humanos en sus primeros 29 artículos, mismos que son clasificados por el jurista Miguel Carbonell como derechos de libertad, de igualdad, Seguridad Jurídica y derechos sociales. Es en esta clasificación en la que basaremos nuestro estudio⁹⁸, con la salvedad del abordaje que eventualmente haremos a los derechos sociales como una clasificación independiente, que mas que serlo es una perspectiva de verlos pues no es lo mismo hablar de la libertad de educación y catedra, al derecho a la educación, teniendo el estado una actitud pasiva en el primero y una activa en el segundo.

Los derechos de libertad e igualdad se encuentran intrínsecamente relacionados, de hecho, de acuerdo con Carbonell, una no puede existir sin la otra, a lo que quienes elaboramos el presente trabajo nos encontramos de acuerdo, aunque nosotros preferimos ir mas allá y apelar al principio de interdependencia de los derechos fundamentales y concluir que al menos de un modo sutil o indirecto, todos dependen de todos; para el ejercicio de la igualdad es necesario tener libertad y viceversa.

Se debe apuntar, preliminarmente, que tanto el de igualdad como el de libertad son conceptos matrices que impregnan a todos los derechos fundamentales, y no solo a los más obvios como pueden ser los concretos derechos de igualdad... o los concretos derechos de libertad..., es decir, no se puede hablar por ejemplo de los derechos sociales sin entender antes que es la libertad educativa, la libertad de expresión o la igualdad de derechos fundamentales. Tampoco tiene sentido referirse por mencionar otro caso a los derechos de autodeterminación de los pueblos y comunidades indígenas si no partimos de los mismos presupuestos de libertad e igualdad reconocidos a todas las personas por nuestros textos

⁹⁸ Véase, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales... cit.*, págs. VII-XXI.

constitucionales.⁹⁹

La segunda mitad del siglo XX, con la pos guerra trae como innovación el surgimiento de una corriente neoconstitucional así denominada, a modo de protesta quizá a las actitudes dictatoriales de personajes como Hitler o Stalin, misma que antepone derechos fundamentales, sobre todo la dignidad humana, sobre el poder del estado, derechos humanos a diestra y siniestra pues, Jorge Ulises Carmona Tinoco, nos da una narrativa de lo anterior, exponiendo que este surgimiento y desarrollo teórico en el derecho internacional se vino dando desde tres perspectivas, la priemra es el aumento en la suscripción de tratados internacionales en materia de derechos fundamentales, la segunda, relacionada con la primera, es la supervisión de la aplicación efectiva de estos tratados, y la tercera es la aplicación materia, es decir el aumento en la cantidad de precedentes establecidos en los estados suscriptores de los tratados en comento.¹⁰⁰

A nivel internacional, después de la Segunda Posguerra Mundial, existen tres grandes desarrollos en materia de derechos humanos, el primero de ellos es un cumulo cada vez mayor de tratados internacionales que consagran y desarrollan un gran número de derechos humanos; el segundo, un desarrollo institucional de mecanismos supranacionales para supervisar el cumplimiento, por parte de los Estados, de los compromisos derivados de tales tratados; y el tercero un cuerpo cada vez mas sustanciosos de criterios o precedentes formados por los organismos internacionales de supervisión.

El neoconstitucionalismo es la sobreposición de los derechos humanos, no del derecho natural ni del positivo, de los derechos humanos por encima del ordenamiento jurídico, así sea la constitución general del país. Miguel

⁹⁹ *Ídem.*

¹⁰⁰ Carmona, Tinoco, Jorge Ulises, "La reforma y las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales", en Carbonell, Miguel, y Salazar Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624, págs. 60-61.

Carbonell lo explica ejemplificando como en la segunda mitad del siglo XX crece esta corriente que coloca a la dignidad humana como base de los derechos fundamentales.

...más allá del debate entre el iuspositivismo y iusnaturalismo... a partir de la Segunda Posguerra Mundial se afirma una corriente de pensamiento que sitúa a la dignidad humana en el centro del discurso jurídico, pero concibiéndola más allá de las normas. Se parte de la idea de que la dignidad humana es previa y superior al ordenamiento jurídico, de modo que ninguna disposición del mismo puede desaparecerla. En buena medida se trata de decir “nunca más” a la barbarie del nazismo y el fascismo en Alemania y en Italia.¹⁰¹

En cuanto a nuestra constitución, el pleno de la suprema corte de justicia de la nación hace lo mismo en la tesis de jurisprudencia P. LXV-2009, consagrando a la dignidad humana como la piedra angular del desarrollo neoconstitucional, hablando de la como un derecho absolutamente fundamental o fundamentalísimo.

DIGNIDAD HUMANA. EL ORDEN JURÍDICO MEXICANO LA RECONOCE COMO CONDICIÓN Y BASE DE LOS DEMÁS DERECHOS FUNDAMENTALES. El artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos establece que todas las personas son iguales ante la ley, sin que pueda prevalecer discriminación alguna por razones étnicas o de nacionalidad, raza, sexo, religión o cualquier otra condición o circunstancia personal o social que atente contra la dignidad humana y que, junto con los instrumentos internacionales en materia de derechos humanos suscritos por México, reconocen el valor superior de la dignidad humana, es decir, que en el ser humano hay una dignidad que debe ser respetada en todo caso, constituyéndose como un derecho absolutamente fundamental, base y condición de todos los demás, el derecho a ser reconocido y a vivir en y con la dignidad de la persona humana, y del cual se desprenden todos

¹⁰¹ Carbonell, Miguel, *Teoría de los...*, cit, pág. 129.

los demás derechos, en cuanto son necesarios para que los individuos desarrollen integralmente su personalidad, dentro de los que se encuentran, entre otros, el derecho a la vida, a la integridad física y psíquica, al honor, a la privacidad, al nombre, a la propia imagen, al libre desarrollo de la personalidad, al estado civil y el propio derecho a la dignidad personal. Además, aun cuando estos derechos personalísimos no se enuncian expresamente en la Constitución General de la República, están implícitos en los tratados internacionales suscritos por México y, en todo caso, deben entenderse como derechos derivados del reconocimiento al derecho a la dignidad humana, pues sólo a través de su pleno respeto podrá hablarse de un ser humano en toda su dignidad. Amparo directo 6/2008. 6 de enero de 2009. Once votos. Ponente: Sergio A. Valls Hernández. Secretaria: Laura García Velasco. El Tribunal Pleno, el diecinueve de octubre en curso, aprobó, con el número LXV/2009, la tesis aislada que antecede. México, Distrito Federal, a diecinueve de octubre de dos mil nueve.¹⁰²

Desde sus orígenes los derechos humanos han marcado una tendencia intermedia entre el iusnaturalismo y el iuspositivismo, reivindicando, según ciertos autores como Hobbes, Locke, Rousseau, Montesquieu, o el propio Beccaria, una naturaleza de la dignidad humana como derecho superior a cualquier ordenamiento jurídico. Carbonell por su parte nos lo expone de la siguiente manera:

Esos autores reivindican la existencia de ciertos derechos anteriores, e incluso superiores al estado. Su aproximación al tema de los derechos tiene fuertes matices iusnaturalistas, lo cual no pudo haber sido de otra manera ya que cuando tales autores escribieron sus muy importantes obras eran escasa o muy débiles las normas jurídicas que preveían derechos humanos. Su discurso podía tener un fundamento teórico de orden racional

¹⁰² Tesis P.LXV-2009, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Novena época, Pleno, Tesis aislada constitucional, Tomo XXX, Diciembre de 2009, pág. 8.

en algunos casos religioso, pero no jurídico.¹⁰³

De ahí la importancia actual de los derechos fundamentales, importancia que se vuelve surrealista cuando la legislación la obstaculiza, así sea la propia constitución, como lo es ver o interpretar la última parte del primer párrafo del artículo primero constitucional como limitante a la aplicación de los tratados internacionales en el derecho interno.

Una de las novedades más interesantes tras la reforma de 2011 al artículo 1º constitucional es la prevención de la reparación a las violaciones de derechos humanos, misma que encontramos en el párrafo tercero del referido artículo misma que de la lectura se desprende la obligación de las autoridades legislativas a dictar leyes que prevean la reparación a las violaciones de derechos fundamentales, de donde surge una pregunta ¿es deontológica y jurídicamente correcto que sea el mismo estado violador quien establezca las medidas y condiciones para la reparación de derechos fundamentales que el mismo cometió, el párrafo relativo del artículo 1o. constitucional nos dice lo siguiente.

Todas las autoridades, en el ámbito de sus competencias, tienen la obligación de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. En consecuencia, el Estado deberá prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley.¹⁰⁴

De expresión "...reparar las violaciones a los derechos humanos, en los términos que establezca la ley", se desprende la obligación impuesta a las autoridades legislativas mexicanas para establecer leyes que cubran a lujo de detalles las medidas para la reparación de las violaciones de derechos fundamentales, es decir no quedarse en un simple reconocimiento de la falta sino resarcirla, como lo diría Carbonell la regulación de la reparación de la violación al

¹⁰³ Carbonell, Miguel, *Teoría de los... cit.*, pág. 6.

¹⁰⁴ Véase México, Decreto por el que..., *cit.*

derecho humano no es otra cosa que las formas en las que el estado infractor puede hacer frente a la falta cometida, no limitándose a la restitución del goce del derecho fundamental violado sino ejecutando las medidas necesarias para retribuir al gobernado por tal falla.¹⁰⁵

La reparación de las violaciones de derechos humanos es la consecuencia de que se haya verificado un hecho ilícito. Dada una violación, los responsables directos e indirectos deben proceder a repararla. La Corte Interamericana de Derechos Humanos, ha señalado en reiteradas ocasiones que a reparación es el término genérico que comprende las distintas formas como un Estado puede hacer frente a la responsabilidad internacional en que ha incurrido.

2.1.1. Los derechos de libertad y el papel pasivo del estado.

Compartimos la forma de ver a la libertad del filósofo Isaiah Berlin, quien pensaba que una de las formas de ver este tipo de derechos es la obligación de no hacer por parte del estado, es decir de abstenerse de afectar el derecho en si, por ejemplo, en el caso del derecho a la educación y el acceso a la cultura, establecidos en los artículos tercero y cuarto respectivamente, la obligación del estado radica en abstenerse de impedir que la educación llegue al gobernado o que este acceda alguna actividad cultural, lo mismo ocurre con el derecho a elegir nuestra profesión, la libertad de expresión e imprenta, la obligación del estado está en no impedirlo, es decir, no hacer.

Normalmente se dice que yo soy libre en la medida en que ningún hombre ni ningún grupo de hombres interfieren en mi actividad. En este sentido, la libertad política es simplemente, el ámbito en el que un hombre puede actuar sin ser obstaculizado por otros. Yo no soy libre en la medida en que otros me impiden hacer lo que yo podría hacer si no me lo impidieron.¹⁰⁶

En este orden de ideas se establece la libertad como el ejercicio de la

¹⁰⁵ Carbonell, Miguel, *Teoría de los...*, cit, pág. 119.

¹⁰⁶ Berlin, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2000, pág. 220.

voluntad con exclusión de un sujeto pasivo universal, es decir la no intervención de la sociedad en las acciones de terceros.

Hay otro modo de ver a la libertad, desde una postura positiva, que consiste en la facultad de una persona para orientar su voluntad hacia su objetivo, tal como lo manifiesta Norberto Bobbio, sin embargo, según su propia definición, cae en la no afectación de esa voluntad por terceros, pues dice que la libertad es "...La situación en la que un sujeto tiene la posibilidad de orientar su voluntad hacia un objetivo, de tomar decisiones, sin verse determinado por la voluntad de otros".¹⁰⁷

Entre los derechos de libertad reconocidos por la norma fundamental mexicana encontramos, la prohibición de la esclavitud en el artículo 1º, la autodeterminación de los pueblos indígenas (artículo 2º), la libertad de enseñanza (artículo 3º), de procreación y acceso a la cultura (artículo 4º), profesión o trabajo (artículo 5º), libertad de expresión y acceso a la información (artículo 6º), imprenta (artículo 7º), asociación (artículo 9º), tránsito y residencia (artículo 11), libertad religiosa (artículos 24 y 130) y las libertades económicas (artículos 25, 26 y 28), mismas que encuentran limitadas en las condiciones que la propia constitución establece.¹⁰⁸

2.1.1.1. Los Límites a la libertad.

Cuando estudiamos los derechos de libertad es necesario tomar conciencia los alcances del concepto, libertad no es poder, no implica una autodeterminación total, sino que se encuentra limitada. Existe un principio general del derecho que tiene aplicación en este tema: "El derecho de una persona termina donde empieza el de otra", como es de esperarse, existen límites a los derechos de libertad, donde el estado deja eventualmente su conducta pasiva para tomar acciones en contra del gobernador cuando los sobrepase, en nuestra constitución encontramos varias limitaciones a los derechos fundamentales de libertad.

¹⁰⁷ Bobbio, Norberto, *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2003, pág. 100.

¹⁰⁸ Véase, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, págs. VII-XIV.

Un claro ejemplo de esto lo encontramos en los artículos 6º y 7º constitucionales, sobre la libertad de expresión e imprenta respectivamente, dice el 6º "...no será objeto de ninguna inquisición judicial o administrativa, sino en el caso de que, ataque a la moral, los derechos de tercero, provoque algún delito, o perturbe el orden público; el derecho de réplica será ejercido en los términos dispuestos por la ley" mientras que el séptimo versa sobre la imprenta "...no tiene más límites que el respeto a la vida privada, a la moral y a la paz pública".¹⁰⁹

Lo mismo ocurre con otros derechos como la libre autodeterminación de los pueblos indígenas que se encuentra limitada por los derechos humanos, haciendo énfasis en la dignidad humana y la integridad de las mujeres¹¹⁰, la libertad de profesión y trabajo se limita por la licitud de la actividad, o el cumplimiento de requisitos formales como lo es una cédula profesional¹¹¹, en cuanto a la libertad de tránsito se encuentra subordinada a las limitaciones que impongan las leyes sobre emigración, inmigración y salubridad general de la República, o sobre extranjeros perniciosos residentes en el país.

De este modo la constitución federal busca si proteger los derechos fundamentales que reconoce sin afectar los de terceros, de este modo los derechos conviven unos con otros tal y como lo diría Miguel Carbonell.¹¹²

Otra justificación en el mismo sentido se deriva de la necesidad de hacer que los derechos convivan unos con otros, de forma que algunos de ellos encuentren limitaciones para no invalidar a otros (por ejemplo, los derechos de terceros o la comisión de algún delito como límites a la libertad de manifestación de ideas, recogidas en el artículo 6º., o la vida privada como límite a la libertad de imprenta del artículo 7º).

Este principio de interdependencia entre los derechos fundamentales o

¹⁰⁹ Véase México, Decreto por el que..., *cit.*, artículos 6º y 7º.

¹¹⁰ *Ibidem*, artículo 2º, apartado A, fracción II.

¹¹¹ *Ibidem*, artículo 5, párrafo segundo.

¹¹² Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, págs. 181.

como se explicó en la cita anterior de Miguel Carbonell, la intención de que los derechos convivan unos con otros, es abordado por Luis Daniel Vásquez y Sandra Serrano de la siguiente manera.

La interdependencia señala la medida en que el disfrute de un derecho particular o un grupo de derechos dependen para su existencia de la realización de otro derecho o de un grupo de derechos, por ejemplo, el derecho a la salud tiene aparejadas claras relaciones con el derecho a la alimentación y a la vivienda digna, así como el al trabajo en condiciones adecuadas. Por su parte, la *indivisibilidad* niega cualquier separación categorización o jerarquía entre los derechos humanos. El aspecto central de este criterio, es que los Estados no están autorizados a proteger y garantizar una determinada categoría de derechos humanos en contravención de otra, sino que todos los derecho humanos merecen la misma atención y urgencia, bajo esta lógica esta "...la existencia real de cada uno de los derechos humanos solo puede ser garantizada por el reconocimiento integral de todos ellos".¹¹³

Así, estos autores manejan como indispensable la interrelación entre los derechos fundamentales de la que estamos hablando, y no se limitan a lo sino que dejan claro que la interdependencia esta también ligada a la indivisibilidad de los derechos fundamentales o de los grupos de derechos fundamentales, interdependencia que no se da solo en la igualdad y libertad como entes genéricos sino en derechos humanos específicos como ha quedado expuesto.

2.1.2. Alcance de la interpretación de los derechos de Igualdad.

Los derechos de igualdad encuentra un relación muy apegada a los de

¹¹³ Vásquez, Luis, Daniel, y Serrano, Sandra, "Los principios de Universalidad, Interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación Práctica", en Carbonell, Miguel, y Salazar Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624, pág. 152-153.

libertad, sin embargo, la sola definición resulta compleja, pues a pesar de haber sido estudiado el concepto multidisciplinariamente, lejos de dar claridad provoca debate.

La idea de igualdad pasa por ser uno de los parámetros fundamentales del pensamiento social, jurídico y político de nuestro tiempo. Pero, por desgracia, su importancia como idea regulativa básica no va regularmente acompañada ni por la claridad de formulación ni por la precisión de su sentido y límites. Suele ser más bien, un concepto muy discutido en torno al cual surgen frecuentes desacuerdos prácticos y pugnas teóricas importantes.¹¹⁴

Esta paradoja de la igualdad la podemos entender con una simple reflexión, la igualdad vista en un sentido lógico o matemático como equivalencia entre dos objetos o personas sería la primera idea que se nos viene a la mente sin embargo, una persona nunca es exactamente igual a la otra, por lo que las matemáticas resultan insuficiente, debemos recurrir a una postura más axiológica, que nos llevara a una igualdad de derechos, la universalidad de los derechos fundamentales en este caso, sin embargo esto nos genera otro conflicto, otorgar exactamente el mismo derecho o las mismas prerrogativas a dos personas de clases sociales diferentes le dará evidentemente mayores beneficios a la de clase más alta, pues resulta que en un principio no son iguales, matemáticamente hablando, por otro lado de otorgarle mayores beneficios a la de clase más baja, buscando equidad, estaríamos siendo desiguales con el beneficio otorgado. Poniendo estos factores en una balanza resulta más justo ser desigual en el sentido lógico.

Nuestra constitución reconoce para empezar, igualdad de derechos fundamentales (artículo 1º) ligada al principio de no discriminación, la igualdad entre el hombre y la mujer, así como la protección a la familia (artículo 4º), la

¹¹⁴ Laporta, Francisco J., "El principio de igualdad: Introducción a su análisis", *Sistema*, Madrid, Núm. 67, 1985, pág. 3.

prohibición de títulos de nobleza, prerrogativas u honores hereditarios (artículo 12), la prohibición de leyes privativas, tribunales especiales, emolumentos o fuero especial, salvo el militar (artículo 13). Derechos como los del artículo 1º, 12 y 13, pueden ser estudiados desde un punto de vista lógico matemático, sin embargo el de igualdad ente el hombre y la mujer, debe ser visto desde el punto axiológico, y buscar por tanto, elevar la condición de la mujer al mismo plano que la del hombre para que participe de manera activa en la vida social, según se desprende de lo establecido por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.¹¹⁵

DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD ENTRE EL VARÓN Y LA MUJER. SU ALCANCE CONFORME A LO PREVISTO EN EL ARTÍCULO 4o. DE LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. Al disponer el citado precepto constitucional, el derecho humano a la igualdad entre el varón y la mujer, establece una prohibición para el legislador de discriminar por razón de género, esto es, frente a la ley deben ser tratados por igual, es decir, busca garantizar la igualdad de oportunidades para que la mujer intervenga activamente en la vida social, económica, política y jurídica del país, sin distinción alguna por causa de su sexo, dada su calidad de persona; y también comprende la igualdad con el varón en el ejercicio de sus derechos y en el cumplimiento de responsabilidades. En ese sentido, la pretensión de elevar a la mujer al mismo plano de igualdad que el varón, estuvo precedida por el trato discriminatorio que a aquélla se le daba en las legislaciones secundarias, federales y locales, que le impedían participar activamente en las dimensiones anotadas y asumir, al igual que el varón, tareas de responsabilidad social pública. Así, la reforma al artículo 4o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, da la pauta para modificar todas aquellas leyes secundarias que incluían modos sutiles de discriminación. Por otro lado, el marco jurídico relativo a este derecho humano desde la perspectiva convencional del sistema universal,

¹¹⁵ Véase, México, Decreto por el que..., *cit.*

comprende los artículos 1 y 2 de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, así como 2, 3 y 26 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos; y desde el sistema convencional interamericano destacan el preámbulo y el artículo II de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre así como 1 y 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. Amparo en revisión 796/2011. Martín Martínez Luciano. 18 de abril de 2012. Cinco votos. Ponente: José Ramón Cossío Díaz. Secretaria: Teresita del Niño Jesús Lúcia Segovia.¹¹⁶

La expresión “elevar a la mujer al mismo plano de igualdad que el varón” que se desprende de la lectura de la anterior tesis jurisprudencial pone en evidencia la intención del legislador de proteger a la mujer como ente vulnerable

Los derechos de Seguridad Jurídica, estableciendo alcances claros para la interpretación de este derecho en particular.

2.1.3. La utopía de derechos sociales fundamentales.

En definitiva un tema delicado pues existe a hasta debate por su existencia y materialización, sin embargo, es un hecho que al menos en la formalidad o de manera indirecta los encontramos en la constitución.

De acuerdo con Alberto Trueba Urbina los derechos sociales son “...el conjunto de principios, instituciones y normas que en función de integración protegen y reivindican a los que viven de su trabajo¹¹⁷” de donde destacamos el principio de protección a un sector determinado de la sociedad, algo parecido a lo que comentábamos sobre la supuesta igualdad del hombre y la mujer pero, en este caso, abiertamente declarada, es decir un derecho de grupos sociales, según Mario de la Cueva.

Es de un carácter colectivo en el que los intereses de la comunidad son

¹¹⁶ Tesis: 1a. CLXXVII/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, pág. 482.

¹¹⁷ Trueba, Urbina, Alberto, *Derecho Social Mexicano*, México, Porrúa, 1978, pág. 79.

preeminentes sobre los intereses de los individuos, porque la satisfacción y el cumplimiento del derecho social y los derechos sociales son condicionantes de la satisfacción y el cumplimiento real de los derechos individuales inalienables como son los derechos de libertad, igualdad, y de seguridad jurídica.¹¹⁸

Robert Alexy clasifica el argumento de la existencia de los derechos sociales fundamentales en lo que él denomina dos tesis de libertad fáctica, es decir, libertad real, la posibilidad material de ejercer la libertad, según se expone a continuación.

El argumento principal a favor de los derechos fundamentales sociales es un argumento de la libertad. Su punto de partida son dos tesis:

La primera reza: la libertad jurídica para hacer u omitir algo sin la libertad fáctica (real), es decir, sin la posibilidad fáctica de elegir entre lo permitido, carece de todo valor. Esta tesis esta formulada de una manera muy general. En todo caso, es correcta si se le interpreta en el sentido de que la libertad jurídica de *a* para realizar o no realizar la acción de *h* carece de todo valor, en el sentido de que es inútil, si, por razones fácticas, *a* no tiene la posibilidad de elegir entre la ejecución o no ejecución de *h*...

La segunda tesis reza: bajo las condiciones de la moderna sociedad industrial, la libertad fáctica de un gran número de titulares de derechos fundamentales no encuentra sustrato material en un “ámbito vital dominado por ellos”, sino que depende esencialmente de actividades estatales. También con la reserva de algunas cualificaciones puede estarse de acuerdo con esta tesis.¹¹⁹

¹¹⁸ Cueva, Mario de la, *Derecho Mexicano del Trabajo*, 5ta edición, México, Porrúa, 1970, t.1, pág. 176.

¹¹⁹ Alexy, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en Carbonell, Miguel, et. al. (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000, págs. 71-72.

Por otro lado, continua Alexy, existe una antítesis, que habla que esa posibilidad material de realización de los derechos sociales se ve limitada tanto por carencias presupuestales como coaliciones entre un derecho social fundamental y un derecho humano diverso otro, tal como lo es el caso del derecho al trabajo que chocaría con la dignidad humana, la libre disposición de empleados por parte de la economía privada e incluso la igualdad en las condiciones del trabajo.

La colisión entre derechos fundamentales sociales y derechos de libertad se vuelve especialmente clara en el derecho al trabajo. En un sistema de economía de mercado, el estado puede disponer solo limitadamente del objeto de este derecho. Si quisiera satisfacer el derecho de todo desempleado a un puesto de trabajo tendría que dar ocupación a todo desempleado dentro el marco de la administración pública existente, o bien limitar y hasta eliminar la disponibilidad de los puestos de trabajo por parte de la economía privada. Lo primero en todo caso como solución general no puede ser tomada en cuenta, pues, bajo las condiciones dadas, solo conduciría a la desocupación oculta por el derecho de la administración pública. Lo segundo conduce o bien a una amplia reducción de la capacidad de decisión de la economía privada o a su eliminación. Pero esto significa, entre otras cosas, una intervención en los derechos fundamentales de quienes disponen de la propiedad de los bienes de producción.¹²⁰

Estas coaliciones de as que nos habla Robert Alexy tienen mucho sentido, y constituyen el origen de principios en materia de derechos fundamentales como lo es la ponderación, toda vez que, contrario a lo que podríamos pensar al iniciar con el estudio de los derechos humanos estos no siempre son compatibles, lo que dicho sea de paso, afecta la utopía de la que hablamos al principio del apartado.

Es necesario mencionar la coalición entre dos derechos sociales

¹²⁰ *Ibidem*, pág. 76.

fundamentales como sería, el derecho al trabajo con un derecho fundamental ambiental o bien la entre el derecho social y bienes públicos. Por mencionar un ejemplo, si yo me dedico a la tala de árboles estoy ejerciendo mi libertad de profesión u oficio, pero la misma trae como consecuencia un detrimento al medio ambiente, ahora bien, en este supuesto, pudiera aparecer reclamando amparo una persona que se crea afectada en su interés difuso al medio ambiente sano. Es en este momento donde la autoridad jurisdiccional debe ponderar entre estos dos casos, pues se le está solicitando una suspensión que se otorgarse afectaría mi derecho y me daría sin ingresos por un tiempo indefinido.¹²¹

Finalmente hay que mencionar colisiones de derechos fundamentales sociales con otros derechos fundamentales sociales, como así también colisiones entre derechos fundamentales sociales y bienes colectivos. Un ejemplo de lo primer es la colisión entre un derecho del trabajo y un derecho fundamental ambiental. Colisiones entre derechos fundamentales sociales y bienes colectivos, por ejemplo, la defensa del país resulta del hecho de que la realización de ambos absorbe considerables partes del presupuesto, es decir, de los ya mencionados efectos financieros de los derechos fundamentales sociales.

Hasta aquí veíamos que los derechos sociales son más utópicos que materiales pues a pesar de encontrarse previstos en la constitución como en tratados internacionales, su materialización objetiva resulta complicada, al menos hasta la reforma de Junio de 2011 antes comentada.

Nuestra constitución prevé, ya sea de manera independiente como ligadas a los genéricos de igualdad o libertad, los derechos sociales a la no discriminación (Artículo 1º), Derechos de los Indígenas (Artículo 2º), educación (artículo 3º), así como la protección a la salud, medio ambiente, vivienda digna y decorosa, los derechos de los menores, el acceso a la cultura, tanto en términos generales como física (artículo 4), la información (artículo 6º), acceso a la justicia (artículo 17), Seguridad pública (artículo 18), Derecho al desarrollo (artículos 2 y

¹²¹ *Ibidem*, págs. 78.

26), derechos de los campesinos (artículo 27), así como los derechos de los trabajadores (artículo 123).¹²² Según la descripción de cada artículo la ley establecerá las modalidades para el acceso a estos derechos, y los programas para la participación activa del estado en su difusión y materialización.

Con la multicitada reforma de 2011, se crea una luz en la materialización del respeto, difusión y defensa de los derechos fundamentales sociales, el contenido del artículo 1o. mencionado, nos abre una puerta para que cualquier gobernado a través del juicio de amparo pueda acceder, exigir y provocar mediante el acceso a la justicia que se obligue a las autoridades a tomar acciones correspondientes a su incorporación a la esfera de derechos fundamentales, enfatizando en la dignidad humana como base de esta acción.

Hace solo algunos años, el lector de la presente tesis pensaría que quienes la elaboramos somos soñadores, pero afortunadamente los jueces federales también. Existe un caso práctico que a nuestro juicio marcó la pauta para extinción del mito de que los derechos sociales fundamentales son inmaterializables, hablamos de la intervención judicial para obligar a una o varias autoridades, no solo a dejar sin efectos sino a tomar acciones para la protección de los derechos sociales de determinada persona. Se trata la sentencia del Juicio de Amparo 1494/2011, radicado ante el Juez Primero de Distrito en materia administrativa del entonces Distrito Federal, misma que obliga a la Secretaría de Desarrollo Social local a tomar las acciones necesarias para reincorporar al quejoso a la sociedad. La sentencia en la parte relativa dice:

...es procedente ordenar a la Secretaría de Desarrollo Social del Distrito Federal, dentro del plazo de 24 horas que correrá a partir del momento en que la presente sentencia alcance el grado de ejecutoria, ordene a las autoridades adscritas a la dependencia a su cargo, que lleven a cabo las

¹²² Véase Hernández, Cruz, Armando, *Los derechos políticos sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010, págs. VIII-XI.

acciones necesarias para que ***** sea incorporado al “Programa de atención preventiva y emergente a personas afectadas por contingencia o en vulnerabilidad social” que se encuentre vigente a fin de que se le garantice el acceso a los recursos indispensables que le garanticen su subsistencia y en consecuencia el goce de una vida digna, entre los que se encuentran, proporcionarle albergue, alimentación, servicio médico vestido, así como canalizarlo a los centros de asistencia e integración social, hospitales médicos y psiquiátricos en caso de requerirlo, previa valoración que se realice con la finalidad de lograr su reinserción en la sociedad, de ser posible.¹²³

Lo anterior, además de justificar la incursión de los derechos sociales como Sub-acápites en el presente trabajo, nos ilustra la situación actual de estos derechos. El camino a una materialización total es largo, pero este es un avance.

2.1.4. Los derechos de Seguridad Jurídica.

Es en esta clasificación de los derechos donde encontramos el reto del trabajo de investigación que nos ocupa, toda vez que, como se verá más adelante existe una evidente discrepancia entre los derechos relacionados con la seguridad jurídica en nuestro país con los contenidos en los tratados internacionales reconocidos por México, lo que generará una confrontación entre el sistema nacional y el interamericano.

Para Miguel Carbonell, la seguridad jurídica es el grupo de derechos que guardan una mayor relación con el estado de derecho, e implica la sujeción de los poderes públicos al derecho, la esencia del constitucionalismo original.

La idea de seguridad jurídica tiene muchas vertientes y se concreta en una pluralidad de significados. En el primero que estamos analizando, referido a la sujeción de los poderes públicos al derecho, empata directamente con la

¹²³ Sentencia del Honorable Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal en el juicio de amparo 1494/2011.

misión central que tuvo el primer constitucionalismo, que entendía que todo el sistema constitucional se justificaba en la medida que pudiera controlar al poder por medio del ordenamiento jurídico, la división de poderes y el respeto de los derechos fundamentales serían desde entonces, y lo siguen siendo en la actualidad, los dos elementos claves para alcanzar ese objetivo, como lo anticipó en su momento el conocido artículo 16 de la Declaración Francesa de 1789. En esa misma lógica y dentro del mismo momento histórico, se debe recordar también que el artículo 8o. de la Declaración de los Derechos de Hombre y del Ciudadano de 1793 establecía que “La seguridad consiste en la protección otorgada por la sociedad a cada uno de sus miembros para la conservación de su persona, de sus derechos y de sus propiedades”.¹²⁴

Nuestra constitución, prevé los siguientes derechos de seguridad jurídica: el acceso a la información pública (artículo 6º), la petición (artículo 8º), la posesión y portación de armas (artículo 10), la irretroactividad de la ley (artículo 14, párrafo primero), las condiciones sobre actos privativos, formalidades esenciales del procedimiento, información consular y la sujeción a tribunales previamente establecidos (artículo 14, párrafo segundo), la reserva de ley, los principios de proporcionalidad y prohibición de aplicación analógica de la ley en materia penal (artículo 14 párrafo tercero), La legalidad literal en materia Civil (artículo 14, párrafo cuarto), la prohibición de celebración de tratados para extradición de presos políticos, o delincuentes esclavos, o de aquellos que modifiquen derechos humanos reconocidos por la constitución (artículo 15), la garantía de legalidad propiamente dicha (artículo 16, párrafo primero), los derechos a detenidos (artículo 16, párrafos segundo al sexto), la inviolabilidad del domicilio (artículo 16, párrafos, octavo, décimo primero y décimo tercero), Inviolabilidad de comunicaciones privadas (artículo 16, párrafos noveno, décimo y décimo segundo), la prohibición de la autotutela, el acceso a la justicia, la justicia pronta y expedita, independencia, judicial y la prohibición de penas privativas de libertad por deudas civiles (artículo

¹²⁴ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, *cit.*, pág. 586.

17), las reglas y limitaciones en materia de prisión preventiva, sistema penitenciario y fines de la pena, y justicia penal para adolescentes (artículos 18 y 19), los derechos dentro del procedimiento penal (artículo 20), especialmente la presunción de inocencia (artículo 20, apartado B, fracción I), las limitaciones a las sanciones administrativas (artículo 21), la prohibición de las penas de muerte, mutilación, infamia, marca, azotes, palos, tormento confiscación de bienes (artículo 22), la triinstancialidad de los juicios en materia penal, así como la prohibición de ser juzgado dos veces por el mismo delito (artículo 23), el derecho de propiedad (artículo 27), y los derechos en materia tributaria (artículo 31, fracción IV).¹²⁵

2.1.4.1. El arraigo domiciliario y su incorporación a la constitución.

La figura del arraigo tiene una amplia relación con nuestro tema de investigación, pues como se ha venido manifestando el objetivo de la tesis es indagar sobre la hipotética procedencia e un control convencional sobre la constitución general de un país, específicamente el nuestro, esto con el fin de salvaguardar los derechos fundamentales aun por encima de la voluntad del órgano revisor constitucional.

El arraigo domiciliario tiene un desarrollo histórico sumamente ilustrativo en este tema tal y como a continuación lo describimos.

El punto de partida será la declaratoria de inconstitucionalidad del artículo 12 de la Ley Federal Contra la delincuencia organizada cuyo contenido me permito transcribir.

Artículo 12.- El juez podrá dictar, a solicitud del Ministerio Público de la Federación y tomando en cuenta las características del hecho imputado y las circunstancias personales del inculpado, el arraigo de éste en el lugar, forma y medios de realización señalados en la solicitud, con vigilancia de la autoridad, la que ejercerá el Ministerio Público de la Federación y sus

¹²⁵ Véase, Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales...*, cit., págs. XIV-XVII.

auxiliares, mismo que se prolongará por el tiempo estrictamente indispensable para la debida integración de la averiguación de que se trate, sin que exceda de noventa días, con el objeto de que el afectado participe en la aclaración de los hechos que se le imputan y pueda abreviarse el tiempo de arraigo.

El precepto anterior fue declarado inconstitucional mediante la tesis I.9o.P.69 P emitida por Tribunales Colegiados de Circuito, que a continuación se transcribe:

ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. EL dispositivo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contempla la figura del arraigo domiciliario con una doble finalidad, por una parte, facilitar la integración de la averiguación previa y, por otra, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse contra el indiciado; sin embargo, su aplicación conlleva a obligarlo a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión, hasta por el término de noventa días; por tanto, esa medida es violatoria de las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y, primordialmente, de la de libertad personal consagradas en los artículos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. NOVENO TRIBUNAL COLEGIADO EN MATERIA PENAL DEL PRIMER CIRCUITO. Amparo en revisión 172/2007. 15 de noviembre de 2007. Unanimidad de votos. Ponente: Humberto Manuel Román Franco.

Secretario: Daniel Guzmán Aguado.¹²⁶

De la anterior se destaca un poco debatible argumento, jurídicamente hablando, de que confinar a una persona a permanecer en su domicilio por un tiempo determinado por meras sospechas de que cometió un delito viola los derechos de legalidad propiamente dicho y en efecto, es privarla de su libertad, independientemente de que no se ponga a disposición de una autoridad penitenciaria.

Tal y como puede observarse, la tesis jurisprudencial anterior data de enero de 2008, y provocó una lluvia de amparos contra la aplicación de esta medida en perjuicio del reo. Para contrarrestar lo anterior, y supuestamente procurar justicia, la solución más viable para el gobierno mexicano fue incorporar la figura de arraigo a la constitución, adhiriendo el octavo párrafo al artículo 16 constitucional para quedar como sigue:

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Fue en este sentido que se provocó una serie de juicios de amparo contra la constitución, mismos que seguramente fueron desechados por ser la norma

¹²⁶ Tesis I.9o.P.69 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Enero de 2008, pág. 2756.

fundamental inimpugnable.¹²⁷

Esta medida de protección no lleva otra utilidad que proteger las actuaciones del Ministerio público, donde en aras de una inadecuada tutela a esta institución se emitían normas evidentemente desigualitarias como el valor probatorio de los medios aportados por este ante las autoridades judiciales durante la vigencia del sistema penal inquisitivo, en palabras de Miguel Carbonell.

Una muestra de ello es el valor probatorio de las diligencias que realiza el Ministerio Público, en un fenómeno que se identifica en la literatura penal como “la prueba tasada”. El legislador ha establecido que las pruebas presentadas por el ministerio público en el expediente, siempre que se ajusten a los parámetros que establece la ley, tendrán valor probatorio pleno. Es decir, valdrán más que una prueba en contrario presentada por el acusado, ante la presencia de ambas pruebas el juez tendrá que valorarlas de manera distinta, con lo cual el Ministerio Público –de hecho– está determinando la inocencia o culpabilidad de acusado, con base en la fuerza legal prestablecida de su prueba y no en los méritos de la misma. Así, el Ministerio Público desempeña dos funciones procesales distintas, una como investigador y otra, indirectamente, como juez. El desigual valor probatorio de lo que ofrecen las partes ante el juez rompe el principio de igualdad procesal y supone, de hecho, un grave riesgo para la presunción de inocencia.¹²⁸

En este orden de ideas opera la protección legislativa a la actuación del ente investigador, tanto en el arraigo que evidentemente viola los derechos de legalidad y de libertad personal como en la prisión preventiva oficiosa, que a continuación se expone.

¹²⁷ Véase, Valencia, Beltrán, Guadalupe de J., *La procedencia del juicio de amparo contra reformas constitucionales*, Tesis de grado de Maestría en ciencias del derecho, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2013, pág. 107.

¹²⁸ Carbonell, Miguel, *Teoría de los derechos...*, *cit.*, pág. 119.

2.2. La Convención Americana de Derechos Humanos.

También denominada Pacto de San José, es el tratado internacional base de nuestra investigación de ahí, el termino control de convencionalidad, que a grandes rasgos y sin perjuicio de definirlo con lujo de detalle, es el control que establecen las autoridades jurisdiccionales para verificar el estricto respeto a las normas establecidas en dicho tratado.

Eduardo Ferrer Mac-Gregor define al control difuso de convencionalidad como el nuevo paradigma de interpretación judicial, mismo que viene con la incorporación del principio pro persona y la cláusula de interpretación conforme y que debe ser estudiado y practicado por los jueces mexicanos.

El “control difuso de convencionalidad”, constituye un nuevo paradigma que deben ejercer todos los jueces mexicanos. Consiste en el examen de compatibilidad que siempre debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH), sus protocolos adicionales y al jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH), único órgano jurisdicción del sistema interamericano de protección a los derechos humanos, que interpreta e manera “última” y “definitiva” el pacto de San José.¹²⁹

2.2.1. El principio *pro persona*.

El principio Pro persona es definido como la superioridad del mayor beneficio al gobernado cuando se trate de un concurso de normas jurídicas de derechos humanos, es decir, cuando el operador jurídico se encuentre con dos normas que regulan un derecho humano determinado, deberá optar por las que mayores beneficios traiga al humano en sí.

José Luis Caballero Ochoa, nos explica la importancia de la cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona, el autor considera acertada la incorporación de la interpretación conforme a la constitución:

¹²⁹ Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, “Interpretación conforme..., cit., Pág. 340.

En este contexto es especialmente relevante el reconocimiento de la naturaleza de las normas de derechos humanos presentes en las cartas fundamentales – Constitución o tratados internacionales -; esto es el conformarse como principios mínimos susceptibles de ampliación mediante un sistema de reenvíos, y de integración con otros ordenamientos, lo que expresa la cláusula de interpretación conforme ahora recogida en el nuevo artículo 1o., segundo párrafo de la Constitución.

De esta suerte, me parece que en su redacción hemos apostado por la forma de incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos más acorde con la naturaleza de estas normas... y más compatible con la doctrina del control de convencionalidad que la Corte Interamericana de Derechos Humanos... ha venido desarrollando desde 2006, a partir del *caso Almonacid Arellano y otros c. Chile*, todo un *leading case* en la materia, así como en procesos de justicia y reparaciones en el contexto de violaciones graves y sistemáticas a los derechos humanos¹³⁰.

Este autor español afirma que la incorporación del principio pro persona en la defensa de los derechos fundamentales de su país cumple con dos objetivos primordiales:

a) Definir el estándar de integración normativa, es decir, construir el *contenido constitucionalmente declarado* de los derechos al que alude el Tribunal Constitucional español, y b) señalar la norma aplicable en caso de antinomias y con independencia de su posición jerárquica; respetando el contenido mínimo esencial del derecho que debe restringirse si se trata de dos normas constitucionales.¹³¹

Algo similar ocurre en el derecho mexicano pues desde su incorporación se han venido adecuando criterios jurisdiccionales acordes con la legislación interna y la internacional, constituyéndose por tanto el denominado bloque de

¹³⁰ Caballero, Ochoa, José, Luis, *op. cit.*, pág. 105.

¹³¹ *Ibidem*, Pág. 130.

constitucionalidad.

Lo anterior se debe a que con la reforma de 2011, los tratados internacionales se vuelven parte de la constitución según diría Miguel Carbonell, con una jerarquía no inferior, no superior.

Los tratados de derechos humanos no están por debajo ni por arriba de la constitución, sino que forman parte de su texto, al haber sido incorporados precisamente por el mandato del artículo 1 constitucional. De hecho pueden incluso llegar a ser aplicados de forma prevalente respecto de alguna norma constitucional, siempre que ofrezcan una protección más amplia de cierto derecho (tal y como lo señala el párrafo segundo del mismo artículo 1 constitucional).¹³²

En la anterior, evidentemente, Miguel Carbonell nos resuelve la tesis, al colocar al principio pro persona por encima de la norma constitucional, sin embargo creemos que sujetarse únicamente de contenido del artículo primero resulta insuficiente toda vez que no pasa desapercibido que el mismo numeral prevé restricciones que ya han sido usadas a conveniencia del poder conservador para que entre nuestra defendida figura.

1.2.2. La cláusula de Interpretación conforme.

El artículo Primero constitucional reformado en 2011, conlleva junto al principio pro persona una nueva figura intrínsecamente relacionada con este. La denominada cláusula de interpretación conforme surge de la obligación de las autoridades mexicanas de interpretar y aplicar los derechos fundamentales *conforme* a la constitución general y a los tratados internacionales de los que nuestro país forme parte.

De acuerdo con Caballero Ochoa, este tipo de interpretación es la respuesta efectiva para la materialización del control de convencionalidad

¹³² Carbonell, Miguel, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pág. 37.

concentrado, y ampliando su discurso, señalaríamos que da pie al control difuso de la convencionalidad:

La cláusula de interpretación conforme hacia los tratados sobre derechos humanos es una respuesta efectiva a la doctrina de control de convencionalidad que desde hace cuatro años ha desarrollado de manera consistente la CrIDH *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, y que vincula al poder judicial de los estados a “tener en cuenta” a la CADH *Convención Americana de Derechos Humanos*, y la interpretación que de la misma la Corte Interamericana en sus fallos; es decir, se trata de una tarea precisamente en clave hermenéutica.

Otros autores, como Luis Daniel Vázquez y Sandra Serrano, investigadores en la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales, sede México, consideran que más que respuesta, la interpretación conforme, el principio pro persona y en general la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, revalora la importancia y jerarquía de los tratados internacionales en el sistema mexicano¹³³:

...la reforma constitucional en materia de derechos humanos revaloriza a los tratados internacionales en la materia dentro del orden jurídico mexicano y con ello introduce implícitamente las sentencias, resoluciones, informes, observaciones generales, opiniones consultivas y demás insumos provenientes de los comités pertenecientes a las Naciones Unidas, de los diversos órganos jurisdiccionales de defensa de derechos humanos, así como de los relatos temáticos o por país que también pertenecen al sistema de la ONU, que conforman lo que se conoce como *corpus iuris* del DIDH *Derecho Internacional de Derechos Humanos*. Este amplio cuerpo de documentos permite enumerar los derechos humanos, y, en especial, identificar la forma en que esos derechos operan al relacionarse con las obligaciones internacionales a cargo de un país. En efecto, los instrumentos internacionales establecen a la par, que derechos, obligaciones

¹³³ Vázquez, Luis Daniel, y Serrano Sandra, *op. cit.*, Págs. 135-136.

particulares y generales a la luz de las cuales deben ser y han sido leídos los derechos.¹³⁴

2.2.3. Derechos Económicos Sociales y Culturales en el ámbito internacional.

Existen, a pesar de que cada día se uniforman más los ordenamientos internos de cada país, algunos derechos que son mayormente reconocidos por el ámbito internacional, tales como el derecho a la alimentación que aun y cuando más de 20 constituciones en América le reconocen, sigue siendo, según Miguel Carbonell, un derecho internacionalizado.

Aun que ya hay más de 20 países en cuyas constituciones se consagra el derecho a la alimentación o una norma similar (Ziegler, párrafo 52), se puede decir que las cuestiones normativas sobre el derecho a la alimentación se desprenden fundamentalmente de los textos internacionales... para cuya interpretación es indispensable atender al contenido de Observación General número 12 del Comité de Derechos Económicos Sociales y Culturales de la ONU.¹³⁵

En cuanto a la igualdad entre el hombre y la mujer en el ámbito internacional encontramos muchas referencias a este derecho, por citar ejemplos nos encontramos, desde los genéricos como la no discriminación hasta otros más específicos como los contenidos en la Declaración y Programa de Acción de Viena, emanado de la Conferencia Mundial de Derechos Humanos celebrada en esta ciudad en 1993.¹³⁶

Los derechos humanos de la mujer y de la niña son parte inalienable,

¹³⁴ Caballero, Ochoa, José, Luis, op. cit., pág. 119.

¹³⁵ Carbonell, Miguel, *Notas para un Estudio del derecho a la alimentación y el derecho al agua*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003, pág. 6.

¹³⁶ Carbonell, Miguel et. al., (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Textos Básicos*, 2ª Edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2003, t. II, Pág. 12.

integrante e indivisible de los derechos humanos universales. La plena participación, en condiciones de igualdad, de la mujer en la vida política, civil, económica, social y cultural en los planos nacional, regional e internacional y la erradicación de todas las formas de discriminación basadas en el sexo son objetivos prioritarios de la comunidad internacional.

Con la anterior se evidencia el reconocimiento internacional a los derechos de la mujer no solo como igual al hombre sino como un sector protegido de la sociedad, sin que tal interpretación implique privilegios, tal y como ha quedado claro. Sigue estableciendo la Declaración:

La violencia y todas las formas de acoso y explotación sexuales, en particular las derivadas de prejuicios culturales y de la trata internacional de personas son incompatibles con la dignidad y la valía de la persona humana y deben ser eliminadas. Esto puede lograrse con medidas legislativas y con actividades nacionales y cooperación internacional en esferas tales como el desarrollo económico y social, la educación, la atención a la maternidad y a la salud y el apoyo social. La cuestión de los derechos humanos de la mujer debe formar parte integrante de las actividades de derechos humanos de las Naciones Unidas, en particular la promoción de todos los instrumentos de derechos humanos relacionados con la mujer. La Conferencia Mundial de Derechos Humanos insta a los gobiernos, a las instituciones intergubernamentales y a las organizaciones no gubernamentales a que intensifiquen sus esfuerzos en favor de la protección y promoción de los derechos humanos de la mujer y de la niña.¹³⁷

En este orden de ideas destacamos que el derecho de igualdad de la mujer es más protector a la misma como sector social que como ente igual al hombre y los tratados internacionales dejan a los estados parte la facultad de legislar al

¹³⁷ Conferencia Mundial de Derechos Humanos, *Declaración y programa de acción de Viena*, Viena, Pág. 23, en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.

respecto.

Existen también derechos que si bien su otorgamiento se deducen de otros como el derecho a la vida y a la salud, una denominación específica la encontramos en documentos internacionales, tal es el caso del derecho al agua, que se encuentra regulado por una serie de tratados, mas no en específico en la constitución de nuestro país.

El tema del derecho al agua ha sido abordado desde una óptica internacional a través de interesantes documentos producidos en le seno de las Naciones Unidas... el Informe preliminar presentado por el relator especial El Hadji Guissé sobre la “Relación entre el disfrute de los derechos económicos sociales y culturales y la promoción del ejercicio del derecho a disponer de agua potable y servicios de saneamiento”, rendido ante la Comisión de Derechos Humanos de la ONU el 25 de junio de 2002, (figura en el documento E/CN.4/Sub.2/2002-10;... el “Informe de las Naciones Unidas sobre el Desarrollo de los Recursos Hídricos en el Mundo”, coordinado por la UNESCO y realizado por 23 agencias de las Naciones Unidas.¹³⁸

2.2.4. Sobre la reparación de violaciones a los Derechos Fundamentales.

El pacto de san José desde luego que no es omiso en esta parte fundamental del respeto a los derechos humanos, no limitándose a la restitución del lesionado en el goce de sus derechos sino que de estimarlo procedente prevé el pago de una indemnización, misma que de acuerdo con Miguel Carbonell obliga a las autoridades legislativas a emitir leyes que la prevean.

El Pacto de san José se refiere a las reparaciones en su artículo 63.1, el cual señala lo siguiente: “Cuando decida que hubo violación de u(sic) derecho o libertad protegidos en esta Convención, la Corte dispondrá que se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados.

¹³⁸ Carbonell, Miguel, *Notas para..., cit.*, pág. 10.

Dispondrá, asimismo, si ello fuere procedente, que se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos y el pago de una justa indemnización a la parte lesionada”.¹³⁹

Sin embargo, tenemos un enfrentamiento doctrinal en este tema, Sergio Gracia Ramirez considera que la reparación de la violación a los derechos fundamentales no debe venir de un ente interno, sino que la intención de la Convención Interamericana es que la reparación sea fijada por un órgano internacional.

No considero óptima la fórmula sobre este asunto adoptada en el artículo 1o. En efecto, la obligación estatal de reparar constituye la última expresión en el enunciado de los deberes vinculado a la prevención de violaciones y a la sanción de éstas. Si bien es cierto que las reparaciones implican una sanción – son, en otros términos las “consecuencias jurídicas de la violación cometida” -, también lo es que desbordan con mucho... lo que acostumbro denominar el “deber de justicia” – y antes designé como “deber de justicia penal” – al que se refieren los dos términos inmediatamente anteriores; es decir, investigar y sancionar.¹⁴⁰

La crítica de García Ramirez va encaminada a que la supuesta regulación de las reparaciones a violaciones de derechos humanos por parte del país violador se prestan para vulnerar el deber de justicia del que habla, y como tantas veces ha ocurrido, muchas de ellas mencionadas en el presente trabajo, proteger a la autoridad violadora mas que para resarcir adecuadamente el daño ocasionado con la violación. En cuanto a la indemnización de la que habla el artículo 63.1 de la

¹³⁹ Véase en Carbonell, Miguel, *Teoría de los...*, cit., págs. 133-134.

¹⁴⁰ García, Ramirez, Sergio, “Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos. (sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional bajo la reforma de 2011)”, en Carbonell, Miguel, y Salazar Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624, pág. 172.

Convención Americana de Derechos Humanos:

...el artículo 63.1, CADH, indica que el tribunal dispondrá que “se garantice al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados” y que “se reparen las consecuencias de la medida o situación que ha configurado la vulneración de esos derechos”. Estos designios gobernados por el artículo 63.1 y 1.1 y 2 del Pacto de San José, conduce a la adopción de garantías que hagan cesar la violación e impidan que se repita en el futuro. Esta es una lectura de las estipulaciones internacionales conforme a los propósitos a los que sirven. Así se establece el anexo entre los deberes estatales de respetar y garantizar, prevenir y reparar, a los que se refiere el tercer párrafo del artículo 1o. constitucional.¹⁴¹

2.3. Restricción y suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales.

El artículo 29 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos prevé la suspensión del ejercicio de los derechos fundamentales, y Pedro Salazar hace una interesante comparación entre la figura del presidente de la república en tiempos de suspensión de garantías, con la del dictador en la república roma, haciendo ver los principios de temporalidad que desde entonces se retoman para la protección y respuesta rápida a una situación de emergencia, dice:

Desde el punto de vista histórico, esta institución contenida en el artículo 29 de la Constitución mexicana evoca la figura de la dictadura en su versión clásica. En la República romana el dictador era un magistrado mesocrático, legítimo y con un mandato constitucional temporal, investido de autoridad para hacer frente a una situación de emergencia. Tradicionalmente la emergencia estaba relacionada con una amenaza externa, que justificaba la investidura del dictaros para hacer la guerra (*dictadura rei gerendae*) o con una amenaza a la estabilidad interna que lo facultaba para enfrentar a una rebelión ene le interior de la República (*dictadura seditionis sedandae*). Así las cosas, es atinado sostener que, si observamos en la institución de la

¹⁴¹ *Ibidem*, pág. 182.

dictadura clásica desde la concepción moderna del Estado, aquella puede considerarse como un instrumento legal y legítimos para proteger la soberanía estatal, soberanía que, tradicionalmente, se proyecta en dos dimensiones: una externa que depende de la independencia y autonomía de cada estado frente a los demás, y otra interna que depende de la capacidad de las instituciones para monopolizar el ejercicio de la violencia en su territorio (es decir de la pacificación y estabilidad en su interior), es así como la figura del dictador clásica descansa detrás de la institución de la suspensión y restricción de derechos, ante una situación de emergencia que ponga en riesgo la soberanía del estado en cualquiera de sus dos dimensiones, se activa un poder monocrático capaz de ofrecer una respuesta rápida y eficaz para superar la emergencia. Pero, precisamente porque se trata de una coyuntura es excepcional, el mandato del dictador debe ser temporal (en la Roma republicana hasta los tiempos de Sila y de César, la vigencia del nombramiento tenía una duración máxima de seis meses).¹⁴²

Existen dos diferencias esenciales entre el texto del artículo 29 antes y después de la reforma de 2011, una de tipo terminológico pues deja de llamar garantías a los derechos que eventualmente se suspenderán, y la otra desde el punto de vista factico, al hacer una distinción entre restringir y suspender, dando lugar al equivalente a una limitación moderada del ejercicio del derecho en cuestión, Pedro Salazar lo expone de la siguiente manera:

...se distingue entre la posibilidad de “suspender” y la de “restringir” el ejercicio de los derechos y las garantías que fueran obstáculo para hacer frente a la situación de peligro para la sociedad. De esta manera, se abre la

¹⁴² Salazar, Pedro, “Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la constitución mexicana”, en Carbonell, Miguel, y Salazar Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624, págs. 258-259.

puerta a supuestos normativos distintos con efectos prácticos diferenciados que permiten que la suspensión sea solo una medida extrema que opere solo cuando no sea suficiente con la restricción del ejercicio de determinado derecho o de sus garantías. Finalmente, la tercera aportación de la reforma en este párrafo está implícita en los enunciados anteriores: ahora se habla de la suspensión o restricción “del ejercicio” del derecho y no del derecho mismo. Este fraseo implica que la titularidad de los derechos humanos fundamentales no puede suspenderse en ninguna circunstancia. El estado, en todo caso y con la fundamentación y motivación debidas puede suspender o restringir solamente el ejercicio de los mismos.¹⁴³

2.4. Los sistemas de protección internacional de derechos humanos.

El sistema Europeo de Derechos Humanos es el más antiguo de los sistemas de protección a los derechos fundamentales, es el que nos sirve para tomar como referencia y hasta de guía, pues de sus errores se puede aprender para que no se repitan en el sistema americano, tal como fue la desaparición de la comisión europea de derechos humanos que propició el aumento descomunal en la carga de trabajo del tribunal. Eduardo Ferrer Mac-Gregor sobre el sistema europeo de protección a los derechos humanos:

Es el más antiguo de los tres sistemas. Surge con la aprobación del consejo de Europa, del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales (1950 y vigente en 1953). Hasta la entrada en vigor del protocolo Núm. 11 (1998) de dicho convenio existían tres órganos de control: la Comisión, el Tribunal y el Comité de Ministros (Representantes permanentes de los Estados), con sedes en Estrasburgo, Francia. A partir de esa fecha existe acceso directo al Tribunal Europeo de derechos humanos, al desaparecer la Comisión, lo que propicio un aumento impresionante en el número de asuntos. Solo en el 2009 dicho tribunal recibió 57,100 casos, lo que representa una cifra mayor a todos los

¹⁴³ *Ibidem*, pág. 270.

asuntos que resolvió en sus primeros cuarenta años de funcionamiento, que fue de 45,000 asuntos (1959-2008). Así, el rezago ascendió a 119,300 casos pendientes al 1o. de enero de 2010, de los cuales más del 50% se refieren a demandas contra cuatro Estados: Rusia, Turquía, Ucrania y Rumania.¹⁴⁴

El sistema europeo ha sido tomado como base para el interamericano y el africano, tal y como lo expone Miguel Carbonell cuando habla de derechos fundamentales en el paradigma neoconstitucional.

Tradicionalmente hemos tomado a la doctrina europea como fuente de inspiración, lo que resulta natural si consideramos el alto número de estudiantes de posgrados que han pasado por las aulas de universidades españolas o italianas; esos estudiantes trajeron los referentes de sus maestros europeos, sobre todo a partir de la década de 1970.¹⁴⁵

En cuanto a su futuro, diversos tratadistas, afirman que existe la necesidad de volver cada vez más estrecha la unión europea, incluso se vuelven a tocar temas como la constitucionalización europea, tal y como lo maneja Jürgen Habermas, quien incluso habla de la posibilidad de una república europea, abordando esta idea desde atacando la perspectiva crítica de la tesis de la inexistencia de un pueblo europeo, con el argumento de que un pueblo europeo no debe estar determinado por un origen particular, que basta con que se integre, lo que ya ocurre.

El Sistema Africano de Derechos Humanos es el más reciente de los sistemas regionales, y todavía está en fase de formación. La Carta Africana de los Derechos Humanos y de los Pueblos, también conocida como Carta de Banjul (1981, y vigente en 1986), fue aprobada en Nairobi, Kenya, en la XVIII Conferencia de Jefes de Estado y de Gobierno de la Organización para la Unidad Africana, denominada desde 2002 como Unión Africana.

¹⁴⁴ Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, "Interpretación conforme..., *cit.*, págs. 348-349.

¹⁴⁵ Carbonell, Miguel, *Los derechos fundamentales..., cit.*, pág. 18.

Una de las principales características de esta Carta es que se regulan los derechos económicos, sociales y culturales, de manera conjunta con los derechos civiles y políticos, lo que no sucede en los otros sistemas regionales: además destacan los derechos colectivos y el desarrollo de los pueblos.¹⁴⁶

En cuanto al Sistema Interamericano de Derechos Humanos, en 1948 se aprueba la Carta de la Organización de los Estados Americanos, por 21 países (actualmente son 35 miembros) en el seno de la IX Conferencia Interamericana celebrada en Bogotá. En esta misma reunión se aprobó la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, primer documento internacional con una proclamación general de derechos, ya que se anticipó varios meses a la Declaración Universal.

2.5. Eficacia de la Justicia internacional en la defensa de los Derechos Fundamentales.

La efectividad y eficacia son los principios rectores de un sistema jurídico, sin ellos no podemos hablar de legitimidad, es decir de aceptación del sistema por parte de la sociedad, lo mismo ocurre con un sistema internacional. El sistema interamericano de derechos humanos sería solo tinta en el papel si sus resoluciones no se pueden llevar a la realidad. Eduardo Jorge Prats, establece que la efectividad de un sistema normativo es evidentemente necesaria para lograr sus fines.

La efectividad implica el reconocimiento real de la norma jurídica por sus destinatarios, sean personas privadas o autoridades públicas. La efectividad de la norma es condición necesaria pero no suficiente de su eficacia: una norma inefectiva necesariamente es ineficaz en tanto no alcanza los fines hacia los que debería enderezarse, pero una norma efectiva porque se

¹⁴⁶ Cfr. Carbonell, Miguel y Salazar Pedro (Eds.), “¿Por qué la Unión Europea necesita un marco Constitucional”, en Haberle, Peter, et. al., *La constitucionalización de Europa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie: Estudios Jurídicos, Núm. 65, pág. 55-56.

cumple realmente es ineficaz al no lograr los fines de la autoridad que la diseñó. Esto último ocurriría, por ejemplo, si la política de seguridad social exigida por la Constitución se cumple en la práctica pero no logra satisfacer el derecho de todas las personas a contar con una adecuada seguridad social. Ahora bien, como muy raras veces una norma que se quede en el papel y no trascienda a la realidad es eficaz, "en el lenguaje jurídico la eficacia suele entenderse como el cumplimiento efectivo de una norma; más concretamente, una norma es eficaz cuando los destinatarios ajustan su comportamiento a lo prescrito en la misma o, al menos casos en que esto no ocurre, cuando la norma tiene fuerza bastante para imponer la consecuencia en ella prevista como reacción al incumplimiento". Pero la eficacia *definida* como la aptitud de la norma para procurar el resultado para cuya satisfacción fue concebida por la autoridad que la creó, no garantiza necesariamente que la norma sea *cumplida efectivamente en la práctica*.¹⁴⁷

Ahora llevemos este razonamiento al derecho interamericano de derechos fundamentales. Como ya ha quedado claro durante el desarrollo del presente trabajo, la justicia internacional en el sistema interamericano es impartida en última instancia por la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya actuación es en cierto modo similar a la de un Tribunal Constitucional Nacional, es decir, ella misma vela por el cumplimiento de sus propias resoluciones. Sin embargo, no se debe perder de vista que se está tratando de reglar Estados Independientes, es decir, Grupos sociales con soberanía reconocida, misma que no debe afectarse, cuando hablamos de la Corte Interamericana como ente Supranacional, de entra en una figura delicada pues en ningún tratado ni en las constituciones de los países miembros de establecer al sesión de soberanía a la jurisdicción del tribunal. En este orden de ideas de dificulta la efectividad de la justicia internacional de derechos humanos en el sistema americano, sin mencionar las fallas en el conocimiento del sistema de defensa de derechos humanos internacional dentro

¹⁴⁷ Jorge, Prats, Eduardo, "La efectividad y la eficacia como principios rectores de las tutelas jurisdiccional y administrativa de los derechos fundamentales", *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2010, Núm. 13, Enero-Junio 2010, págs. 163- 164.

del propio país.

En cuanto a los operadores jurídicos en materia de defensa internacional de derechos fundamentales internos, la primera crítica va directamente hacia las universidades, y la hace Miguel Carbonell, pues estas, desde tiempos se han dedicado a la enseñanza del derecho tradicional interno ordinario, cerrando la puerta al estudio del derecho internacional y a veces hasta del constitucional, dice el autor:

En la práctica, la aplicación de los tratados internacionales de derechos humanos se enfrenta con muchas dificultades. Una de ellas, quizá no la menor, es el profundo desconocimiento que de su contenido tienen los abogados mexicanos, incluyendo a los jueces. En parte, lo anterior se debe a las deficiencias que tiene el proceso de enseñanza del derecho, lo cual por cierto también se proyecta hacia el tema de los derechos fundamentales...¹⁴⁸

En este orden de ideas es que surge la necesidad de ampliar los alcances de la enseñanza del derecho, para que los nuevos profesionales salgan capacitados para los nuevos retos.

Nos dice Jorge Prats, que en un mundo ideal, el derecho constitucional debería ser cumplido de manera perfecta, sin embargo es inevitable que existan defectos en su cumplimiento, por ello es que resulta necesaria la implementación de mecanismos de vigilancia al cumplimiento de las sentencias constitucionales y convencionales.

En un Estado Constitucional de Derecho siempre habrá un determinado grado de ineffectividad de sus normas constitucionales pues es imposible realizar los fines constitucionales a plenitud y garantizar las normas constitucionales en su integridad Esta ineffectividad será mayor en aquellos ordenamientos donde el incumplimiento de las normas constitucionales es

¹⁴⁸ Carbonell, Miguel, "Las obligaciones del...", *cit.*, Pág. 74.

si se quiere estructural. Pero aún en los ordenamientos constitucionales más avanzados existirá siempre una separación entre la normatividad constitucional y la factibilidad efectiva, dando pie a "un margen acaso estrecho pero irreductible de ilegitimidad del poder". De ahí que el progreso de un ordenamiento constitucional consiste no tanto en la proliferación o la creación de nuevas y más profusas normas constitucionales sino en el desarrollo de garantías eficaces, es decir, capaces de tutelar los derechos constitucionales y de hacerlas realidad. Una absoluta correspondencia entre el deber ser constitucional y el ser sólo es posible en un mundo ideal: la Constitución y sus derechos sólo son realizables de modo imperfecto.¹⁴⁹

Por lo que se refiere a la vigilancia de la debida reparación de las violaciones a los derechos fundamentales, la Corte Interamericana posee mecanismos mediante los cuales se ha llegado a ordenar el bloqueo de la propia jurisprudencia de un país cuando esta obstaculiza la ejecución de la sentencia dictada por este Órgano Convencional, por mencionar un caso particular, Eduardo Ferrer Mac-Gregor nos expone un fragmento de la resolución de incidencia de la Suprema Corte de Justicia del Uruguay de fecha 22 de febrero de 2013, durante el proceso de cumplimiento del caso Gelman.

17. Además, en el supuesto en que los jueces que estén conociendo o que conozcan de las causas sobre violaciones graves a derechos humanos apliquen la Sentencia del *Caso Gelman* —incluyendo, evidentemente, las consideraciones interpretativas que fundamentan la decisión, que es lo que corresponde al tener obligatoriedad y eficacia directa para todas las autoridades del Estado uruguayo en todos los niveles, en términos del artículo 68.1 de la Convención Americana—y llegaran las causas ante la instancia de la Suprema Corte por medio de las vías impugnativas correspondientes, existe en la actualidad un criterio interpretativo que permitiría que la vigencia de Ley de Caducidad continúe, en la práctica, teniendo efectos, al permitirse la prescripción respecto de los delitos que resultan

¹⁴⁹ Jorge, Prats, Eduardo, *op. cit.*, pág. 164.

imprescriptibles en términos de la Sentencia del Tribunal Interamericano; y, consecuentemente, la jurisprudencia nacional constituye al día de hoy un obstáculo real y potencial para la investigación de los hechos, juzgamiento y eventual sanción de los responsables, cuestión que genera una situación jurídica contraria a lo previsto en la Sentencia del *Caso Gelman*, al establecer que “las autoridades se abstengan de realizar actos que impliquen la obstrucción del proceso investigativo” Sobre el particular, incluso, el propio Estado “reconoce que el reciente fallo del máximo órgano del Poder Judicial podría generar dificultades a los pronunciamientos judiciales vinculados a las causas por violaciones ocurridas en el pasado”.

150

Lo interesante de la transcripción anterior es que la suprema corte uruguaya acata la resolución de la Corte Interamericana de Derechos Humanos e implica su jurisprudencia para darle cumplimiento a la misma, por considerar que esta obstaculiza las actividades de investigación en el caso particular, lo que constituye un avance hacia la internacionalización de su derecho.

2.5.1. La eficacia vinculante de la Cosa Juzgada Internacional (Inter partes).

La Convención Americana de Derechos Humanos dicta en sus artículos 67 y 68.1, establece la definitividad e irrecurribilidad del fallo de la Corte, constituyéndola entonces como un Tribunal Supranacional, de lo anterior que no proceda ningún medio de impugnación en contra de sus resoluciones. Para cumplir el fallo el artículo 64 de la Convención prevé el cumplimiento voluntario, sin embargo el diverso numeral 64 del tratado, nos dice que en caso contrario se puede someter el caso a la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos para que se establezcan los acuerdos a que haya lugar.¹⁵¹

¹⁵⁰ Ferrer, Mac-Gregor, Eduardo, “Eficacia de la Sentencia Interamericana y la cosa juzgada internacional. Vinculación directa hacia las partes (Res judicata)”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, año 20136, Núm. 35, pág. 264-265.

¹⁵¹ Cfr. *Ibidem*, pág. 267.

El obstáculo principal que tiene un tribunal de esta índole es lo delicado que sería una ejecución forzosa, por ello es que somete la presión de la ejecución de las mismas a una instancia política como lo es la Asamblea mencionada, sin perjuicio de que la propia corte en ejercicio de sus facultades de vigilancia siga requiriendo al estado parte por el cumplimiento de la sentencia en cuestión, así pues, nos comenta Mac-Gregor, el tribunal maneja esta doble estrategia, si por política se incumple, con política se requiere.

La "eficacia vinculante" de las sentencias se corrobora, además, con el Artículo 68.2 del propio Pacto de San José, al señalar que la indemnización compensatoria "podrá ejecutarse en el respectivo país por el procedimiento interno vigente para la ejecución de sentencias contra el Estado". Y también del Artículo 65, *in fine*, de la misma Convención, que señala la posibilidad de la Corte IDH de someter a la consideración de la Asamblea General de la Organización de Estados Americanos, dentro de su informe anual, las recomendaciones pertinentes cuando "un Estado no haya dado cumplimiento a sus fallos". Es decir, en todo caso existe la obligación de los Estados de cumplir con el fallo internacional de manera directa, pronta, íntegra y efectiva, siendo la propia Convención Americana la que establece garantías para lograr su cumplimiento; en primer término la posibilidad de que la Corte IDH supervise dicho cumplimiento derivada de su facultad jurisdiccional y, eventualmente, prevé la posibilidad del propio Tribunal Interamericano para someter a una instancia política el incumplimiento; sin que ello signifique que la Corte IDH deje de conocer de la supervisión de cumplimiento respectivo, por lo que "podrá seguir requiriendo al Estado que presente información relativa al cumplimiento de la Sentencia respectiva cuando lo considere pertinente".¹⁵²

Aunque no se encuentra establecido en la resolución propiamente, es un principio procesal general que los fundamentos en los que se basa una resolución jurisdiccional forman parte de la misma por lo que el acatamiento a dicha

¹⁵² *Ibidem*, Págs. 264-268.

resolución por parte del condenado debe ser integral no limitado a la sección resolutive.

2.5.2. La eficacia de la Sentencia de la Corte Interamericana de derechos humanos como norma convencional interpretada (Erga Omnes).

La sentencia de la corte interamericana, además de los efectos de cosa juzgada internacional vinculante para las partes de manera directa y susceptible de ser ejecutada mediante presión política, como ha quedado expuesto en párrafos anteriores, posee un segundo efecto, el de interpretación de la norma internacional, es decir la tesis jurisprudencial de la corte Interamericana son sus propias sentencias, en palabras de Mac-Gregor:

32. En el primer supuesto se produce una eficacia *inter partes*, que consiste en la obligación del Estado de cumplir con todo lo establecido en la sentencia interamericana de manera pronta, íntegra y efectiva. Existe una vinculación total y absoluta de los contenidos y efectos del fallo, que se deriva como obligación de los artículos 67 y 68 1 de la Convención Americana.

33. En el segundo se produce una eficacia *erga omnes* hacia todos los Estados parte de la Convención, en la medida en que todas las autoridades nacionales quedan vinculados a la efectividad convencional y, consecuentemente, al criterio interpretativo establecido por la Corte IDH, en tanto estándar mínimo de efectividad de la norma convencional, derivada de la obligación de los Estados de respeto, garantía y adecuación (normativa e interpretativa) que establecen los artículos 1º y 2º de la Convención Americana; y de ahí la lógica de que la sentencia sea notificada no sólo "a las partes en el caso" sino también "transmitido a los Estados partes en la Convención" en términos del artículo 69 del Pacto de San José.¹⁵³

¹⁵³ *Ibidem*, Pág. 271.

CAPÍTULO TERCERO. JERARQUÍA DE LOS TRATADOS INTERNACIONALES EN MATERIA DE DERECHOS HUMANOS. ENFOQUE COMPARADO ENTRE MEXICO Y ESPAÑA.

3.1. En Aspectos constitucionales de los Tratados Internacionales.

El presente subcapítulo abordaremos las formas en que este ordenamiento permite su aplicación material, partiendo desde el procedimiento de reforma constitucional y la suscripción e incorporación de los mismos al sistema jurídico español, con los respectivos comentarios en comparación con el sistema jurídico mexicano, esto en razón de derecho comparado inter-países, así como una comparación en cuanto al método de incorporación de un tratado internacional y el de reforma constitucional en cada uno. Juzgamos conveniente iniciar con el estudio de los textos constitucionales de los artículos 96 de la constitución ibérica y el 76 y 132 de la constitución mexicana, preceptos que regulan en cada uno de los países la incorporación de los tratados internacionales al sistema jurídico interno.

La Constitución Española, en su artículo 96, reconoce como parte de su sistema jurídico a los tratados internacionales, sin embargo establece la que sería la primera restricción a analizar en nuestra tesis.

1. Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

2. Para la denuncia de los tratados y convenios internacionales se utilizará el mismo procedimiento previsto para su aprobación en el artículo 94.¹⁵⁴

Tal restricción la encontramos en el fragmento “válidamente celebrados”,

¹⁵⁴ Biblioteca de Legislación, *Constitución y Tribunal Constitucional*, 29ª Edición, Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2013, Pág. 69.

esta expresión es muy abierta y ambigua, puede interpretarse desde la forma, es decir, un tratado es válidamente celebrado cuanto atiende el procedimiento de suscripción y aprobación de un tratado internacional, que se encuentra establecido en el artículo 94 del mismo ordenamiento, o bien, atender la legitimidad del propio tratado, interpretarse que solo es válido un tratado cuando no contradiga a la constitución, en este último caso. La constitución Española estaría por encima de la Unión Europea. Sin embargo, en este rubro encontramos lo dispuesto por el artículo 93 de la citada constitución:

Mediante la ley orgánica se podrá autorizar la celebración de tratados por los que se atribuya a una organización o institución internacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución. Corresponde a las Cortes Generales o al Gobierno, según los casos, la garantía del cumplimiento de estos tratados y de las resoluciones emanadas de los organismos internacionales o supranacionales titulares de la cesión.¹⁵⁵

Destaca de la anterior el que la propia constitución autoriza al estado español para celebrar tratados internacionales donde se atribuyan competencias a determinada institución internacional lo que implica, hasta cierto punto ceder soberanía a organismos como la Unión Europea, dándole entonces a dicho organismo el carácter de supra nacional.

Por ultimo conviene traer a colación lo dispuesto por el artículo 95 de la constitución española que prevé la contradicción entre la constitución y un tratado internacional y establece las bases del procedimiento a seguir cuando el estado se percate de dicha situación.

1. La celebración de un tratado internacional que contenga estipulaciones contrarias a la Constitución exigirá la previa revisión constitucional.
2. El Gobierno o cualquiera de las Cámaras puede requerir al Tribunal

¹⁵⁵ *Ídem.*

Constitucional para que declare si existe o no esa contradicción.¹⁵⁶

Este es un procedimiento que tiene orgullosos a los españoles, pues vuelve practica la aplicación del derecho internacional en el interno, y viene a marcar una brecha para países como el nuestro que apenas incursiona en figuras como el control de convencionalidad, vaya, esta figura hace que valga la pena dedicar un capítulo al derecho comparado entre México y España.

Por su parte la constitución mexicana establece en su artículo 133 la aparente jerarquía de los tratados, misma que había sido interpretada por la jurisprudencia como inferior a la carta magna, hasta la reforma en 2011 al artículo 1º de la propia constitución, misma que parecería darle una jerarquía igual a uno que al otro y puso a reflexionar a la Suprema Corte de Justicia.

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

Similar al caso español encontramos una expresión interpretable como restricción a la jerarquía de los tratados internacionales (todos los Tratados que estén de acuerdo con la misma), sin embargo, a diferencia del país comparado, esta es más cerrada, establece que para que los tratados internacionales sean ley suprema, es necesario que sean acordes con la constitución general, lo que de interpretarse limitativamente nos restringe la aplicación de una norma internacional en materia de derechos humanos cuando esta, contradiga una limitante constitucional, esto es conocido como el fenómeno de no contradicción.¹⁵⁷

¹⁵⁶ *Ídem.*

¹⁵⁷ Cfr. Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, Pág. 111.

Hasta aquí México, parecería no admitir norma alguna, aun cuando se trate de derechos fundamentales que contradiga a la constitución, lo que se refuerza con las circunstancias de que en la constitución mexicana no se establece sesión de soberanía a favor de organismos internacionales, además de la parte final del artículo 1o de la misma, que establece que los derechos podrán ejercerse hasta en tanto no sean limitados o suspendidos por la propia constitución.

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.

En este orden de ideas se entiende que nuestro país si bien admite la aplicación de un tratado internacional cuando otorgue mayores beneficios al gobernado, cuando se trata de limitaciones o suspensiones no parece permitir su aplicación, atendiéndose solo a lo establecido por la constitución, sin embargo este razonamiento es puesto a prueba con las constantes sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, que en el cien por ciento de casos que han llegado a su jurisdicción en contra de México, ha sido nuestro país condenado e implícitamente ha modificado la propia constitución para volverla acorde a las disposiciones de la Convención Americana de Derechos Humanos, Indistintamente llamada Pacto de San José.

Por su parte, el poder de reforma constitucional, nos dice Rubén Hernández Valle "...es aquella actividad, de carácter normativo, dirigida a modificar parcialmente una Constitución Rígida, utilizando para ello un procedimiento especial prestablecido al efecto por el ordenamiento jurídico".¹⁵⁸

Resulta interesante la expresión "parcial", pues denota la hipotética imposibilidad de reformar la constitución en su totalidad, puesto que esta facultad

¹⁵⁸ Hernández Valle, Rubén, *op. cit.*, P. 148.

le correspondería en un momento dado al Poder Constituyente Originario, tal y como en su momento y a profundidad se analizó en nuestra tesis de maestría.¹⁵⁹

3.1.1. La Reforma Constitucional en España.

La Constitución Española de 1978 forma parte de las denominadas constituciones rígidas, es decir, de las que requieren de un procedimiento especial para reformarse y no del simple proceso legislativo que se implementaría para crear, abrogar o modificar una ley ordinaria.¹⁶⁰

Para reformar su Constitución general, España requiere de una iniciativa de reforma ser presentada por el Gobierno, ya sea por decisión propia o en cumplimiento a la petición que al respecto hagan las asambleas de las comunidades autónomas, el Congreso o el Senado.

Para entender esto es necesario explicar de manera descriptiva qué es, para España, “El Gobierno” y qué se entiende por las denominadas “Comunidades Autónomas”. El gobierno, para los que nos interesa, es definido por el Diccionario Jurídico de la fundación Tomás Moro¹⁶¹, como el “...órgano colegiado formado por el presidente del gobierno, el vicepresidente o los vicepresidentes, los ministros y los demás miembros que establezca la ley”, subrayándose la flexibilidad constitucional en cuanto a que el Rey, a Propuesta del Presidente, puede nombrar los miembros del gobierno que considere convenientes¹⁶². De acuerdo con esta obra el gobierno el órgano jerárquico superior de la administración estatal¹⁶³ y, a diferencia del sistema jurídico mexicano¹⁶⁴ donde la administración se deposita en una única persona históricamente denominada, “presidente de los Estados Unidos

¹⁵⁹ Cfr. Valencia, Beltrán, Guadalupe de Jesús, *op. cit.*, P. 39.

¹⁶⁰ Cfr. Biblioteca de Legislación, *op. cit.*, Págs. 121-122.

¹⁶¹ Fundación Tomás Moro, *Diccionario Jurídico*, Madrid, Espasa Calpe, 1991, Pág. 458.

¹⁶² Centro de Estudios Constitucionales, *Constitución española, edición comentada*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1979, Págs. 219-220.

¹⁶³ Cfr. *Ibidem*, Pág. 216.

¹⁶⁴ Cfr. Burgoa Orihuela, Ignacio, *Diccionario de derecho constitucional garantías y amparo*, México, Porrúa, 1984, Pág. 349.

Mexicanos” o “presidente de la república”, el gobierno es el titular del poder ejecutivo¹⁶⁵. Mientras que las comunidades autónomas¹⁶⁶, de acuerdo con la fundación Tomás Moro, son definidas como el resultado del derecho a la constitución de agrupamientos de comunidades limítrofes con características históricas, culturales y económicas comunes, el derecho a su constitución se encuentra consagrado en los artículos 2, 137, 143¹⁶⁷, mientras que sus competencias se establecen en el diverso 148 de la Constitución Española.¹⁶⁸

Siguiendo con el procedimiento de revisión constitucional, una vez presentada la iniciativa, dice el artículo 167, apartado 1 de la Constitución Española, esta deberá ser aprobada por tres quintas partes de cada una de las cámaras del parlamento, con una condición, contenida en el apartado 2 del mismo artículo, cuando no se logre el acuerdo entre los miembros de las cámaras aun nombrando una comisión especial para el efecto, y obtenido mayoría absoluta en el senado, la reforma constitucional podrá ser aprobada solo por una mayoría de dos terceras partes de las mismas.¹⁶⁹

De acuerdo con el tercer apartado del precepto revisor, cuando al menos una décima parte de los miembros de las cámaras lo soliciten, la reforma constitucional se someterá a referéndum. El referéndum, para quienes no estemos familiarizados con el término, toda vez que en nuestro país no es común, es definido por la fundación Tomás Moro de la siguiente manera:

Instituto de democracia directa (o semidirecta) mediante el cual puede expresarse directa y válidamente la voluntad del cuerpo electoral sobre un asunto sometido a su consulta”. Esta figura no es usada en el sistema

¹⁶⁵ Cfr. Biblioteca de Legislación, *op. cit.*, Pág. 70.

¹⁶⁶ E.g. En la Constitución General de la república Mexicana, se le reconoce autonomía y ciertos derechos a las comunidades indígenas, estas prerrogativas resultan análogas a las concedidas por España a las comunidades autónomas.

¹⁶⁷ Cfr. Biblioteca de Legislación, *op. cit.*, Págs. 17, 90, 93.

¹⁶⁸ *Ibidem*, Págs. 95-96.

¹⁶⁹ *Ibidem*, Págs. 122 y 167.

jurídico mexicano donde el gobierno se encuentra depositado en los poderes constituidos sin la intervención directa del pueblo.¹⁷⁰

Destaca para la vista de un extranjero como el que suscribe que se considera suficiente el voto del parlamento para la aprobación de la reforma constitucional, lo que atenta contra el principio de rigidez constitucional, pues en países como México, no solo se requiere el voto de dos terceras partes de los individuos presentes del congreso de la unión para la aprobación de la Reforma Constitucional, sino además el voto favorable en mayoría simple de las legislaturas de los estados, y en referéndum que en todo caso desvirtuaría la crítica anterior solo puede ser utilizado en casos muy específicos. No obstante, la constitución mexicana presenta muchas más reformas que la española, por mencionar un dato, tenemos a noventa y seis años de su promulgación la constitución mexicana llevaba quinientas cincuenta y dos reformas, mientras que la española, a sus 35 años tuvo solo dos.

Por último es menester señalar que la constitución española contiene una cláusula circunstancial de intangibilidad en su artículo 169, misma que restringe toda reforma en tiempos de guerra y en situaciones de alarma, excepción o sitio.¹⁷¹

El aspecto común entre el procedimiento de reforma constitucional y el de incorporación de los tratados internacionales al sistema jurídico interno español es que la autorización sale solo del ámbito federal, si bien las mayorías varían, no existe, en comparación con México una real rigidez en la reforma según se desmenuza a continuación.

3.1.1.1. Incorporación de los tratados Internacionales al Sistema Jurídico Español.

Tal y como se expuso en la parte general del presente subcapítulo, de acuerdo con el artículo 96 de la Constitución Española los tratados internacionales

¹⁷⁰ Fundación Tomás Moro, *op. cit.*, Pág. 850.

¹⁷¹ Cfr. Biblioteca de Legislación, *op. cit.*, Págs. 116 y 122.

válidamente celebrados por España, y una vez publicados oficialmente, serán parte del derecho interno, por lo que adquieren el carácter de ley general. De aquí que se requieran dos requisitos para la incorporación del tratado internacional, el primero, que sean “válidamente celebrados”, que es el que adquiere mayor importancia para efectos de nuestro trabajo, y el segundo, que sean “publicados oficialmente”, lo que se traduce en un mero trámite burocrático que forma parte de la forma.¹⁷²

La Constitución Española dedica un capítulo a la celebración de los tratados internacionales por el Estado Español, sin embargo deja en manos de una ley orgánica el procedimiento para su incorporación, mismo que de seguirse al pie de la letra consideraríamos constituido el primer requisito de validez de celebración mencionado. Lo interesante aquí es que hasta 2014, España carecía de esta ley, por lo que se regían por un Real Decreto emitido en 1972 por el entonces Ministro de Relaciones Exteriores.¹⁷³

Actualmente, y ya con la vigente Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales, publicada en 28 de noviembre de 2014 en el Boletín Oficial del Estado español, la incorporación de tratados internacionales al sistema jurídico español funciona de la siguiente manera:

- El ministro de asuntos exteriores nombra al denominado representante plenipotenciario del “Reino Español” quien a su vez será quien previa autorización asiente la firma del tratado, (Artículos 8, 9 y 10).
- Los departamentos ministeriales negocian los tratados internacionales en sus respectivas competencias, en coordinación con el Ministerio de Asuntos Exteriores y de Cooperación (Artículo 11).

¹⁷² *Ibidem*, Pág. 69.

¹⁷³ Cfr. España, *Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales*, Boletín Oficial del estado, núm. 85, 8 de abril de 1972, Págs. 6264 a 6267.

- El consejo de ministros, autoriza la firma y remisión del tratado internacional a las Cortes Generales, (artículo 3).
- Primero, conforme a lo dispuesto por el artículo 94.2 de la Constitución Española, el Gobierno informará inmediatamente al Congreso de los Diputados y al Senado de la conclusión de todo tratado internacional y le remitirá su texto completo, junto con las reservas formuladas y las declaraciones que España haya realizado, con los informes y dictámenes recabados, (Artículo 18.1).
- Lo que sigue es el Control previo de constitucionalidad regido por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, este procedimiento es optativo y al arbitrio del gobierno o a cualquiera de las cámaras.
- Una vez remitido el tratado a las cortes generales, el Rey, con el refrendo del Ministro de Asuntos Exteriores y de Cooperación, firmará los instrumentos de ratificación y de adhesión que manifiesten el consentimiento de España en obligarse por un tratado internacional, (Artículo 22).
- Por último se hace la publicación en el boletín oficial del estado y entrarán en vigencia, cuando el propio tratado lo determine, o en su defecto la propia publicación (Artículos 23 y 28.2)

Así las cosas, si bien la incorporación de los tratados internacionales, no solo de derechos humanos sino abarcando los de toda índole, es solo un poco más rígida que la de reforma constitucional, y esta última es a su vez un poco más que la del procedimiento legislativo ordinario, variando solo las mayorías entre las tres, aun y cuando, de acuerdo con el Centro de Estudios constitucionales el valor de los tratados es análogo al de la ley con la salvedad de que para su derogación es necesaria la Denuncia, donde se requiere la mayoría de cada una de las

cámaras o comisión mixta en caso de desacuerdo. De ser este el único criterio para establecer una jerarquía entre la constitución, los tratados y las leyes secundarias, nos encontraríamos que la pirámide queda exactamente en ese orden, Encima la constitución como norma suprema, siguiendo los tratados, por aquello del, válidamente celebrados, y entendiéndolos “válidamente” como conforme a la letra de la constitución, y en tercer lugar, las leyes secundarias. En esta interpretación se deja de lado la posibilidad de interpretar el “válidamente celebrados” como acorde con el procedimiento, sino que implica que el texto del tratado no contradiga al de la constitución, pues de lo contrario podría ser objeto de denuncia, con las limitaciones de este medio de control que más adelante estudiaremos.¹⁷⁴

Coincide con lo anterior el tratadista Carlos Fernández de Casadevante Romani, cuando nos dice que “De este artículo se infiere que las disposiciones de un tratado internacional poseen en España un rango de *supralegalidad* respecto de cualquier norma interna de rango inferior a la constitución” .¹⁷⁵ La interpretación que nos da este tratadista, si bien es respetable, la consideramos limitada, toda vez que está presumiendo que los órganos encargados de denunciar una contradicción de un tratado a la constitución son infalibles.

3.1.2. Sobre las distintas formas de interpretar el artículo 133 de la constitución mexicana.

En el caso de nuestro país, el procedimiento especial para la reformar la constitución lo encontramos en el artículo 135 de la misma:

La presente Constitución puede ser adicionada o reformada. Para que las adiciones o reformas lleguen a ser parte de la misma, se requiere que el Congreso de la Unión, por el voto de las dos terceras partes de los individuos presentes, acuerden las reformas o adiciones, y que éstas sean

¹⁷⁴ Cfr. Centro de Estudios Constitucionales, *op. cit.*, Pág. 215.

¹⁷⁵ Fernández de Casadevante Romani, Carlos, (Coord.), *Las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno español; derecho internacional de derechos humanos*, 2ª edición, Madrid, Dilex, 2003, Pág. 444.

aprobadas por la mayoría de las legislaturas de los Estados.

El Congreso de la Unión o la Comisión Permanente en su caso, harán el cómputo de los votos de las Legislaturas y la declaración de haber sido aprobadas las adiciones o reformas.

En este orden de ideas se entiende que la constitución mexicana puede ser reformada siguiendo el siguiente procedimiento, mismo que analizaremos a continuación de manera detallada:

- Que el congreso, acuerde la reforma por el voto de dos terceras partes de los individuos presentes.
- Una vez acordada, la reforma debe ser aprobada por la mayoría de las legislaturas de los estados.

Esta primera fracción genera las primeras dudas, la expresión “el congreso, por el voto de dos terceras partes de los individuos presentes puede ser interpretada al menos de dos maneras. Tal y como sabemos el congreso de la Unión está integrado por dos cámaras, una de diputados, que se compone de quinientos elementos humanos, y una de senadores, misma que se integra por ciento veintiocho; la primera forma de interpretación sería, que el congreso en sesión especial reúna ambas cámaras y de los individuos presentes se obtenga el voto, valiendo un voto por diputado y uno por senadores, es decir:

- Voto de diputado = $1/628$
- Voto de senador = $1/628$

Donde:

- 1 representa al diputado o senador, 628 es la cantidad que resulta de la suma de 500 diputados más 128 senadores

Dentro de la primera regla, la segunda interpretación sería que la iniciativa

se acuerde primero en una cámara y luego en la otra, lo que genera el siguiente problema:

- Voto de Diputado = $1/500$
- Voto de Senador = $1/128$

Donde serían necesarios 300 votos a favor de la iniciativa para que se apruebe y pase a la otra cámara, mientras que de iniciarse en la de senadores sería necesario el voto de solo 43 senadores para que se apruebe, en este último supuesto parecería que el voto de un senador es 0.005 puntos más valioso que el de un diputado.

- $1/500 = 0.002$ mientras que $1/128 = 0.007$
- $0.007 - 0.002 = 0.005$

La segunda regla para que se apruebe la reforma constitucional en nuestro país es la aprobación de la reforma por la mayoría de los estados que no es otra cosa que por mayoría simple de cada congreso local se apruebe o rechace la iniciativa de reforma constitucional.

Ahora bien, cuál de los dos métodos resulta más justo, por un lado, los diputados representan distritos definidos por cantidad de habitantes, mientras que los senadores son elegidos, tres por cada entidad federativa y tres por el Distrito Federal, hoy Ciudad de México, es decir, estos últimos representan estados mientras los primeros al pueblo. El poder constituyente es por naturaleza un órgano que expresa la voluntad del pueblo para autodeterminarse, es decir, la democracia. De acuerdo con la postura de J. Jesús Juárez Pérez el poder constituyente es definido de la siguiente manera:

Ese órgano en que el pueblo se organiza para darle vida a sus aspiraciones sociales, políticas, económicas y culturales es la Asamblea Constituyente, misma que ejercitando el poder originario que tiene la nación para constituirse libremente, sin determinantes jurídicos, crea un orden jurídico

superior llamado Constitución.¹⁷⁶

Acorde con lo anterior es que consideramos antidemocrática la actuación de votos unicamerales para la reforma constitucional, es más acorde con la naturaleza del poder constituyente el voto de dos terceras partes de la totalidad de legisladores federales (628) en asamblea general, sin embargo el anterior análisis tuvo como fin precisar el proceso de reforma constitucional para comparar su rigidez con la de la incorporación de los tratados internacionales en nuestro país.

A modo de muestreo se precisa que la iniciativa de reforma constitucional al artículo 123, en materia de justicia laboral, fue presentada bajo la segunda interpretación de la primera regla, es decir, primero en una cámara iniciadora y posteriormente en una revisora, siendo la primera la cámara de senadores según se cita a continuación como evidencia:

PRESIDENTE DE LA MESA DIRECTIVA

DE LA CÁMARA DE SENADORES

DEL CONGRESO DE LA UNIÓN

PRESENTE

Con fundamento en los artículos 71, fracción I y 135 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, me permito someter por su digno conducto, ante esa Honorable Asamblea, la presente Iniciativa de Decreto por el que se reforman y adicionan diversas disposiciones de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en materia de justicia laboral, al tenor de la siguiente:¹⁷⁷

¹⁷⁶ Juárez Pérez, J. Jesús., *op. cit.*, Pág. 179.

¹⁷⁷ Iniciativa de reforma constitucional en materia de impartición de justicia laboral, en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/87471/JUSTICIA_LABORAL__CONSTITUCIONAL_.pdf.

3.1.2.1. Incorporación de los tratados Internacionales al Sistema Jurídico Mexicano.

El procedimiento de incorporación de un tratado internacional al sistema jurídico mexicano lo encontramos divididas en dos artículos, el 89 que faculta y obliga al Presidente de la República a celebrarlos, y el 74 que faculta al Senado para aprobar los tratados previamente celebrados por el Ejecutivo Federal.

Artículo 89. Las facultades y obligaciones del Presidente, son las siguientes:

X... celebrar tratados internacionales, así como terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos, sometiéndolos a la aprobación del Senado...

Artículo 76. Son facultades exclusivas del Senado:

I...

Además, aprobar los tratados internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos;

En este orden de ideas es necesaria la aprobación del senado a los tratados internacionales suscritos por el Presidente de la República, sin embargo, a diferencia de la incorporación de las reformas constitucionales al sistema jurídico mexicano, el procedimiento es muy simple, y al excluir a la cámara de diputados atenta contra la soberanía popular.

Este modelo pudo servir previo a la reforma de 2011 en materia de derechos humanos, toda vez que las normas internacionales eran tomadas en cuenta como meras referencias legislativas sin fuerza vinculante, sin embargo, con el nuevo paradigma, y habiendo obtenido fuerza obligatoria equiparable a la constitución, con sus restricciones, necesario es reformar su procedimiento de

adhesión y darle voz y voto al congreso de la unión y puede que hasta a las legislaturas de los estados.

3.1.3. La aplicación material del tratado Internacional legítimo en el derecho interno.

De poco o nada sirve la celebración y ratificación de un tratado internacional si no se establecen mecanismos y autoridades que se encargue se su aplicación en la vida real, la letra muerta de la ley es un fenómeno que en definitiva debe desaparecer, hasta hace relativamente poco, Junio de 2011, en nuestro país, México, era casi nula la aplicación interna del contenido de un tratado internacional, cambiando tal situación mediante la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la que se establece y ordena a todas las autoridades mexicanas la aplicación de la constitución y los tratados internacionales celebrados por nuestro país cuando se trate del respeto a los derechos fundamentales, aun con esto, queda el vacío de aquellos tratados que no versen sobre este tipo de derechos.¹⁷⁸

3.1.3.1. La aplicación material del tratado Internacional legítimo en el derecho interno español.

La Constitución Española establece que los tratados internacionales legitimados, así como las resoluciones de las autoridades internacionales, serán aplicados y/o ejecutados por las Cortes Generales o el gobierno según sea el caso, cediendo entonces al poder judicial específicamente la aplicación de los tratados, así como la ejecución de las resoluciones de las autoridades internacionales, por su parte, el artículo 29 de la Ley 25/2014, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales establece que todo poder público, "...órganos y organismos del Estado deberán respetar las obligaciones de los tratados internacionales en vigor en los que España sea parte y velar por el adecuado cumplimiento de dichos tratados", contenido que guarda cierta similitud con el

¹⁷⁸ Cfr. México, *Decreto por el que se modifica...*, cit.

artículo 1º de la constitución mexicana¹⁷⁹, con la diferencia de que nuestra carta magna habla solo de los tratados referidos a los derechos fundamentales, dejando hasta cierto punto vacía la aplicación de los que versen sobre otras materias, mismos que si bien quedan reconocidos por el diverso artículo 132, su aplicación jerárquica queda al arbitrio del juzgador, cuando su contenido se compare con leyes secundarias.¹⁸⁰

Aun y cuando el reino español es sumamente cuidadoso en la congruencia de los tratados internacionales de los que es parte y su constitución, tanto así que prefiere buscar una reserva o en el peor de los casos, reformar la constitución para adecuarla al contenido del tratado que pretende, no es descartable la posibilidad de que por error el gobierno español celebre un tratado que contenga cláusulas contrarias a la constitución española, para evitar que tal llegue a tener vigencia la propia constitución establece el mecanismo de Control previo de constitucionalidad regido por la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional y en los Reglamentos del Congreso de los Diputados y del Senado, dejando en manos del estado el control constitucional de los tratados internacionales.

3.1.3.2. México y la interpretación conforme.

Tal y como ha quedado expuesto líneas arriba, en nuestro país, la aplicación material de los tratados internacionales, es relativamente reciente, destacando tanto la norma constitucional del artículo 133 que tiene vigencia desde la promulgación de la carta magna, como el artículo 1º desde la mencionada reforma de Junio de 2011 en materia de derechos fundamentales.

Conviene traer a estudio el contenido del artículo 1º constitucional que en sus primeros dos párrafos establece:

En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los

¹⁷⁹ *Ídem.*

¹⁸⁰ Cfr. Biblioteca de Legislación, *op. cit.*, Págs. 67-68.

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.

Es en este precepto donde se hace una diferenciación entre los tratados internacionales en general y aquellos que versan sobre derechos fundamentales, pues a diferencia del artículo 133, que habla de “todos los tratados internacionales que estén de acuerdo con la misma” refiriéndose a la constitución, el artículo 1º especifica que habrá de favorecerse en todo tiempo a las personas, la protección más amplia, de donde surge la denominada interpretación conforme, que en términos sencillos es aplicar en caso de confrontación normativa entre las normas internas y las internacionales, la que mayor beneficio traiga a la persona, e implicar la que le beneficie en menor medida

En este orden de ideas existe un trato diferenciado entre la jerarquía de los tratados internacionales en general y aquellos que contienen o reconocen derechos fundamentales, los primeros, claramente tienen una jerarquía infra constitucional mientras los segundos, surge la duda pues existen antecedentes de condena a estados integrantes de la Convención Americana de derechos Humanos a modificar su constitución.

Es entonces que gracias a este principio encontramos la aplicación material en el derecho mexicano de la norma internacional. El Poder Judicial de la Federación ha establecido en reiteradas ocasiones la aplicación de este principio por parte de las autoridades nacionales, tal y como lo establece en la tesis aislada III.4o.(III Región) 5 K (10a.) donde se definen en tres puntos los alcances de este

principio¹⁸¹:

1) Todos los derechos humanos que contemple la Constitución Federal (con fundamento en sus artículos 1o. y 133), así como la jurisprudencia emitida por el Poder Judicial de la Federación; 2) Todos los derechos humanos que dispongan los tratados internacionales en los que el Estado Mexicano sea parte; 3) Criterios vinculantes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos sustentados en las sentencias en las que el Estado Mexicano sea parte, y criterios orientadores de la jurisprudencia y precedentes de la citada Corte, cuando el Estado Mexicano no sea parte. De este modo, este tipo de interpretación por parte de los Jueces presupone realizar tres pasos: a) Interpretación conforme en sentido amplio. Significa que los Jueces del país, al igual que todas las demás autoridades del Estado Mexicano, deben interpretar el orden jurídico a la luz y conforme a los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales en los cuales el Estado Mexicano sea parte, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; b) Interpretación conforme en sentido estricto. Se traduce en que cuando hay varias interpretaciones jurídicamente válidas, los Jueces deben, partiendo de la presunción de constitucionalidad de las leyes, preferir aquella que hace a la ley acorde a los derechos humanos establecidos en la Ley Suprema y en los tratados internacionales en los que México sea parte, para evitar incidir o vulnerar el contenido esencial de estos derechos; y, c) Inaplicación de la norma que menos beneficie cuando las alternativas anteriores no son posibles.

Lo anterior no rompe con la lógica del principio de división de poderes y del federalismo, sino que fortalece el papel de los Jueces al ser el último recurso para asegurar la primacía y aplicación efectiva de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado

¹⁸¹ Tesis III.4o.(III Región) 5 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada Constitucional, Tomo 5, Libro IV, Enero de 2012, Pág. 4320.

Mexicano es parte, además, siendo prácticos, de lo que se trata es de que las autoridades jurisdiccionales de primera instancia, en el ámbito de sus competencias apliquen el derecho tal y como lo haría la última.

3.2. Mecanismos de Defensa de los Derechos Fundamentales en España.

La incorporación de los derechos fundamentales a las constituciones tiene como finalidad que mediante el uso del control de constitucionalidad, se pueda garantizar el respeto a estos derechos, tal y como lo plantea Richard Bellamy¹⁸² aunque bueno, él lo hace con más juicios de valor.

Para evitar la posibilidad de que una ley injusta las declaraciones constitucionales de derechos aspiran a operar a la manera de una ley superior que puede utilizarse para asegurar que las reglas son equitativas y protegen aquellos intereses vitales sin los cuales los seres humanos carecerían por completo de su capacidad de obrar.

España y México poseen en sus sistemas jurídicos diversos medios de protección política y jurisdiccional a los derechos fundamentales, siendo los más destacados, en el caso del país Ibérico, el Recurso de Amparo, El control Previo de Constitucionalidad de un Tratado Internacional y El recurso de Inconstitucionalidad. Por su parte es de explorado derecho que nuestro país tiene los propios, y en un trabajo como el que se elabora resulta necesaria la constante invocación del el Juicio de Amparo y el control difuso de la constitucionalidad y convencionalidad, sin embargo, para evitar repeticiones innecesaria, toda vez que ya han sido analizados en capítulos anteriores al que se expone, procederemos a enfocarnos al sistema español con su comparación al mexicano.

Los mecanismos de protección a los derechos fundamentales en España se encuentran fundamentados en la Constitución Española y Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español, así como en los Tratados Internacionales que

¹⁸²Bellamy, Richard, traducción de Jorge Urdenoz Ganvea y Santiago Gallego, *Constitucionalismo político, una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Roy, Colección: Filosofía y derecho, 2010, Pág. 34.

otorgan jurisdicción para resolver a Organismos supranacionales, por encontrarse al alcance tanto de autoridades gubernamentales como del particular presuntamente afectado.

La Constitución Española¹⁸³ le dedica diecinueve artículos, del 10 al 29, al reconocimiento y garantía de los derechos fundamentales, entre los que se otorgan libertades, es decir, donde la obligación estatal es de no hacer, obligaciones sociales, que son donde el estado se obliga a dar determinada prestación y derechos democráticos, que protegen el ejercicio de la soberanía popular.¹⁸⁴

Para perfeccionarse la norma fundamental da pie al ejercicio de medios de defensa de estos derechos fundamentales, siendo el idóneo el recurso de amparo, por poderse ejercer por cualquier ciudadano y estar específicamente creado para defender los derechos y libertades del articulado mencionado, sin embargo, hay que tomar en cuenta que una violación a los derechos humanos reconocidos por la constitución puede darse no solo por actos de autoridades judiciales o administrativas sino por actos legislativos también, para ello la constitución española tiene otros recursos jurisdiccionales que se pueden hacer valer, siendo el Tribunal Constitucional el órgano competente para resolver estos asuntos. El detalle interesante es que estos últimos no legitiman al ciudadano sino a órganos estatales para su interposición.¹⁸⁵

3.2.1. El Recurso de amparo.

Por razón de método, mas no por estar en este orden en la ley reglamentaria, estudiaremos primeramente el juicio de amparo, toda vez que es el

¹⁸³ Cfr. Biblioteca de Legislación, *op. cit.*, Págs. 21-37.

¹⁸⁴ N. Esta clasificación fue tomada de la exposición *Los derechos fundamentales y sus garantías en la constitución* a cargo de la Dra. Ángela Figueruelo Burrieza, en el curso Democracia, Derechos Fundamentales y Juez constitucional llevado a cabo del 5 al 16 de Octubre de 2015, en la Facultad de Derecho de la Universidad de Salamanca, España.

¹⁸⁵ Cfr. Biblioteca de Legislación, *Constitución y Tribunal Constitucional*, 29ª Edición, Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2013, Pág. 54.

medio por excelencia de defensa de derechos fundamentales y sus objetivos en el derecho español son muy claros.

De acuerdo con el artículo 53.1 de la Constitución Española, todas las autoridades están obligadas a reconocer y respetar los derechos fundamentales reconocidos en la norma fundamental, mientras que el 53.2, nos dice que cualquier ciudadano puede acudir al amparo para defender estos derechos.¹⁸⁶

Artículo 53

1. Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a).

2. Cualquier ciudadano podrá recabar la tutela de las libertades y derechos reconocidos en el artículo 14 y la Sección primera del Capítulo segundo ante los Tribunales ordinarios por un procedimiento basado en los principios de preferencia y sumariedad y, en su caso, a través del recurso de amparo ante el Tribunal Constitucional. Este último recurso será aplicable a la objeción de conciencia reconocida en el artículo 30.

Por su parte, la Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional regula en específico las condiciones que debe tener este ciudadano cualquiera para interponer el recurso.

Artículo cuarenta y seis.

Uno. Están legitimados para interponer el recurso de amparo constitucional:

a) En los casos de los artículos cuarenta y dos y cuarenta y cinco, la persona directamente afectada, el Defensor del Pueblo y el Ministerio

¹⁸⁶ Cfr. Biblioteca de Legislación, *op. cit.*, Pág. 54.

Fiscal.

b) En los casos de los artículos cuarenta y tres y cuarenta y cuatro, quienes hayan sido parte en el proceso judicial correspondiente, el Defensor del Pueblo y el Ministerio Fiscal.

De lo anterior, y a diferencia del juicio de amparo establecido en el sistema jurídico Mexicano, no solo se requiere ser un ciudadano Español para acceder a la defensa de los derechos fundamentales, sino tener un interés jurídico en el asunto sobre el que versará el procedimiento, ser el afectado por el acto violatorio de derechos fundamentales.

Seguidamente nos encontramos con las figuras del demandado y del coadyuvante, fundamentadas en el artículo cuarenta y siete, de la Ley orgánica relativa, mismos que se materializan en la autoridad emisora del acto impugnado y el tercero que haya gestionado en su favor dicho acto o resolución así como el Ministerio fiscal cuya función es defender el interés de la colectividad.

Artículo cuarenta y siete.

Uno. Podrán comparecer en el proceso de amparo constitucional, con el carácter de demandado o con el de coadyuvante, las personas favorecidas por la decisión, acto o hecho en razón del cual se formule el recurso que ostenten un interés legítimo en el mismo.

Dos. El Ministerio Fiscal intervendrá en todos los procesos de amparo, en defensa de la legalidad, de los derechos de los ciudadanos y del interés público tutelado por la Ley.

El artículo 1º de la constitución mexicana, con relación al a ley de amparo vigente en nuestro país, le reconoce el carácter de quejoso y le da el derecho a acudir al amparo, según lo establece la fracción I su artículo 5, a cualquier persona que aduzca ser titular de un derecho reconocido o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma o acto de autoridad viole sus

derechos fundamentales, afectando su esfera jurídica, de manera directa o por virtud de su especial situación frente al orden.

El quejoso, teniendo tal carácter quien aduce ser titular de un derecho subjetivo o de un interés legítimo individual o colectivo, siempre que alegue que la norma, acto u omisión reclamados violan los derechos previstos en el artículo 1o de la presente Ley y con ello se produzca una afectación real y actual a su esfera jurídica, ya sea de manera directa o en virtud de su especial situación frente al orden jurídico.

...

El juicio de amparo podrá promoverse conjuntamente por dos o más quejosos cuando resientan una afectación común en sus derechos o intereses, aun en el supuesto de que dicha afectación derive de actos distintos, si éstos les causan un perjuicio análogo y provienen de las mismas autoridades.

Es así que en nuestro país, el juicio de amparo puede ser promovido por cualquier persona, mexicano o extranjero, al que directa o indirectamente le afecte en su esfera jurídica individual y colectiva un acto de autoridad o de un particular que ejerza funciones de autoridad, otorgando entonces una protección más amplia de los derechos fundamentales que el sistema jurídico español.

De acuerdo con el artículo cincuenta y cinco de la ley relativa, las sentencias de amparo podrán negarlo, reconociendo la constitucionalidad de la actuación supuestamente violatoria de derechos fundamentales, o concederlo donde los efectos varían según el tipo de acto cuya inconstitucionalidad se demandó.

a) Declaración de nulidad de la decisión, acto o resolución que hayan impedido el pleno ejercicio de los derechos o libertades protegidos, con determinación, en su caso, de la extensión de sus efectos.

b) Reconocimiento del derecho o libertad pública, de conformidad con su contenido constitucionalmente declarado.

c) Restablecimiento del recurrente en la integridad de su derecho o libertad con la adopción de las medidas apropiadas, en su caso, para su conservación.

Cabe mencionar que a diferencia de México, donde el ciudadano puede interponer juicio de amparo en contra de leyes, en España no es posible directamente, sin embargo, en el apartado dos del artículo cincuenta y cinco de la Ley 9/1979 se establece algo muy interesante:

Dos. En el supuesto de que el recurso de amparo debiera ser estimado porque, a juicio de la Sala o, en su caso, la Sección, la ley aplicada lesione derechos fundamentales o libertades públicas, se elevará la cuestión al Pleno con suspensión del plazo para dictar sentencia, de conformidad con lo prevenido en los artículos 35 y siguientes.

De aquí que si es posible el acceso a la inconstitucionalidad de la norma aplicada, sin embargo, el arbitrio o la potestad de solicitar la declaratoria de inconstitucionalidad de la misma no es del ciudadano sino de la sala del tribunal que conoció del caso, vía cuestión de inconstitucionalidad, de hecho ni siquiera se plantea la posibilidad de que el ciudadano alegue inconstitucionalidad de la ley ante la sala y que esta esté obligada a, previo análisis, proceder conforme al anterior apartado, quedando a su libre determinación.

3.2.2. El Control Previo de Constitucionalidad de un Tratado Internacional.

Marcando la pauta, España posee un mecanismo de Control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales mismo que en términos sencillos consiste en la impugnación de un tratado internacional ante el Tribunal Constitucional español, siempre y cuando este aun no haya sido aprobado en definitiva por el estado esto brinda cierta seguridad jurídica al ciudadano de que su constitución es la norma suprema y constituye un implícito mecanismo de defensa

de los derechos humanos en la constitución, versa entonces el artículo setenta y ocho-uno de la Ley Orgánica del Tribunal Constitucional Español.

El Gobierno o cualquiera de ambas Cámaras podrán requerir al Tribunal Constitucional para que se pronuncie sobre la existencia o inexistencia de contradicción entre la Constitución y las estipulaciones de un tratado internacional cuyo texto estuviera ya definitivamente fijado, pero al que no se hubiere prestado aún el consentimiento del Estado.

De acuerdo con el apartado dos del artículo setenta y ocho de la Ley Orgánica relativa, una vez presentada la denuncia, el tribunal constitucional emplazará a tanto al solicitante como a los restantes órganos legitimados para que se pronuncien fundadamente sobre la constitucionalidad o inconstitucionalidad del tratado en cuestión, otorgándoles para el efecto el término de un mes, y dándose a sí un mes más para emitir su pronunciamiento, quedando facultado también, para requerir la opinión de la que hablamos prácticamente a quien considere pertinente, otorgándoles el mismo plazo.

Recibido el requerimiento, el Tribunal Constitucional emplazará al solicitante y a los restantes órganos legitimados, según lo previsto en el apartado anterior, a fin de que, en el término de un mes, expresen su opinión fundada sobre la cuestión. Dentro del mes siguiente al transcurso de este plazo y salvo lo dispuesto en el apartado siguiente, el Tribunal Constitucional emitirá su declaración, que, de acuerdo con lo establecido en el artículo noventa y cinco de la Constitución, tendrá carácter vinculante.

Tres. En cualquier momento podrá el Tribunal Constitucional solicitar de los órganos mencionados en el apartado anterior o de otras personas físicas o jurídicas u otros órganos del Estado o de las Comunidades Autónomas, cuantas aclaraciones, ampliaciones o precisiones estimen necesarias, alargando el plazo de un mes antes citado en el mismo tiempo que hubiese concedido para responder a sus consultas, que no podrá exceder de treinta

días.

Salta a la vista que este medio de control solo puede ser ejercido por el estado, a diferencia de México, donde la legitimación activa del juicio de amparo contra leyes le pertenece al ciudadano afectado, de donde concluimos que mientras se da un avance en cuanto al control previo de constitucionalidad, que sirve para evitar que una norma contraria a la carta magna llegue a tener vigencia, deja de lado la posibilidad de que sea el pueblo directamente quien lo promueva, ahora bien, esto sería una falla mínima si al menos se tuviera un mecanismo que pudiera ejercerse de manera posterior a la entrada en vigor del tratado internacional, pero resulta que los recursos como el de inconstitucionalidad tampoco pueden ser ejercidos por el ciudadano en lo individual.

3.2.3. El recurso de inconstitucionalidad

Análogo a la Acción de Inconstitucionalidad mexicana, el Recurso de inconstitucionalidad es el medio de defensa que el estado tiene en contra de leyes que se consideren contradigan a la constitución en cualquiera de sus partes, incluyendo desde luego las que reconocen derechos fundamentales, he ahí donde este tema se vuelve relevante para nuestro trabajo.

La ley orgánica 2/1979 legitima para interponer este recurso a las siguientes autoridades:

Uno. Están legitimados para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad...

a) El Presidente del Gobierno.

b) El Defensor del Pueblo.

c) Cincuenta Diputados.

d) Cincuenta Senadores.

Dos. Para el ejercicio del recurso de inconstitucionalidad contra las Leyes,

disposiciones o actos con fuerza de Ley del Estado que puedan afectar a su propio ámbito de autonomía, están también legitimados los órganos colegiados ejecutivos y las Asambleas de las Comunidades Autónomas, previo acuerdo adoptado al efecto.

Los anteriores tienen en común ser organismos de carácter minoritarios, pues se supone que la ley en cuestión fue aprobada por la mayoría en los respectivos órganos. Las sentencias podrán reconocer la constitucionalidad de la ley o bien declarar la inconstitucionalidad.

3.2.4. La cuestión de inconstitucionalidad.

De acuerdo con el artículo treinta y cinco, apartado uno, de la Ley orgánica 9/1979, este medio de protección consiste en la facultad que tiene un juez ordinario para consultar al tribunal constitucional sobre la constitucionalidad de una ley, es decir, es otro medio para dejar sin efectos una ley que violente derechos fundamentales, pero esta vez siendo el poder judicial el iniciante.

Artículo treinta y cinco.

Uno. Cuando un Juez o Tribunal, de oficio o a instancia de parte, considere que una norma con rango de Ley aplicable al caso y de cuya validez dependa el fallo pueda ser contraria a la Constitución, planteará la cuestión al Tribunal Constitucional con sujeción a lo dispuesto en esta Ley.

La cuestión de inconstitucionalidad solo puede ser planteada durante el periodo previo a dictar sentencia, una vez admitida la denuncia, se dará vista al Ministerio Fiscal, y elevará la cuestión al Tribunal Constitucional, suspendiéndose el procedimiento judicial hasta que el dicho tribunal se pronuncie declarando inconstitucional la norma planteada o reconociendo su constitucionalidad con efectos generales.

3.2.5. La defensa internacional de los derechos fundamentales.

Desde la entrada de la corriente neoconstitucionalista¹⁸⁷ del derecho, desde mediados del siglo XX, se le ha venido dando importancia progresiva al respeto de los derechos fundamentales por encima incluso de las legislaciones locales, sin embargo para materializar esto ha sido necesaria la formalización, dando pie al surgimiento de conferencias convencionales y extra-convencionales¹⁸⁸, es decir la denominada tercera etapa de derechos fundamentales, la internacionalización de los mismos dejando a tras a la vieja escuela garantista.¹⁸⁹

Vale la pena recordar que para el neoconstitucionalismo el Estado en su conjunto tiene una función instrumental, pues debe estar al servicio y satisfacción de los derechos fundamentales. En este contexto, el Estado no se justifica a sí mismo. La racionalidad autosuficiente de una burocracia que se enriquece en el ejercicio del poder público y cuya única finalidad es eternizarse en su tarea de usufructuar el aparato gubernamental es desechada por los teóricos neoconstitucionalistas.

Destaca el contenido del artículo 10.2 constitucional español, donde se establece la interpretación conforme para efectos de los derechos fundamentales, es decir, no solo serán respetados los reconocidos por la carta magna sino los que se encuentren en tratados internacionales suscritos por España conforme al mayor beneficio del titular.

Artículo 10...

2. Las normas relativas a los derechos fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la

¹⁸⁷ Cfr. Carbonell, Miguel, Prologo, en Ávila Santamarina, Ramiro (Editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008, Pág. 9.

¹⁸⁸ Cfr. Queralt Jiménez, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: Una Jurisdicción Internacional para la protección de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003, Pág. 41 y ss.

¹⁸⁹ Cfr. Prieto Sanchis, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003, Pág. 105.

Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España¹⁹⁰.

Con esto se deja del lado esa vieja concepción a la que hace referencia Luis María Cazorla Prieto, cuando habla de la primera fase de desarrollo de los derechos fundamentales, la de libertades individuales, de que estos inician con la constitución y acaban con ella misma, para llegar a la que sería la tercera, la internacionalización de los Derechos Fundamentales¹⁹¹.

La antítesis de lo anterior la encontramos en la opinión de Robert Alexy, quien argumenta que debe existir un equilibrio entre la ponderación del tribunal constitucional y la soberanía del estado, lo que no es otra cosa que los Derechos constitucionales contra los bienes constitucionales, asociados por el autor con la legitimidad del Tribunal resolutor para hacer esta ponderación.

La irracionalidad de la ponderación es un problema filosófico jurídico, sin embargo, según los críticos este problema proyecta sus efectos sobre un segundo problema de derecho constitucional. Se trata de la pretendida carencia del Tribunal Constitucional para ponderar. Si la ponderación es irracional, se argumenta, entonces el Alto Tribunal no tiene legitimidad constitucional para ponderar. Si, a pesar de ello, el tribunal adopta decisiones mediante la ponderación, interviene entonces ilegítimamente en las competencias que la constitución confiere a otros poderes del estado.¹⁹²

Dicho lo anterior, surge la pregunta ¿Cómo garantizar la protección de los derechos fundamentales consagrados en los tratados internacionales sin invadir la soberanía de cada estado? La primera respuesta nos lleva al control nacional, sin

¹⁹⁰ Biblioteca de Legislación, *op. cit.*, Pág. 21.

¹⁹¹ Cfr. Cazorla Prieto, Luis Maria, et. al., *Temas de derecho constitucional*, Madrid, Aranzandi, 2000, Pág. 337.

¹⁹² Alexy, Robert, Traducción de Carlos Bernal Pulido, *Teoría de los Derechos fundamentales*, 2ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección: El derecho y la Justicia, 2007, Pág. XLI.

embargo como ya se ha precisado este tipo de protección es muy metódica, y se trata de comparar las normas o los actos con el contenido de la constitución y dándole una mayor jerarquía, por ello es necesario darle facultades jurisdiccionales a una autoridad supranacional¹⁹³ solo para los casos en que el estado no cumpla con la aplicación del derecho internacional, además de estar en manos solo de autoridades estatales sin conceder legitimación activa al ciudadano titular del derecho, lo que nos lleva a la búsqueda de medios de jurisdicción internacional como lo es el Tribunal Europeo de Derechos Humanos en una aplicación de control de convencionalidad.

...los jueces nacionales tienen la obligación de anteponer los tratados internacionales de protección a los derechos humanos suscritos por el estado donde laboral frente a aquellas normas internas que violan a los primeros; y ello por un lado en razón al pacto sunt servanda, que impacta, aun, a la actividad jurisdiccional nacional, por otro lado, al imperio convencional de aquellos documentos internacionales protectores de derechos humanos que, por su alcance e importancia tienen aplicación preferente frente a las normas legales internas.¹⁹⁴

3.3. Sobre la jerarquía de los tratados y la posibilidad de confrontación de las Constituciones española y mexicana con un tratado internacional en materia de derechos humanos en los que el estado forme parte.

En virtud de lo anteriormente estudiado, para España parecería inconcebible la posibilidad de que aun existiendo el Control Previo de Constitucionalidad del tratado internacional, se incorporara al sistema jurídico español un tratado que contradijera el dicho de la constitución, sin embargo, en países como México, aun teniendo medios de control similares como la acción de inconstitucionalidad, este fenómeno ya se ha dado, y gracias a que este país si

¹⁹³ Cfr. Cassese, Antonio, *Los Derechos Humanos en el Mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991, Págs. 29-30.

¹⁹⁴ Benavente Chorres, Hesbert, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal, Concepto y modalidades*, España, Bosch, 2012, Pág. 260.

tiene en el juicio de amparo un medio de control de convencionalidad ejercible por el particular, ya está en camino a la corte interamericana de derechos humanos, recurso que España no tendría a su alcance pues los medios de control de la constitucionalidad y/o convencionalidad están solo al alcance de órganos del estado y no del ciudadano. A lo que queremos llegar es que si bien es útil no es tan conveniente dejar en manos del estado su autocontrol.

No obstante lo anterior y tal y como más adelante se detalla, España confía en sus sistema de control previo de constitucionalidad, y en nuestra opinión, a México si le hace falta un mecanismo similar.

La constitución puede ser analizada desde dos perspectivas, como norma política y como norma jurídica, la primera habla de una unidad que representa la voluntad del pueblo y la segunda como una norma susceptible de error tanto en el fondo como en la forma

3.3.1 La Constitución como norma Política.

En la constitución de un país se ven reflejadas las ideas y voluntad de pueblo que le dio vida, es decir, toda la ideología y esencia de limitación al poder, en palabras de Rafael Ruíz Mantea, implica la organización de los poderes del estado acorde con determinados principios y esencia.

Que una sociedad tenga constitución, que un estado sea constitucional, significa ante todo que la organización de los poderes responda a un determinado fin, el aseguramiento y garantía de la libertad de los ciudadanos. Luchar por la libertad es, así, luchar por la constitución, y constitucionalismo y liberalismo aparecen como términos equivalentes, porque en ese significado la palabra constitución designa algo más que una norma jurídica, la propia organización del estado que obedece a determinados principios, esto es que responde a una determinada 'esencia',¹⁹⁵

¹⁹⁵ Ruíz Mantea, Rafael, et. al., *op cit.*, Pág. 12.

Visto desde esta perspectiva, la supremacía constitucional sería casi absoluta, y decimos “casi” en virtud de que tiene una arista que a continuación se expone, cuando existiese una norma constitucional que atentara contra su propio principio, podría desencadenarse lo que Ignacio Burgoa Orihuela denominada Fraude constitucional, y en este caso aun cuando fuese norma política, sería necesaria su control y modificación, así sea por medios jurisdiccionales o políticos.

...solo el pueblo puede modificar tales principios o darse una nueva constitución. Ni el congreso constituyente, cuya tarea concluye con la elaboración constitucional, ni, por mayoría de razón, los órganos constituidos, es decir, los que se hayan creado en la constitución, tienen semejantes atribuciones.¹⁹⁶

Ahora bien, todos los razonamientos anteriores pretenden convencer al estudioso de que la incorporación directa de los tratados internacionales, afectan la soberanía del estado, bueno, en el caso específico de los tratados en materia de derechos fundamentales, cabe traer a colación lo manifestado por Ignacio Francisco Herrerías Cuevas, quien opina que tal incorporación no interrumpe la soberanía estatal sino que la complementa:

...el reconocimiento de los derechos humanos que hoy son establecidos en ordenamientos considerados inferiores – los tratados internacionales-, al incorporarse directamente a la constitución, no la priva de su supremacía, pues dichos tratados, no derogan o enmiendan el contenido constitucional sino que lo complementan... las normas constitucionales no deben interpretarse en el sentido de contradecirse sino de armonizarse, luego la supremacía constitucional queda vigente.¹⁹⁷

3.3.2 La Constitución como norma Jurídica.

La segunda perspectiva parte de la idea de concebir a la constitución en un

¹⁹⁶ Burgoa Orihuela, Ignacio, *La Reformabilidad...*, cit., Pág. 14.

¹⁹⁷ Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *Control de Convencionalidad y efectos de las sentencias*, México, Ubijus, 2011, Pág. 62.

sentido más material y objetivo, es decir con una norma jurídica, la ley de leyes, pero una ley al fin. Cuando hablamos de la constitución como norma política, nos es difícil hablar de una jerarquía igual o inferior a un tratado internacional, sin embargo si la vemos como norma jurídica, las cosas cambian, se puede colocar a la par o por encima de ella otra figura, como podría ser los derechos fundamentales, no como normas sino como derecho natural, intrínseco del ser humano. Ahora bien, la doctrina es prácticamente unánime al igual que el Tribunal Constitucional al considerar que si bien la Constitución Española puede ser vista como norma jurídica no es cualquier norma jurídica sino la norma fundamental, es decir donde se encuentran vertidos los principios fundamentales del pueblo español.

La constitución es una norma, pero una norma cualitativamente distinta de las demás, por cuanto incorpora el sistema de valores esenciales que ha de constituir el orden de convivencia política y de informar todo el ordenamiento jurídico. La constitución es así la norma fundamental y fundamentadora de todo el orden jurídico.¹⁹⁸

En este orden de ideas nos encontramos con el primer candado a la confrontación de un tratado internacional contra la constitución, y lo es que aun y cuando se vea como norma, no es posible desprender la constitución de su carácter político, y supremacía consagrada en propio texto constitucional reiterada en múltiples ocasiones por el tribunal constitucional en sus sentencias.

No conviene olvidar nunca, que la constitución, lejos de ser un mero catálogo de principios de no inmediata vinculación y de no inmediato cumplimiento hasta que no sean objeto de desarrollo por vía legal, es una norma jurídica, la norma suprema de nuestro ordenamiento... por ello es indudable que sus preceptos son alegables ante los tribunales.¹⁹⁹

Ahora bien, es conveniente traer a colación el hecho de que el fundamento

¹⁹⁸ Calvo Vidal, Félix M., op. cit., Pág. 56.

¹⁹⁹ *Ídem.*

que utiliza el Tribunal Constitucional para decir que la constitución es la norma suprema es el artículo 9.1 de la misma que señala que los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la carta magna, sin embargo no establece limitantes al caso de que un tratado internacional traiga una mayor protección de derechos al gobernado que la propia constitución y en su caso contradiciendo su texto.

...la constitución es precisamente eso, nuestra norma suprema, y no una declaración programática o principal, es algo que se afirma de modo inequívoco y general en su artículo 9.1 donde dice que “Los ciudadanos y los poderes públicos están sujetos a la constitución” sujeción o vinculatoriedad que se predica en presente de indicativo, esto es, de su publicación en el B.O.E. decisiones reiteradas de este tribunal en cuanto interprete supremo de la constitución (artículo 1.º de la L.O.T.C.) que han declarado ese indudable valor a la constitución como norma.²⁰⁰

La superioridad jerárquica de la constitución sobre las leyes secundarias y los poderes constituidos no está en duda, la duda es contra los tratados internacionales traigan un mayor beneficio en la protección de un derecho fundamental contraviniendo el texto constitucional.

Carlos Ollero, al analizar el proyecto de Constitución Española de 1978 sostiene que los tratados internacionales válidamente celebrados por el reino español debían prevalecer sobre las leyes secundarias más no sobre la constitución:

Debe quedar claro que las normas de los tratados internacionales incorporadas al ordenamiento español deben prevalecer sobre cualquier disposición de éste, con rango inferior a la constitución, debiendo interpretarse las disposiciones internas a la luz de las internacionales. La fórmula podría ser la que en nuestra enmienda proponemos: << Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados

²⁰⁰ *Ibidem*, Pág. 56-57.

oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno, prevalecerán sobre cualquier disposición con rango inferior a la constitución y servirán, en caso de duda, de pauta interpretativa.²⁰¹

Analizando la opinión anterior rescatamos dos cosas, primero que el autor se limita a hacer un concurso normativo, es decir, a enfrentar, en este caso las normas secundarias con los tratados internacionales, independientemente de su contenido y resolviendo que los que han de prevalecer son los tratados internacionales y segundo, que cuando la confrontación se dé entre los tratados y al constitución deberá prevalecer esta última también sin tomar en cuenta el contenido de la norma, ahora bien, ¿cómo se encuentra redactado el artículo 96.1 constitucional español actualmente?

Los tratados internacionales válidamente celebrados, una vez publicados oficialmente en España, formarán parte del ordenamiento interno. Sus disposiciones sólo podrán ser derogadas, modificadas o suspendidas en la forma prevista en los propios tratados o de acuerdo con las normas generales del Derecho internacional.

Así las cosas, la constitución no les da jerarquía a uno o al otro, sumado esto a que no hay una diferencia sustancial que denote rigidez entre, el procedimiento de reforma constitucional y el de incorporación de los tratados internacionales al sistema jurídico interno español, sumado a la opinión doctrinal, encontramos que los tratados internacionales tienen una jerarquía superior a las leyes secundarias sin embargo se encuentran por debajo de la Constitución Española, en lo personal consideramos que el solo comparar una norma contra otra, tomando en cuenta el órgano del que viene y no su contenido, se presta a caer en una corriente positivista que si bien tuvo su auge hoy se encuentra superada por la neoconstitucionalista que antepone a los derechos fundamentales

²⁰¹ Ollero, Carlos, *Derecho y teoría política en el proceso constituyente español*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1986, Pág. 95.

por encima de cualquier normatividad formal²⁰², para efectos de aplicar el derecho, debe tomarse en cuenta no tanto la fuente de la norma, es decir si proviene de una ley secundaria, constitución o tratado, sino el contenido de la misma, aplicándose la que mayores beneficios traiga al gobernado sin que ello implique afectar la soberanía estatal, lo que estamos proponiendo no es otra cosa que la denominada Interpretación Conforme del sistema americano, algo similar a la solución propuesta por Xavier Fernández Pons²⁰³ cuando se trata de conflictos entre dos o más tratados internacionales.

3.3.3. La resistencia española a la hipótesis de confrontación de un tratado internacional de derechos humanos contra su Constitución.

De acuerdo con la doctrina, no se concibe la idea de que España ratifique e inicie la vigencia, como académicos se puede estudiar esta posibilidad, pues los errores en la humanidad siempre han estado a la orden del día. Ahora bien, cabe recordar que salvo el amparo, los medios de control constitucional no se encuentran al alcance del ciudadano común y el Tribunal Constitucional español en su sentencia 84/1989 fue muy claro con respecto al amparo, declarándolo improcedente contra el contenido de un tratado internacional.

Ciertamente este Tribunal ha reafirmado en reiteradas ocasiones la validez de los textos internacionales ratificados por España para configurar el sentido y alcance de los derechos fundamentales, de conformidad con lo establecido en el art. 10.2 C.E.; señalando, concretamente de los Convenios de la OIT, su carácter de «textos invocables» al respecto (SSTC38/1981, de 23 de noviembre, y 23/1983, de 25 de marzo). Cuestión distinta es, no obstante, que un precepto de dicho Convenio pueda fundamentar, por sí solo, la demanda de amparo, al margen y haciendo abstracción de la contemplación constitucional del derecho fundamental

²⁰² Cfr. Prieto Sanchis, Luis, op. cit., Pág. 217 y ss.

²⁰³ Cfr. Fernandez Pons, Javier, *La OMC y el derecho internacional, un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del derecho internacional general*, Madrid, Derecho, Economía y Globalización, Colección: Marcial Pons, 2006, Págs. 441-442.

(art. 28.1 C.E.), porque una cosa es que la norma de dicho Convenio internacional haya de presidir la interpretación del art. 28.1 C.E. y otra muy distinta es erigir dicha norma internacional en norma fundamental que pudiera sustanciar exclusivamente una pretensión de amparo, afirmación esta última que conllevaría la vulneración del art. 53.2 de la C.E., pues fuera de nuestra Constitución no ha de admitirse la existencia de norma fundamental alguna.²⁰⁴

No obstante lo anterior, España está suscrita al Convenio Europeo de Derechos Humanos, mismo que constituye y da competencia al Tribunal Europeo de derechos humanos, para conocer de demandas individuales de personas físicas supongan violación a derechos fundamentales reconocidos por el propio tratado.

Art. 34. *Demandas individuales.* El Tribunal podrá conocer de una demanda presentada por cualquier persona física, organización no gubernamental o grupo de particulares, que se considere víctima de una violación, por una de las Altas Partes Contratantes, de los derechos reconocidos en el convenio o en sus protocolos. Las Altas partes contratantes se comprometen a no poner traba alguna en el ejercicio de este derecho.²⁰⁵

El artículo 57, apartado 1, del Convenio en mención²⁰⁶ establece la posibilidad de formular reservas particulares cuando un estado mantenga en vigor una ley que lo contradiga, en este caso, el país en cuestión no aplicara la disposición sobre la cual se está reservando, esto constituye un punto a favor de la supremacía de la constitución general sobre el tratado internacional respecto a la libertad de contratar, sin embargo, la figura debe entenderse como que no se está aceptando el compromiso, es decir, el país reservado no está suscribiendo el

²⁰⁴ Tribunal Constitucional Español, Sentencia 84/1989, de 10 de Mayo de 1989, http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1290#complete_resolucion&completa.

²⁰⁵ Garberí Llobregal, J. y Morenilla Allard, P., *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*, Barcelona, Bosch, 1999, Pág. 20.

²⁰⁶ *Ibidem*, Pág. 24.

tratado internacional en artículos determinados por lo que estas disposiciones no forman parte de su derecho interno, ahora bien, de la interpretación inversa de este artículo podemos inferir que surge la obligación de las Altas Partes de revisar su sistema jurídico interno previamente a la firma, de lo contrario se entenderá suscrito el convenio aun por encima de su constitución, sin que esto implique que el tratado internacional se vuelva norma fundamental, sino que existiendo el compromiso de modificar su legislación incluyendo la constitución general, el país en cuestión no lo hizo por lo que en un momento determinado sería procedente la condena por parte del Tribunal Europeo de Derechos Humanos para efectos de que se busquen los medios para restablecer el derecho fundamental violado, traduciéndose en la modificación de la constitución.²⁰⁷

Art. 57. *Reservas.* 1. Todo estado podrá formular, en el momento de la forma del presente convenio o del depósito de su instrumento de ratificación, una reserva, a propósito de una disposición particular del convenio en la medida en que una ley en vigor de su territorio esté en desacuerdo con esta disposición. Este artículo no autoriza las reservas de carácter general.

Lo anterior destapa una paradoja entre el control previo de constitucionalidad de los tratados internacionales y la vigencia material del tratado internacional válidamente celebrado, es decir por un lado, para que un tratado internacional se encuentre válidamente celebrado es necesario que pase por el proceso formal de incorporación del que hablamos al principio del presente capítulo, incluyendo el control previo de constitucionalidad, de donde se desprende que de detectarse una contradicción entre el convenio y la Constitución Española, el Reino Español deberá reservarse, sin embargo, si esta contradicción existe pero no es detectada, entonces el convenio entrará en vigor, pues recordemos que el control previo de constitucionalidad es de promoción optativa, por lo tanto, al haber atravesado por el procedimiento de incorporación de un tratado internacional al derecho interno, formará parte del derecho español,

²⁰⁷ Cfr. Queralt Jimenez, Argelia, *op. cit.*, Pág. 36.

incluyendo el compromiso de volver congruente la legislación interna española, incluyendo la constitución.

El propio Felipe Gómez Isa hace un señalamiento muy claro tanto a los problemas que generaría la incorporación de un tratado contradictorio al texto fundamental, así como el hecho de que no existe un control indirecto de la constitucionalidad de los tratados internacionales una vez que están incorporados al derecho interno.

En coherencia con esta previsión sobre prevalencia se hace mención en la ley a las posibilidades de control previo de constitucionalidad de un tratado (art. 19) y de declaración de inconstitucionalidad por parte de TC (art 32) en los términos regulados en su ley orgánica. *Strictu Sensu* podrían considerarse disposiciones innecesarias, pero, insisto, resulta didáctica y clarificadora su inclusión, sin que ello lógicamente altere de modo alguno, los problemas de toda índole (conceptual y práctica) que conllevaría cualquier declaración de inconstitucionalidad de un tratado, válidamente celebrado en relación con el artículo 46 de la Convención de Viena (<<violación manifiesta>> que <<afecte una norma de importancia fundamental en su derecho interno>>). La LTOAI por el contrario, no hace mención alguna a la posibilidad de un control indirecto de un tratado internacional a través de un recurso de amparo, probablemente por coherencia con la LOTC y con el carácter no orgánico de la ley, si bien parece obvio que tal posibilidad pervive en la práctica.²⁰⁸

3.3.4. Las restricciones constitucionales ante la posible confrontación de un tratado internacional de derechos humanos contra la Constitución Mexicana.

La ausencia de mecanismos jurisdiccionales previos de control de la constitucionalidad vuelven a México vulnerable a que se de este tipo de

²⁰⁸ Gómez Isa, Felipe, "Ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para disciplinar una práctica internacional difícil de ignorar", *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, Volumen 67/I enero-junio de 2015, Pág. 36.

confrontaciones, el hecho de que solo sea necesaria la aprobación de una parte del Congreso de la Unión (cámara de senadores) para que el tratado se vuelva aplicable al sistema jurídico mexicano vuelve riesgosa la equiparación jerárquica a constitución, por lo que para que se pueda lograr es necesaria una reforma en materia de incorporación de tratados internacionales al sistema jurídico mexicano.

No obstante, el anterior razonamiento es en razón de evitar un abuso en las atribuciones de las autoridades ejecutivo y senado, sin embargo, lo interesante viene cuando analizamos la posibilidad de aplicar un tratado internacional en materia de derechos humanos que traiga mayores beneficios al gobernado que la propia constitución. En una primera lectura sonaría factible y hasta progresista, sin embargo, nuestro artículo 1º constitucional en su primer párrafo contiene la base de lo que se denomina “restricciones constitucionales”.

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.

Si bien en un principio la reforma a este artículo resulta ampliamente benévola para los intereses del gobernado, astutamente se dejó a salvo el contenido del texto constitucional previo, en cuanto a la restricción y suspensión de las garantías individuales, hoy derechos humanos.

En este tenor, la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitió una jurisprudencia jurisprudencial de importancia y trascendencia que conviene analizar, derivada de la contradicción de tesis 236/2011, establece tajantemente que si bien los derechos humanos contenidos en la constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, cuando en la constitución haya una restricción expresa al ejercicio de aquéllos, se

debe estar a lo que establece el texto constitucional, es decir, los tratados internacionales, incluso aquellos que versen sobre derechos fundamentales tienen un carácter infraconstitucional.

...el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.²⁰⁹

De acuerdo con la anterior, con la reforma de 2011 en materia de derechos humanos solo aumenta el catálogo de dichos derechos así como el campo normativo para su aplicación sin que ello implique que tengan una jerarquía superior a la constitución, lo cual implica que al menos en el ámbito interno se seguirán aplicando figuras como el arraigo y la prisión preventiva oficiosa que tal y como se ha venido exponiendo a lo largo del presente trabajo, son contrarias a derechos fundamentales reconocidos no solo en tratados internacionales sino en la propia constitución.

La Segunda Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Tesis:

²⁰⁹ Tesis: P./J.20/2014 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, Pleno, Jurisprudencia Constitucional, Libro V, Abril de 2014, Tomo I, Pág. 202.

2a./J. 119/2014 (10a.), bajó el rubro se apoyó para este criterio, en los artículos 30 y 32 de la Convención Americana de derechos humanos, mismos que a continuación se transcriben.

Artículo 30. Alcance de las Restricciones

Las restricciones permitidas, de acuerdo con esta Convención, al goce y ejercicio de los derechos y libertades reconocidas en la misma, no pueden ser aplicadas sino conforme a leyes que se dictaren por razones de interés general y con el propósito para el cual han sido establecidas.

Artículo 32. Correlación entre Deberes y Derechos

1. Toda persona tiene deberes para con la familia, la comunidad y la humanidad.
2. Los derechos de cada persona están limitados por los derechos de los demás, por la seguridad de todos y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática

De acuerdo con la tesis jurisprudencial invocada en el párrafo anterior, los Estados Parte de la Convención Interamericana Sobre Derechos Humanos dispusieron una reserva que no se encuentra en el texto principal de la convención ni en las reservas propiamente dichas y establecidas en la misma²¹⁰:

...las restricciones convencionalmente permitidas, son aquellas que por razones de interés general se dictaren en las leyes domésticas, con el propósito para el cual han sido establecidas, además de resultar ineludibles por razones de seguridad y por las justas exigencias del bien común, en una sociedad democrática.

Con el debido respeto que la Corte merece, este razonamiento es de lo más absurdo y evidencia la intención de proteger el sistema, lo que es comprensible,

²¹⁰ Cfr. Tesis: 2a./J. 119/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación, y su gaceta*, Décima Época, 2ª Sala, Jurisprudencia Constitucional, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo II, Pág. 1299.

sin embargo, en nuestra opinión en vez de emitir criterios de interpretación como este, deberían revisarse los tratados para impedir la aplicación desmedida de la convención cuando se considere que exista.

Paradójicamente existen al menos dos sentencias paradigmáticas dictadas por la Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación en el que se ejerce un control de convencionalidad, confrontando textos constitucionales con la Convención Americana de Derechos Humanos, resultando avante esta última.

Se trata de las sentencias de fechas seis de julio de dos mil siete y trece de mayo de dos mil diez, mediante la cual dicha sala resolvió los Juicio para la Protección de Derechos Político-Electorales de los ciudadanos Jorge Hank Rhon dentro del expediente SUP-JDC-695/2007, y Martín Orozco Sandoval dentro del expediente SUP-JDC-98/2010, en contra de resoluciones emitidas por el Tribunal de Justicia Electoral del Poder Judicial del Estado de Baja California y del Consejo General del Instituto Estatal Electoral del Estado de Aguascalientes, mediante las cual se negó a los actores el registro como candidatos a gobernadores de sus entidades federativas. Sin embargo, al tratarse de una constitución local, se dice que más que de convencionalidad el control ejercido fue de legalidad.²¹¹

Para concluir existen autores como José Luis Caballero Ochoa que juzgan conveniente sustituir el principio de no contradicción constitucional por un criterio de interpretación armónico y combinado con la implementación de un control previo de constitucionalidad que lleve a confirmar, renunciar, reservar la incorporación mexicana al tratado en análisis, o en su caso, modificar el texto constitucional, esto constituiría una solución a la problemática desde el derecho interno, tal y como existe precisamente en España.

Lo que se requiere en realidad es establecer controles en una reglamentación puntual para evitar la inconstitucionalidad, por ejemplo mediante el control previo de la constitucionalidad de los tratados en sede

²¹¹ Cfr. Herrerías Cuevas, Ignacio Francisco, *op. cit.*, Págs. 29-31.

de la SCJN, ante cuya resolución, que tendría un carácter vinculante, podrían considerarse tres alternativas: renunciar a la conclusión del tratado, oponer las reservas que fueran conducentes, o bien, modificar el texto constitucional.²¹²

En cuanto al derecho internacional se refiere, Sergio García Ramírez en su momento asemejó el trabajo de la Corte Interamericana de Derechos Humanos al de un Tribunal constitucional, sin embargo, mientras este último vigila la concordancia de actos de autoridades estatales con la constitución correspondiente, la Corte Interamericana vigilaría la actuación de los Estados Parte con la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

...se asemeja a la que realizan los tribunales constitucionales. estos examinan los actos impugnados – disposiciones de carácter general – a la luz de las normas, los principios y los valores de las leyes fundamentales. La Corte Interamericana por su parte, analiza los actos que llegan a su conocimiento en relación con normas principios y valores de los tratados en los que funda su competencia contenciosa. Dicho de otra manera, si los tribunales constitucionales controlan la “constitucionalidad”, el tribunal internacional de derechos humanos resuelve acerca de la “convencionalidad” de esos actos.²¹³

Es así como se considera que si bien las autoridades jurisdiccionales no reconocen derecho humano por encima de las limitantes que establezca la constitución mexicana, la puerta no se encuentra cerrada pues nuestro país se encuentra, en ejercicio de su soberanía comprometido con la jurisdicción internacional.

²¹² Caballero Ochoa, José Luis, *op. cit.*, Pág. 111.

²¹³ Voto concurrente Razonado de Sergio García Ramírez en el caso *Tibi vs Ecuador*, resuelto el 7 de Septiembre de 2004, párrafo 3.

CAPÍTULO CUARTO. EXAMEN DE CONVENCIONALIDAD SOBRE LA CONSTITUCIÓN.

4.1. Principios de Soberanía y Supremacía Constitucional contra la Jurisdicción Internacional de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

Es evidente al estudiar la figura del control de convencionalidad aplicado a una norma constitucional analizar, tanto la jerarquía de los tratados internacionales en relación a nuestra constitución a la luz de la reforma de 2011 en materia de derechos humanos²¹⁴, como la evidente e inminente confrontación entre figuras arraigadas como la supremacía constitucional y la soberanía del estado contra la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en nuestra Corte, mientras existe algún ministro que equiparan *metafóricamente* al control de convencionalidad con traición a la patria, otros como Cossío Díaz piensan que el principio *pro persona* debe prevalecer aun sobre la norma constitucional²¹⁵. En otras palabras (Carbonell, 2004): “la constitución ya no es el centro que hace que el resto de las normas pasen por tu tamiz para ser válidas, sino que se ha convertido simplemente en el marco de referencia dentro del cual pueden tener expresión las diversas opciones políticas y/o técnicas que tomen los legisladores u otros agentes dotados del poder de creación normativa”.²¹⁶

Robert Alexy, cuando estudiaba la jerarquía normativa de los derechos fundamentales en Alemania, quizá no se imaginó que uno de sus postulados, el máximo rango *lex superior derogat legi inferiori* (La ley superior deroga a la inferior), que se refería a que los derechos fundamentales, al estar reconocidos en la constitución no podrían ser superados por ley alguna, por principio de supremacía constitucional; se contrapondría con otro, el del máximo rango de los derechos fundamentales que en un sentido amplio significa que

²¹⁴ Véase Carbonell, Miguel, *Teoría de los Derechos...*, cit., pág. 139.

²¹⁵ Véase Chacón Triana, Nathalia *et al.*, Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá DC., Universidad Católica de Colombia, 2015, pág. 122.

²¹⁶ Carbonell, Miguel, *La Constitución Pendiente. Agenda Mínima de Reformas Constitucionales*, 2000, Serie Estudios Jurídicos, México, Universidad Nacional Autónoma de México, pág. 1.

independientemente de su fuente, estos deben regularse con rango máximo.²¹⁷

De acuerdo con la Contradicción de tesis 293/2011 dictada por la Suprema Corte de Justicia de la nación, así como en el voto concurrente el Ministro Zaldivar Lelo de Larrea, los tratados Internacionales en materia de derechos Humanos son constitución, sin embargo de esta trascendental sentencia surge la tesis jurisprudencial P./J. 20/2014 (10a.) que textualmente dice “...CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL.”, vaya, el supremo interprete de nuestra constitución hace una interpretación conjunta y homogénea de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y el contenido de la Carta Magna.

...El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta

²¹⁷ Véase Alexy, Robert, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en Carbonell, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo*, 3ª edición, México, Trotta, 2006, págs. 32 y 33.

transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.²¹⁸

Hasta aquí hablamos de una interpretación del artículo 1º Constitucional, que a juicio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación²¹⁹, le da más fuerza a una restricción constitucional que al derecho humano protegido por el instrumento internacional, sin embargo, si bien es cierto, la Suprema Corte de Justicia es en nuestro país el máximo intérprete de la constitución, no lo es de la Convención americana de Derechos Humanos, por lo que quedaría abierta la posibilidad de que los miembros de esta última tengan una opinión contraria, emitiendo jurisprudencia que condene al estado mexicano a modificar disposiciones constitucionales para adecuar el contenido de su máximo ordenamiento interno al de la Convención aludida. Para cuidarse de esto, la Suprema corte de Justicia mexicana ha emitido otro criterio jurisprudencial, mismo que fue publicado el 25 de septiembre de 2015, en la que tácitamente propone desconocer el contenido de una sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuando su cumplimiento implique atentar contra una restricción constitucional.

SENTENCIAS DE LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. DIRECTRICES PARA ESTABLECER Y CONCRETAR LAS OBLIGACIONES QUE DEBE CUMPLIR EL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN TRATÁNDOSE DE RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES. La jurisdicción de la Corte Interamericana de

²¹⁸ Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Pág. 202.

²¹⁹ Véase Astudillo Cesar, *El Bloque y el Parámetro de Constitucionalidad en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014, pág. 129.

Derechos Humanos es aceptada por el Estado Mexicano y, en esa medida, en tanto se esté frente al incumplimiento de obligaciones expresamente contraídas por éste, no corresponde a la Suprema Corte de Justicia de la Nación analizar, revisar, calificar o decidir si una sentencia dictada por aquel organismo internacional es correcta o no, lo que debe entenderse en forma unívoca y dogmática, ya que la competencia del Máximo Tribunal Constitucional del país, como garante de la supremacía constitucional, descansa ontológica e inmanentemente en su actuación, de acuerdo con el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Por tanto, para establecer y concretar las obligaciones que debe cumplir el Poder Judicial de la Federación en atención a las sentencias internacionales, se estima necesario analizar siempre: (I) los débitos que expresamente se desprenden de tales fallos para el Poder Judicial de la Federación, como parte del Estado Mexicano; y, (II) la correspondencia que debe existir entre los derechos humanos que estimó vulnerados la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con los reconocidos por la Constitución General de la República o los tratados internacionales celebrados por el Estado Mexicano y que, por tanto, se comprometió a respetar. En el entendido de que si alguno de los deberes del fallo implica desconocer una restricción constitucional, ésta deberá prevalecer, en términos de la jurisprudencia P./J. 20/2014 (10a.) (*). (Tesis P. XVI/2015 (10a.)).²²⁰

La tesis anterior tiene un par de características que vale la pena traer a colación: fue emitida con la resolución del expediente varios 1396/2011, que resultó de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso “Fernández Ortega y Rosendo Cantú contra los Estados Unidos Mexicanos” mismo que versa sobre juicios en perspectiva de género y no tanto sobre restricciones constitucionales, sin embargo, la corte con fines de dar cumplimiento

²²⁰ Tesis P. XVI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, pág. 237.

al fallo internacional, emite el referido criterio entre otros para delimitar su actuación en expedientes de este tipo, además de la anterior, hay que tomar en cuenta que se trata de una tesis aislada constitucional por lo que su fuerza es más “orientadora y persuasiva” que de obligatoriedad, aun para la propia corte mexicana.²²¹

En Venezuela, el Tribunal Supremo de justicia en su momento (2001) dictó un acuerdo en el que negaba la posibilidad de que sus decisiones fueran interpretadas por instancias internacionales bajo el argumento de que las mismas se fundaban precisamente en el ejercicio de la soberanía del pueblo venezolano:

(...) las decisiones de este Tribunal Supremo de justicia en sus diferentes Salas, non están sometidas a ninguna revisión por parte de instancias internacionales, porque ellas constituyen el ejercicio pleno de nuestra soberanía y se dictan conforme a nuestro ordenamiento jurídico, en nombre del pueblo venezolano y como expresión de una patria libre.²²²

Ahora veamos la otra cara de la moneda, al igual que la declaración universal, la americana en un principio fue vista como un documento no vinculante para los estados parte, sin embargo en los últimos años, con la prevalencia del principio pro-persona y el neoconstitucionalismo en sí, esta percepción ha cambiado hasta desembocar en manifestaciones textuales y contundentes como las contenidas en opiniones consultivas de tribunales como la propia Corte Interamericana de Derechos Humanos: “...para estos estados la Declaración Americana constituye, en lo pertinente y en relación con la Carta de la

²²¹ Tesis V.3oPa.J/6 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 39, Febrero 2017, Tomo III, pág. 2058.

²²² Silva Meza, Juan N., “El artículo 103 constitucional y el cumplimiento del Caso *Radilla*: el nuevo parámetro de validez constitucional y convencional”, en Tafoya Hernández J. Guadalupe (Coord), *Elementos para el Estudio del Juicio de Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017, pág. 17.

Organización, una fuente de obligaciones internacionales”.²²³

Aunque de manera aislada²²⁴, la Suprema Corte mexicana en pleno y por unanimidad de votos (Amparo en revisión 1475/98), ha manifestado que al momento de resolver, el poder judicial de la federación debe interpretar la norma, antes que jerarquizar los tratados con la constitución, se debe pensar en el objetivo de salvaguarda de los propios derechos humanos, por lo que cuando el mayor alcance de los mismos esté en un tratado internacional, este deberá ser considerado como constitucional, en términos del artículo primero, y que la expresión *estén de acuerdo con la misma* (CPEUM, art. 133) no debe interpretarse gramaticalmente pues ello conllevaría a negar al particular este mayor beneficio.

En este caso, conviene analizar las características de la norma internacional que se pretende aplicar, y en función de ella atenderá la finalidad de las disposiciones constitucionales de que se trata. En el ejemplo, es evidente que si el tratado obliga a ampliar al esfera de libertades de los gobernados o compromete al Estado a realizar determinadas acciones en beneficio de grupos humanos tradicionalmente débiles, deben considerarse como constitucionales...²²⁵

El propio ministro Arturo Zaldívar considera que los alcances de la jurisprudencia mexicana en el tema de alcances en la aplicación de los tratados internacionales, debe distinguirse entre aquellos en general y los que versen sobre derechos humanos, tendiendo los primeros una jerarquía infraconstitucional mientras que los segundos están al nivel de la constitución.²²⁶

En efecto, si pensamos en una norma de derecho internacional en materia

²²³ Corte IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de Junio de 1989, Serie A, Número 10, párrafos 43 y 45.

²²⁴ Véase Astudillo Cesar, *op. cit.*, Pág. 77.

²²⁵ Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, Pág. 18.

²²⁶ Cfr. Astudillo Cesar, *op. cit.*, Pág. 81.

tributaria o comercial que imponga a una autoridad una atribución no prevista en el texto constitucional, ello podría dar lugar a un problema de validez del aludido precepto en tanto que podría romper con la distribución competencial prevista en nuestra Norma Fundamental. Pero si se reconoce un nuevo derecho humano o se amplían los alcances de uno ya reconocido, la validez de esta norma tendría que analizarse desde la perspectiva de la forma en que repercute en el bloque de constitucionalidad, de modo que será válida siempre que no lo menoscabe.²²⁷

Por su parte tratadistas mexicanos, entre ellos Sergio García Ramírez, mismo que en su currículum obra la gestión como Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y a quien se le adjudica el uso por primera vez del término “Control de convencionalidad”, opina que este tipo de criterios donde se favorece a la restricción constitucional sobre la protección de un derecho humano contenido en un tratado internacional son solo temporales y que lo que prevalecerá al final será la máxima protección al derecho humano, se encuentre está en el ordenamiento interno o en el derecho Internacional.

...yo diría que lo que prevalece finalmente no es la norma constitucional por ser constitucional, ni la norma internacional por ser internacional, sino mejor y hoy día, lo que interesa es proteger, lo que preceda o engrandece más al ser humano, donde quiera que se encuentre la disposición que le brinde una mayor protección... pero si existe en el propio artículo primero, una expresión que ha determinado cierto rumbo temporal creo uyo de la jurisprudencia, colocando a estas normas restrictivas de derechos, en un rango subalterno con respecto a la constitución y suspendiendo su vigencia plena, en caso de que haya tensión o contradicción, yo nada mas quiero recordar sin ánimo de intervenir más de en el debate, que el artículo segundo, de la Convención Americana sobre derechos humanos, igual a

²²⁷ Zaldivar Lelo de Larrea, Arturo, “Bloque de constitucionalidad: contradicción de tesis 923/2011”, en Tafoya Hernández J. Guadalupe (Coord), *Elementos para el Estudio del Juicio de Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017, págs. 58 y 59.

un precepto similar del pacto internacional de derechos civiles y políticos manifiesta, y el estado mexicano lo suscribió soberanamente, junto con el resto de la convención, manifiesta que el estado, México en este caso, deberá de adoptar todas las medidas legislativas y de otro carácter necesario para el respeto y la garantía de los derechos establecidos en los tratados internacionales, en la medida en que estos concedan mejores derechos y libertades, así que lo que sigue cuando entran en tensión dos normas, y la internacional es más benéfica para el ser humano, lo ue sigue es, según nuestro compromiso soberanamente adquirido, incorporar las reformas necesarias, y no solamente reformas reglamentarias, o reformas legales secundarias, sino también, de ser pertinente reformas constitucionales...²²⁸

Con lo anterior se evidencia un cambio radical en la percepción del tratado internacional en materia de derechos humanos como fuente del derecho, pasando de ser meramente filosófico a práctico, al grado de ser considerado como un parámetro de control de la regularidad constitucional, según la tesis 20/2014²²⁹ emitida por el pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de rubro “DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL” (Tesis P./J. 20/2014 (10a.)).²³⁰

Así nace una doble función por parte de los estados que han ratificado la

²²⁸ E. g. El texto citado se trata de un extracto textual de la conferencia magistral del Dr. Sergio García Ramírez el 4 de marzo 2017 en la Torre Académica de la Universidad Autónoma de Sinaloa, durante el Tercer Congreso Internacional de derecho, “Trayectoria y porvenir del constitucionalismo Mexicano” del 2 al 4 de marzo de 2017 en la Ciudad de Culiacán Sinaloa.

²²⁹ Véase Astudillo Cesar, *op. cit.*, pág. 87.

²³⁰ Tesis P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, tomo I, Pág. 202.

Convención Americana sobre Derechos Humanos, por un lado el control de constitucionalidad y por el otro el de convencionalidad

El segundo... consiste en juzgar en casos concretos si un acto o normativa de Derecho interno resulta incompatible con la CADH y disponer, en consecuencia, la reforma o la abrogación de dichas prácticas o normas, según corresponda, en orden a la protección de los derechos humanos y la preservación de la vigencia suprema de tal Convención y de otros instrumentos internacionales fundamentales en este campo.²³¹

Es entonces que la tendencia internacional ha venido dándole progresiva importancia a la protección del derecho humano, por encima de cualquier orden legal o constitucional, precisamente de lo que se trata el presente capítulo (Herrerías, 2011),²³² de la necesaria armonización de nuestra constitución con el derecho internacional.²³³

4.1.1. Antecedentes de condenas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos a modificaciones constitucionales.

Aun cuando en nuestro país aún no existe de manera formal una condena por parte de la Corte Interamericana de Derechos Humanos adoptar las medidas legislativas y constitucionales para adecuar nuestra normatividad interna a la Convención Americana sobre derechos humanos, la tendencia indica que vamos en curso directo hacia ser juzgados en cuanto al contenido de nuestra Carta Magna. El caso más aproximado a la evaluación de nuestra constitución por parte de la Corte Interamericana es *Caso Radilla Pacheco contra México* (2009), resolvió que "...las víctimas familiares de violaciones a derechos humanos cometidos por militares, tienen derecho a que tales actos sean juzgados por la

²³¹ Chacón Triana, Nathalia *et al.*, *op. cit.*, Pág. 97.

²³² Véase Herrerías Cuevas, Francisco, *op. cit.*, Pág. 49.

²³³ Véase Carmona Tinoco, Jorge Ulises, *op. cit.*, Pág. 43 y ss.

jurisdicción ordinaria”²³⁴, declarando inconvencionales disposiciones del Código de Justicia Militar así como un reciente criterio (Amparo en Revisión 989/2009) que decía lo contrario, que la víctima del proceso penal carecía de interés jurídico para promover juicio de amparo contra actos de jurisdicción militar.

Cuando los estados americanos soberanamente aceptan someterse a la jurisdicción de un tribunal internacional, y con mayor razón cuando sus determinaciones son efectivamente cumplidas, no se hace esperara la conducta colectiva de ver al sistema americano de protección a los derechos humanos como una especie de cuarta instancia, lo cual no fue la intención de los estados al constituirla. Así mismo se han emitido opiniones consultivas entre las que destaca para nuestro tema la hecha a Costa Rica²³⁵, para modificar su constitución en materia de naturalización; y sin ánimo de debatir exhaustivamente sobre el tema, en el presente trabajo nos avocaremos a analizar los antecedentes de casos llevados ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos cuya resolución favorable al particular trajo como consecuencia la condena a la adopción de medidas constitucionales para efectos de salvaguardar la máxima protección de derechos fundamentales.²³⁶

4.1.1.1. Chile y el caso “La última tentación de Cristo”.

El caso “Olmedo Bustos y otros vs Chile”, mejor conocido como “La última tentación de Cristo” se trata de un juicio llevado ante la Justicia Interamericana de Derechos Humanos donde la Comisión competente aseveró que el estado parte,

²³⁴ Véase Bolaños Enríquez, Tania Gicela, “Aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Procesos de Justicia Transicional en america latina”, en Téllez Carvajal, Evelin, *et al.* (Coords.), *Derecho Internacional en la Práctica latinoamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Tirant lo Blanch, 2014, pág. 339.

²³⁵ Véase Corte IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, Número 4, pág. 20, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.

²³⁶ Silva Meza, Juan N., *op. cit.*, Pág. 23.

Chile, había violado en perjuicio de la sociedad Chilena y, en particular de los Señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunsa Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, como resultado de la censura judicial impuesta a la exhibición cinematográfica de la película “La última tentación de Cristo”, de ahí el nombre del caso.²³⁷

4.1.1.1.1. Antecedentes del caso, El Consejo de Calificación Cinematográfica de Chile.

Las circunstancias que originaron el caso las podemos encontrar en el capítulo de Hechos acreditados de la sentencia en análisis: el entonces vigente artículo 19, número 12 de la constitución chilena de 1980, establecía un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica. Por su parte, el Decreto Ley número 679 del 1º de octubre de 1974, faculta al denominado Consejo de Calificación Cinematográfica para orientar la exhibición de cine en Chile, y efectuar la calificación de las películas. Dicho órgano, el 29 de noviembre de 1988 rechazó la exhibición de la película “La última Tentación de Cristo”, ante una petición que le hiciera la *United International Pictures Ltda.* Dicha empresa apeló la resolución logrando que la misma fuera permisible para personas mayores de 18 años. Sin embargo fue mediante un recurso de protección interpuesto por los Señores Sergio García Valdés, Vicente Torres Irrásabal, Francisco Javier Donoso Barriga, Matías Pérez Cruz, Jorge Reyes Zapata, Christian Heerwagen Guzmán y Joel Gonzalez Castillo, por y a nombre de Jesucristo, la Iglesia Católica y por sí mismos, la Corte de apelaciones de Santiago, acogió el recurso de protección y dejó sin efecto la resolución administrativa del Consejo de Calificación dejando prohibida la exhibición cinematográfica en Litis. Este acogimiento fue confirmado por la Corte de Apelaciones de Santiago el 20 de enero de 1997 y el 17 de junio del mismo año,

²³⁷ Corte IDH, Caso “La última Tentación de Cristo”, en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nld_expediente=26&lang=es, Pág. 2.

fue confirmada la sentencia por la Corte Suprema de Justicia de Chile.²³⁸

El caso llegó a la Comisión Interamericana de derechos Humanos, misma que después de haber recomendado sin respuesta al gobierno de Chile que adecuara sus documentos legislativos al contenido del Pacto de San José, en los temas de Libertad de Pensamiento y Expresión (Art. 13), Libertad de Conciencia y Región (Art. 12), sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el fin de que esta examinara si el estado había violado en perjuicio de los promoventes, los derechos humanos precisados así como la obligación del estado parte de Respetar los Derechos y Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (Art. 1.1 y 2).

4.1.1.1.2. Sobre el derecho humano a la libertad de expresión.

En el análisis de convencionalidad de lo dispuesto por los ordenamientos de derecho interno de Chile, en lo que nos interesa, radica en la confrontación del artículo 19, número 12 de la constitución Chilena vigente en 1999, contra lo dispuesto en los artículos 1.1, 2, y 13 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos asumiendo como premisa inicial que la violación al último dispositivo desencadena por relación intrínseca violaciones a los dos primeros por tratarse de obligaciones de respetar los derechos humanos consagrados en la convención y adoptar medidas de derecho interno. En el caso que nos ocupa, el estado parte, Chile, admitió el ejercicio reiterado del poder judicial de irse por la restricción a la libertad de expresión cuando esta se comparaba con el honor, y afirmó que su gobierno no se encontraba de acuerdo.

De acuerdo con el ordenamiento interno de Chile (Art. 19, núm. 12) decía que la ley establecería un sistema de censura para la exhibición y publicidad de la producción cinematográfica, mismo de donde surgió la prohibición que origina el caso en análisis. Por su parte la Convención Americana sobre derechos humanos establece las bases de la libertad de Pensamiento y expresión en su artículo 13, en lo que nos interesa transcribimos:

²³⁸ Corte IDH, Caso “La última Tentación...”, *op. cit.*, Pág. 22.

Libertad de Pensamiento y de Expresión 1. Toda persona tiene derecho a la libertad de pensamiento y de expresión. Este derecho comprende la libertad de buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección. 2. El ejercicio del derecho previsto en el inciso precedente no puede estar sujeto a previa censura sino a responsabilidades ulteriores las que deben estar expresamente fijadas por la ley y ser necesarias para asegurar: a) el respeto a los derechos o a la reputación de los demás, o b) la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas... 4. Los espectáculos públicos pueden ser sometidos por la ley a censura previa con el exclusivo objeto de regular el acceso a ellos para la protección moral de la infancia y la adolescencia, sin perjuicio de lo establecido en el inciso 2. 5. Estará prohibida por la ley toda propaganda en favor de la guerra y toda apología del odio nacional, racial o religioso que constituyan incitaciones a la violencia o cualquier otra acción ilegal similar contra cualquier persona o grupo de personas, por ningún motivo, inclusive los de raza color, religión, idioma u origen nacional.

Con los antecedentes acreditados, máxime que el estado no debatió la veracidad de los mismos, el juicio se convirtió en un asunto meramente jurídico, determinar si la censura de la que habla el artículo 19 de la Constitución Chilena violaba o no la libertad de pensamiento y expresión.

Al respecto es necesario delimitar los alcances de la libertad de expresión y colocarla en una balanza, para efectos del caso concreto con el derecho al honor. Lo anterior pues resolverse mediante la interpretación del artículo 13 de la Convención, mismo que extiende el derecho a la libertad de pensamiento y expresión a buscar, recibir y difundir informaciones e ideas de toda índole, sin consideración de fronteras ya sea oralmente, por escrito o en forma impresa o artística, o por cualquier otro procedimiento de su elección, sin que haya lugar a censura previa, solo a responsabilidades ulteriores previamente legisladas sobre

respeto a los derechos o a la reputación de terceros o a la protección de la seguridad nacional, el orden público o la salud o la moral públicas, en este orden de ideas es que la Corte determinó que el estado chileno si violaba la Convención Americana sobre Derechos Humanos al no adoptar medidas de derecho interno para adecuarse a las disposiciones del tratado internacional.

Esto no es otra cosa que declarar convencional una constitución federal, tan es así que en el resolutivo 4, se condenó al estado responsable a modificar su ordenamiento jurídico interno para eliminar la censura previa en la que cae.

103. por tanto,

LA CORTE, por unanimidad...

1. declara que el Estado violó el derecho la libertad de pensamiento y de expresión consagrado en el artículo 13 de la Convención Americana de Derechos Humanos, en perjuicio de los Señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunsa Tagle y Hernán Aguirre Fuentes.

...

3. declara que el Estado incumplió con los deberes generales de los artículos 1.1 y 2 de la Convención Americana de Derechos Humanos...

4. decide que el Estado debe modificar su ordenamiento jurídico interno, en un plazo razonable, con el fin de suprimir la censura previa para permitir la exhibición de la película...²³⁹

Es entonces que desde este momento la corte determinó que el estado viola la libertad de expresión contenida en el artículo 13 de la Convención, lo que trae como consecuencia que se violara también lo establecido en los artículos 1.1 y 2 del pacto de San José, toda vez que el estado, que soberanamente se

²³⁹ *Ibidem*, Págs. 38 y39.

comprometió a hacer cumplir el tratado internacional, no adecuó sus disposiciones de derecho interno al mismo, por lo que fue omiso en respetar y garantizar los Derechos Humanos consagrados en la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

86. La Corte advierte que, de acuerdo con lo establecido en la presente sentencia, el Estado violó el artículo 13 de la Convención Americana en perjuicio de los señores Juan Pablo Olmedo Bustos, Ciro Colombara López, Claudio Márquez Vidal, Alex Muñoz Wilson, Matías Insunza Tagle y Hernán Aguirre Fuentes, por lo que el mismo ha incumplido el deber general de respetar los derechos y libertades reconocidos en aquélla y de garantizar su libre y pleno ejercicio, como lo establece el artículo 1.1 de la Convención.²⁴⁰

4.1.1.1.3. Sobre el Derecho Humano a la Libertad de Conciencia y de Religión.

En este rubro, el análisis de convencionalidad recae nuevamente en el artículo 19, número 12 de la constitución chilena vigente en 1999, en cuanto a la facultad del estado para prohibir la exhibición de una película determinada, con el fin de determinar si era o no contrario a lo dispuesto en los artículos 1.1, 2 y en este particular, el 12 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos, en el entendido de que la violación al artículo 12 de dicha convención por una disposición constitucional trae como consecuencia la violación a los artículos 1.1 y 2 en lo que a garantía y respeto a los derechos humanos convencionales y adopción de medidas de derecho interno se refiere.

El artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos establece la libertad de conciencia y religión, entendida desde tres aspectos, el derecho a decidir la creencia religiosa de su elección, conservarla o en su caso cambiarla, y predicarla; la prohibición de medidas restrictivas que afecten al anterior; y el derecho a educar a su descendencia conforme a la religión que los padres profesen. Este derecho se encuentra restringido únicamente cuando se implementen medidas para proteger la seguridad, el orden, la salud y la moral

²⁴⁰ *Ibidem*, Pág. 35.

pública, o bien los derechos o libertades de los demás.

1. Toda persona tiene derecho a la libertad de conciencia y de religión. Este derecho implica la libertad de conservar su religión o sus creencias, o de cambiar de religión o de creencias, así como la libertad de profesar y divulgar su religión o sus creencias, individual o colectivamente, tanto en público como en privado. 2. Nadie puede ser objeto de medidas restrictivas que puedan menoscabar la libertad de conservar su religión o sus creencias o de cambiar de religión o de creencias. 3. La libertad de manifestar la propia religión y las propias creencias está sujeta únicamente a las limitaciones prescritas por la ley y que sean necesarias para proteger la seguridad, el orden, la salud o la moral públicos o los derechos o libertades de los demás. 4. Los padres, y en su caso los tutores tienen derecho a que sus hijos o pupilos reciban la educación religiosa y moral que este de acuerdo con sus propias convicciones.

La Comisión Interamericana de derechos humanos, alegó cinco puntos básicos: 1. Intervención impropia del estado en la libertad de conciencia, 2. La consideración de que el estado no debe utilizar su poder para proteger la conciencia de ciertos ciudadanos, cual se manifiesta al prohibir el acceso a la exhibición calificada -sujeta a restricciones de edad y al pago de un derecho de entrada- de la versión audiovisual de una obra artística de contenido religioso, misma que afecta a quienes, dice, tienen creencias que se relacionan con el contenido religioso de la película “La última Tentación de Cristo” pues se ven impedidos para verla y formar opinión con base en la misma; 3. La prohibición de proyectar la película bajo el argumento usado por el poder judicial interno de que la visión de los personajes presentada en esta obra artística no se adecua a los estándares que en su opinión deberían haberse tenido en cuenta para describirlos, constituye, dice, una interferencia ilegítima al derecho de mantener o cambiar la creencia religiosa. Estos puntos fueron debatidos en su totalidad por el estado, que alegó que ninguna de las condiciones de la libertad de conciencia y religión se

violaba al prohibir que una persona viera una película.²⁴¹

Tajantemente la Corte Interamericana de Derechos humanos consideró que no se violaba este derecho, estando de acuerdo con el estado en su defensa:

79. Según el artículo 12 de la Convención, el derecho a la libertad de conciencia y de religión permite que las personas conserven, cambien, profesen y divulguen su religión o sus creencias. Este derecho es uno de los cimientos de la sociedad democrática. En su dimensión religiosa, constituye un elemento trascendental en la protección de las convicciones de los creyentes y en su forma de vida. En el presente caso sin embargo, no existe prueba alguna que acredite la violación de ninguna de las libertades consagradas en el artículo 12 de la Convención. En efecto, entiende la Corte que la prohibición de la exhibición de la película “La última Tentación de Cristo” no privó o menoscabó a ninguna persona de su derecho de conservar, cambiar, profesar o divulgar, con absoluta libertad, su relación o sus creencias.²⁴²

Es conveniente, para terminar este tema que uno de los elementos por los que se absolvió al estado chileno de la violación a la libertad de conciencia y religión establecida en el artículo 12 de la Convención Americana sobre Derechos humanos lo fue la falta de pruebas, misma que es evidenciada, tanto en la propia sentencia (Párrafo número 79 del documento)²⁴³ como en el voto razonado del Juez Carlos Vicente de Roux Rengifo, quien considera que la libertad de conciencia y religión abarca a la abstención del estado a entrometerse en el complejo proceso de cambio o mantención de una creencia religiosa.

...el estado debe garantizar que cada quien pueda conducir ese proceso, si decide emprenderlo, en una atmósfera de completa libertad y, en particular, que no se coarte a nadie la posibilidad de acopiar, sin infringir los derechos

²⁴¹ *Ibidem*, Pág. 30.

²⁴² *Ibidem*, Pág. 32.

²⁴³ *Ídem*.

de los demás, todos los elementos vivenciales y emocionales, conceptuales e informativos o de cualquier otro orden que considere necesarios para otra adecuadamente por el cambio o la conservación de su fé. Si el estado falta, por acción u omisión a esos deberes, viola el derecho a la libertad de religión y de conciencia.²⁴⁴

En lo que para nuestro tema nos interesa, Chile, el 10 de junio de 2001, aprobó el proyecto de reforma a su constitución destinado a consagrar el derecho a la libre creación artística y a la eliminación de la censura cinematográfica sustituyéndola por un sistema de calificación que sería regulado por ley, proyecto que fue promulgado e incorporado a la Carta Fundamental el 25 de agosto de 2001 mediante la publicación en el Diario Oficial de Chile de la Ley No.19.742. Asimismo, Chile informó que la Ley No.19.846 (Ley sobre Calificación de la Producción Cinematográfica) se publicó y entró en vigor el 4 de enero de 2003, y en su artículo primero estableció un sistema para la calificación de la producción cinematográfica que se realiza por edades, destinado a orientar a la población adulta respecto de los contenidos de la producción cinematográfica y de proteger a la infancia y a la adolescencia en atención a lo señalado en diversos tratados internacionales suscritos por el mencionado Estado, dando la corte por cumplido el fallo el 28 de noviembre de 2003 para quedar como sigue:

Artículo 19. La Constitución asegura a todas las personas:

...

12°. La libertad de emitir opinión y la de informar, sin censura previa, en cualquier forma y por cualquier medio, sin perjuicio de responder de los delitos y abusos que se cometan en el ejercicio de estas libertades, en conformidad a la ley, la que deber ser de quórum calificado.

²⁴⁴ Roux Rengifo, Carlos Vicente de, Caso "La última Tentación de Cristo", Voto Razonado, en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nld_expediente=26&lang=es, Pág. 1.

...

Habr  un Consejo Nacional de Televisión, autónomo y con personalidad jurídica, encargado de velar por el correcto funcionamiento de este medio de comunicación. Una ley de qu orum calificado señalar la organización y demás funciones y atribuciones del referido Consejo.²⁴⁵

4.1.1.2. Caso “Personas Dominicanas y Haitianas vs República Dominicana”.

El “Caso de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs República Dominicana”, mejor conocido como “Caso Haitianos y Dominicanos de origen Haitiano en República Dominicana” se trata de un juicio llevado ante la jurisdicción interamericana de Derechos Humanos, donde la Comisión Interamericana consideró que el estado parte, República Dominicana, había violado en perjuicio de presuntas víctimas Haitianas y dominicanas de ascendencia haitiana, incluidos niñas y niños, diversos derechos; derivado de lo que denominaba detención arbitraria y expuls n sumaria del territorio de República Dominicana, sin el seguimiento del procedimiento de expuls n normado en el derecho interno. Además la Comisión consideró que existían una serie de impedimentos para que los migrantes Haitianos pudieran inscribir a sus hijos e hijas nacidos en territorio dominicano, y para la obtención de la nacionalidad dominicana por parte de personas de ascendencia haitiana nacidas en República Dominicana.²⁴⁶

4.1.1.2.1. Antecedentes del caso. La discriminación dominicana a personas haitianas o dominicanos de ascendencia haitiana.

El contexto que nos ocupa consiste en que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos consideró que en República Dominicana existía una reiterada practica de discriminación en contra de la población Haitiana y de ascendencia Haitiana, señalando que esto también ocurre en el caso de personas nacidas en el

²⁴⁵ Véase Corte IDH, Caso “La  ltima Tentación...”, *op. cit.*, Pág. 4.

²⁴⁶ Véase Corte IDH, Caso “de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs República Dominicana”, en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/haitianos_se_01.doc, Pág. 5.

territorio Dominicano, a quienes se les negaba el acceso a documentación de identidad personal, incluyendo actas de nacimiento, lo que complicaba su eventual trámite de nacionalidad.²⁴⁷

En lo que nos interesa del caso, se menciona que el 26 de enero de 2010, se publicó en República Dominicana una reforma constitucional que excluía de la nacionalidad de ese país a las personas nacidas dentro el territorio nacional cuando sean hijas e hijos de extranjeros “que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en el país”, esta adición la encontramos en el artículo 18, inciso 3) de la Constitución de la República Dominicana.

...Son dominicanas y dominicanos:

3) Las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano. Se considera persona en tránsito a toda extranjera o extranjero definido como tal en las leyes dominicanas;

El caso llegó a la Comisión Interamericana de derechos Humanos, misma que después de haber recomendado sin respuesta al gobierno de República Dominicana que adecuara sus documentos legislativos al contenido del Pacto de San José, en los temas de Personalidad Jurídica (Art. 3), Nombre (Art. 18), Nacionalidad (Art. 20) y Libertad personal, Igualdad ante la ley (Art. 24), Garantías judiciales de circulación y de residencia, y protección judicial (Art. 8), en relación a los derechos del niño (Art. 19), obligación de garantizar derechos sin discriminación (Art. 1.1) y adopción de las disposiciones de derecho interno correspondientes (Art. 2), sometió el caso a la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con el fin de que esta examinara si el estado había violado en perjuicio de los promoventes, los derechos humanos precisados así como la obligación del estado parte de Respetar los Derechos y Deber de Adoptar Disposiciones de Derecho Interno (Art. 1.1 y 2). En lo que a

²⁴⁷ *Ibidem*, Págs. 55 y 56.

nuestro trabajo respecta, nos enfocaremos en la presunta violación al derecho de la nacionalidad condicionado por la Constitución de derecho interno (Art. 18, inciso 3)), y protegido por el tratado (Art. 20), y su la confrontación entre uno y otro.

4.1.1.2.2. El derecho a una nacionalidad y la inadmisibilidad de a apatridialidad.

En el análisis de convencionalidad de lo dispuesto por la constitución de República Dominicana, la corte hizo un examen de convencionalidad del artículo 18, inciso 3) de la misma. Confrontándola con lo dispuesto por el artículo 20 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. E igual como aconteció en el subcapítulo anterior del presente trabajo, la violación al último dispositivo desencadena por relación intrínseca violaciones a los artículos 1.1 y 2 de la referida Convención por tratarse el primero de obligaciones de respetar y garantizar los derechos humanos consagrados en la convención y adoptar medidas de derecho interno para el efecto.

En el caso, el estado negó su responsabilidad manifestando que “el procedimiento atinente a la adquisición de la nacionalidad forma parte de las materias reservadas al dominio exclusivo del derecho interno dominicano”, siendo este un “atributo inalienable de la soberanía de los estados, únicamente limitado por el respeto de los derechos humanos, y específicamente la existencia del riesgo de apatridia, o la existencia de una norma discriminatoria”²⁴⁸. En cuanto a la posibilidad de apatridia en el caso que nos ocupa, el estado Dominicano alegó que no se daría tal circunstancia pues, las supuestas víctimas si contaban con la nacionalidad haitiana por *ius sanguinis* y que la imposición de requisitos para la adquisición de nacionalidad no era discriminatoria. El estado Dominicano sostuvo en reiterados momentos que las excepciones planteadas por la Constitución interna para la adquisición de la nacionalidad dominicana son razonables, y bajo estos argumentos la Corte entró en análisis concediéndoles la razón en cuanto a que la imposición de requisitos para la obtención de la nacionalidad en una

²⁴⁸ *Ibidem*, Pág. 88.

constitución no era discriminatoria²⁴⁹.

La corte Interamericana de Derechos humanos al examinar el presente caso definió como premisa inicial que efectivamente "...la determinación de quienes son nacionales sigue siendo competencia interna de los Estados. Sin perjuicio de ello, resulta necesario que dicha atribución estatal se ejerza en concordancia con los parámetros emanados de normas obligatorias de derecho internacional a las que los propios estados, en ejercicio de su soberanía, se hayan sometido".²⁵⁰

En este orden de ideas tenemos primeramente el contenido del artículo 20 de la Convención Interamericana sobre Derechos Humanos que en su punto 2 dice: "2. Toda persona tiene derecho a la nacionalidad del Estado en cuyo territorio nació si no tiene derecho a otra" y por el otro, la excepción para la obtención de la nacionalidad dominicana que marca el artículo 18, inciso 3) de la Constitución de la República Dominicana: "3) Las personas nacidas en territorio nacional, con excepción de los hijos e hijas de extranjeros miembros de legaciones diplomáticas y consulares, de extranjeros que se hallen en tránsito o residan ilegalmente en territorio dominicano".

Bajo esta tesitura, la Corte hizo dos análisis: primero tuvo por no acreditado por parte del estado, la excepción planteada en el sentido de que las posibles víctimas tuvieran en efecto la posibilidad de obtener la nacionalidad diversa, siendo insuficiente la manifestación de esta circunstancia para tenerla por acreditada, sin embargo no se quedó ahí, también hizo un estudio de las constituciones vigentes en Haití en el momento del nacimiento de los actores con el fin de determinar sus requisitos de nacionalidad.²⁵¹

Aunado a lo anterior, la Corte determinó que "...el estatus migratorio de los

²⁴⁹ *Ibidem*, Pág. 89.

²⁵⁰ *Ibidem*, Pág. 91.

²⁵¹ *Ibidem*, Pág. 105.

padres no puede transmitirse a sus hijos”²⁵² lo que en concordancia con el hecho de que el estado no aportó elementos suficientes para acreditar que las víctimas pudieran obtener eventualmente la nacionalidad haitiana desemboca en una violación del derecho a la nacionalidad, y con ello a la personalidad jurídica, por parte de República dominicana. En cuanto a la omisión de adoptar disposiciones de derecho interno, esta se tiene plenamente acreditada desde el momento en que el estado Dominicano permitió que su legislación contradijera su compromiso internacional.²⁵³

Bajo los argumentos anteriores, la Corte condenó al estado a adoptar las medidas necesarias, sean constitucionales o legislativas ordinarias para adecuar su sistema jurídico al interamericano, y con ello evitar que se sigan violando derechos humanos sistémicamente.

19. El Estado debe adoptar, en un plazo razonable, las medidas necesarias para dejar sin efecto toda norma de cualquier naturaleza, sea ésta constitucional, legal, reglamentaria o administrativa, así como toda práctica, o decisión, o interpretación, que establezca o tenga por efecto que la estancia irregular de los padres extranjeros motive la negación de la nacionalidad dominicana a las personas nacidas en el territorio de República Dominicana, en los términos del párrafo 469 de la presente Sentencia.²⁵⁴

Nuevamente nos encontramos con una evidencia de control de convencionalidad sobre normas constitucionales. Esto nos hace pensar que nuestro país se dirige a una confrontación de este tipo según se expone a continuación

²⁵² *Ibidem*, Pág. 94.

²⁵³ *Ibidem*, Pág. 106.

²⁵⁴ *Ibidem*, Pág. 172.

4.2. Disposiciones en la constitución mexicana hipotéticamente contrarias a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

Cuando estudiamos el sistema jurídico español, nos encontramos con una resistencia tanto de maestros universitarios como de tratadistas de ese país en relación a la posibilidad de que existiera contradicción entre la constitución española y algún tratado internacional en materia de derechos humanos, confiando plenamente en la figura del control previo (LO 2/1979, art. 78.1) como mecanismo preventivo contra este tipo de situaciones. Sin embargo, México es una historia totalmente diferente pues como ha quedado evidenciado en capítulos anteriores de nuestra tesis, no solo no contamos con un control previo de constitucionalidad sino que el proceso de incorporación de un tratado internacional a nuestro sistema jurídico (CPEUM, art. 76, fracc. I) tiene una notoria flexibilidad comparándolo con el proceso de reforma constitucional.

Autores como Sergio García Ramírez sostienen que efectivamente, existen disposiciones en la constitución mexicana que pueden provocar tensión al someterlas a un examen de convencionalidad, específicamente el arraigo y la prisión preventiva oficiosa:

...tengo para mí que hay varias disposiciones en nuestra constitución cuya compatibilidad con las normas internacionales no está clara, por decirlo eufemísticamente, por ejemplo normas sobre prisión preventiva..., normas sobre arraigo..., una figura peregrina que se ha injertado en la constitución mexicana, puede llegar un momento en el que tengamos conflicto ante un tribunal internacional, más valdría avocarnos a una reforma que nos coloque en la misma línea del gran derecho mundial en pro de los derechos humanos...²⁵⁵

²⁵⁵ E. g. El texto citado se trata de un extracto textual de la conferencia magistral del Dr. Sergio García Ramírez el 4 de marzo 2017 en la Torre Académica de la Universidad Autónoma de Sinaloa, durante el Tercer Congreso Internacional de derecho, "Trayectoria y porvenir del constitucionalismo Mexicano" del 2 al 4 de marzo de 2017 en la Ciudad de Culiacán Sinaloa.

Precisamente, el discurso anterior nos da las primeras dos hipotéticas contradicciones de nuestra constitución federal con la Convención Americana sobre Derechos Humanos, a esta adherimos una tercera, se trata de la contenida en el artículo 123, apartado B, fracción XIII, que básicamente establece que cuando un trabajador de las fuerzas públicas acredite haber sido cesado injustificadamente, el estado solo estará obligado a pagar una indemnización mas no a reinstalarle en sus funciones.

La principal crítica a las restricciones constitucionales la encontramos materia penal, en su raíz legalista, toda vez que figuras como el arraigo, que ya había sido declarada inconstitucional, fue alevosamente incorporada a la constitución con el único fin de volverla inimpugnable en términos de la fracción I del artículo 61 de la ley de amparo, mismo que declara improcedente el juicio de garantías contra reformas y adiciones a la constitución federal.

La corriente legalista es fuertemente criticada por académicos como Mercedes Peláez Ferrusca, quien asevera que este positivismo jurídico marcado se presta a perversidades como las restricciones constitucionales en materia de libertad personal, mismas que son fuerte nuestra línea argumentativa de este capítulo, pues de acuerdo con nuestra hipótesis se prestan para arbitrariedades.

En el campo del derecho penal, en particular las restricciones previstas normativamente respecto del derecho humano a la libertad, son un referente obligado para reflexionar los efectos perversos de la perspectiva de tradición legalista del derecho, toda vez que figuras jurídico-penales como la detención, el arraigo o la privación de la libertad, se encuentran caracterizadas de modo rutinario, por la condición de la paradoja y el dilema, al generar en la puesta en operación de la política pública penal un *tipo calificado de conflictos*, esto es, algo más que simples conflictos, por encontrarse asociados, de modo sistemático a la arbitrariedad y a la discrecionalidad por parte de los operadores del sistema penal y, también por sus problemas para sustentar su razonabilidad, proporcionalidad y

sentido de lo justo.²⁵⁶

4.2.1. El Arraigo domiciliario en materia penal.

Esta figura calificada como *peregrina* por el Maestro Sergio García Ramírez, por motivo de haber sido incrustada en la Constitución Federal, tal y como ha quedado explicado en capítulos anteriores el presente trabajo, es considerada como la primera restricción constitucional que analizara la Corte Interamericana en un futuro no muy lejano.

En términos genéricos el arraigo es definido como el “Conjunto de los bienes inmuebles que forman parte del patrimonio de una persona y que constituye la garantía de sus obligaciones”²⁵⁷, definición aplicable al derecho civil, sin embargo el artículo 16 de la Constitución, en su octavo párrafo nos habla del arraigo de una persona, mismo que en el argot de la abogacía conocemos como el arraigo penal, que podemos definirlo como el mecanismo de garantía física y personal de que la persona en cuestión no se sustraerá de la justicia cuando exista riesgo fundado, restringiendo su libertad personal y de tránsito con el fin de investigarle.

Artículo 16.

...

La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la

²⁵⁶ Peláez Ferrusca, Mercedes, “Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones a la Libertad: la detención y el arraigo”, en García Ramírez, Sergio, *et al.* (Coords), *Criterios y Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos: Influencia y Repercusión en la Justicia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014, Pág. 250.

²⁵⁷ PINA, Rafael de, y PINA VARA, Rafael de, *op. cit.*, Pág. 101.

investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculpado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

Juan Carlos Gutiérrez y Silvano Cantú califican al arraigo como arbitrario por naturaleza que lleva como objetivo la privación de la libertad, no mientras se averigua la inocencia o culpabilidad del sospechoso, sino obtener información, es decir, ganar tiempo para llevar a cabo una investigación más firme. Lo anterior se debe a que la imposición de la medida es previa a la acusación, es decir la persona esta privada de su libertad en espera de su se le va a acusar o no por la comisión de un delito.²⁵⁸

El arraigo es una forma de detención arbitraria constitucionalizada que permite la vigilancia permanente del Ministerio Público sobre personas sospechosas de haber cometido algún delito o que tengan información relacionada con éste; su fin es incrementar el tiempo que tiene la autoridad para reunir pruebas contra la persona arraigada.²⁵⁹

Tal y como ha quedado explicado en el capítulo primero y tercero de la presente tesis, el arraigo tuvo su origen, en una ley secundaria, misma que al declararse inconstitucional, alevosamente fue incluida la figura en la constitución (art. 16) para que bajo el esquema de unidad e indivisibilidad constitucional no pudiese ser declarada contraria a la misma, constituyéndose entonces como una restricción constitucional, que como ya ha quedado claro, posee una jerarquía superior, dentro del sistema jurídico mexicano a la misma convención Americana sobre derechos Humanos. A este rubro se refiere la organización Human Rights Watch (Observatorio de derechos humanos), en su informe titulado *Ni seguridad ni*

²⁵⁸ Gutiérrez, Juan Carlos y Cantú, Silvano, "El arraigo y la segurización de la justicia penal", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*, México, Año X, Número 2, Febrero de 2012, Pág. 20.

²⁵⁹ FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, "El arraigo y su aplicación en el nuevo sistema acusatorio", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*, México, año X, número 2, febrero 2012, Pág. 46.

derechos. *Ejecuciones, desapariciones y tortura en la 'guerra contra el narcotráfico' de México*, mismo donde examina las condiciones en las que se lleva a cabo la lucha contra el crimen organizado en el país durante la gestión del presidente Felipe Calderón y critica fuertemente esta medida no obstante que hoy se encuentra incorporada, casi forzosamente en nuestra constitución.

México debería abolir el arraigo, contemplado en la legislación federal y de los estados, que permite que agentes del Ministerio Público, con autorización judicial, detengan a personas por un periodo hasta de 80 días antes de ser acusadas de haber cometido un delito. Esta práctica equivale a una detención arbitraria, es incompatible con las obligaciones de debido proceso de México conforme al derecho internacional y contraviene una decisión dictada por la Suprema Corte de Justicia, que determinó que se trataba de una práctica inconstitucional.²⁶⁰

Sin embargo no todo está dicho, pues tal y como se ha expuesto en el subcapítulo anterior, ya se han llevado casos de este tipo restricciones a la Corte Interamericana, y países han sido condenados a modificar sus textos constitucionales por ser violatorias de derechos humanos reconocidos en la Convención Americana. En el caso que nos ocupa, la figura del arraigo puede tener tensión si la sometemos a un análisis convencional contra los derechos consagrados en la Convención Americana de Derechos Humanos, como el derecho humano a la libertad personal (Arts. 7.5 y 7.6), Garantías judiciales, específicamente la presunción de inocencia (Art. 8.2), Derecho a la circulación y a la residencia, específicamente la libertad de circular en el territorio del estado (Art. 22.1), y todas, de resultar procedentes al menos una de ellas, por tratarse del examen de convencionalidad de un documento legal, en este caso constitución, desembocaría en la violación tanto de la obligación de respetar y garantizar los derechos humanos reconocidos (Art. 1), como de adoptar las medidas legislativas necesarias para el efecto (Art 2).

²⁶⁰ HUMAN RIGHTS WATCH, "México debería abolir el arraigo", *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*, México, año X, número 2, febrero 2012, Pág. 40.

4.2.1.1. Arraigo y el derecho a la libertad personal.

En este rubro, la confrontación surge en razón de que los artículos 7.1, 7.3, 7.5 y 7.6 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran la libertad personal propiamente dicha y el principio de inmediatez en la presentación del detenido cuando este es, por virtud de causa legal privado de ella; que básicamente consisten en que todas las personas tienen derecho a la libertad personal, está prohibida la detención arbitraria, sin embargo, cuando una persona sea detenida debe ser presentada sin demora ante un juez y funcionario autorizado por la ley para ejercer funciones judiciales, para ser juzgada dentro de un plazo razonable, así mismo, este derecho se extiende a que el inculpado pueda recurrir ante el juez competente a fin de que decida sobre la legalidad de su arresto o detención.

Regresando a la descripción constitucional del arraigo nos percatamos de que el mismo es totalmente contrario a la inmediatez mencionada toda vez que de acuerdo con el artículo 16 constitucional de que emana, la presentación ante la autoridad judicial así como la definición de la legalidad de la detención puede prolongarse hasta ochenta días.

No en balde, cuando esta figura se encontraba contenida en la legislación secundaria, fue declarada inconstitucional por el poder judicial de la federación.

ARRAIGO DOMICILIARIO PREVISTO EN EL NUMERAL 12 DE LA LEY FEDERAL CONTRA LA DELINCUENCIA ORGANIZADA. LA APLICACIÓN DE ESTA MEDIDA VIOLA LAS GARANTÍAS DE LEGALIDAD, DE SEGURIDAD JURÍDICA Y DE LIBERTAD PERSONAL PREVISTAS EN LOS PRECEPTOS 14, 16 Y 18 A 20 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. El dispositivo 12 de la Ley Federal contra la Delincuencia Organizada contempla la figura del arraigo domiciliario con una doble finalidad, por una parte, facilitar la integración de la averiguación previa y, por otra, evitar que se imposibilite el cumplimiento de la eventual orden de aprehensión que llegue a dictarse contra el indiciado; sin embargo, su aplicación conlleva a

obligarlo a permanecer en un domicilio bajo la vigilancia de la autoridad investigadora, sin que tenga oportunidad de defensa, y sin que se justifique con un auto de formal prisión, hasta por el término de noventa días; por tanto, esa medida es violatoria de las garantías de legalidad, de seguridad jurídica y, primordialmente, de la de libertad personal consagradas en los artículos 14, 16 y 18 a 20 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.²⁶¹

4.2.1.2. El arraigo y la presunción de inocencia.

El artículo 20 apartado B. Fracción I de nuestra Constitución Política, así como el numeral 8.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, reconocen el derecho humano a la presunción de inocencia, en la primera como principio de justicia penal y en la segunda como derecho humano a las garantías judiciales, y lo define como “Toda persona inculpada de delito tiene derecho a que se presuma su inocencia mientras no se establezca legalmente su culpabilidad...”.

Por su parte, contamos con diversos pronunciamientos de la Suprema Corte de Justicia de Nación, tratando de definir los alcances de este principio, destacando el contenido en la tesis 1a./J. 24/2014 (10a.) dictada por la primera sala del máximo tribunal del país, que dice que la presunción de inocencia “...conlleva la prohibición de cualquier tipo de resolución judicial que suponga la anticipación de la pena”.²⁶²

Bajo estas premisas es que se sostiene debatible si el recluir a una persona en un domicilio por un periodo de tiempo determinado supone o no la anticipación de una pena, es decir si al aun no imputado, se le está tratando como delincuente o no al restringirle su libertad.

²⁶¹ Tesis I.9o.P.69 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, enero de 2008, Pág. 2756.

²⁶² Tesis 1a./J. 24/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, Abril de 2014, Pág. 497.

4.2.1.3. El arraigo como restricción a la Libertad de Tránsito.

En este rubro, la confrontación surge en razón de que los artículos 22.1 y 22.2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos consagran la el derecho de Circulación; que básicamente consiste en la libertad de las personas tanto de circular libremente por el territorio nacional como de entrar y salir de su estado cuya nacionalidad posea, con restricciones como la legal estancia en el país, prevención de infracciones penales, proteger la seguridad nacional o el orden público, moral, salud pública, o derechos de terceros.

Por su parte, antes de ser incorporado a la institución, el arraigo fue declarado inconstitucional por un tribunal federal del estado de Chihuahua que a grandes rasgos, sostuvo que "...si al arraigado se le impide salir de un inmueble es obvio que también le está prohibido salir del lugar donde se encuentre, lo que atenta contra su libertad de tránsito", interpretación por mayoría de razón que es suficiente a nuestro juicio para llevar el asunto a la Justicia Interamericana.²⁶³

Consideramos que la anterior es suficiente si bien no para pronosticar con certeza una condena al estado mexicano a la convencionalidad dela constitución interna, si para ponerla en discusión, bastara que un afectado agote los medios de defensa internos contra esta medida, que puede que sean nulos, toda vez que una vez incorporado a la constitución se vuelve inimpugnable para llevar el caso a la Comisión Interamericana de derechos Humanos.

4.2.2. La Prisión Preventiva Oficiosa como restricción a la presunción de inocencia.

El segundo párrafo artículo 19 de la Constitución Federal establece que el juez ordenará la prisión preventiva de oficio en una serie de delitos específicos que le dan poder a la autoridad jurisdiccional de que por el solo hecho de que exista la investigación de una persona por la comisión de alguno de ellos, para dictar prisión preventiva, sin que haya lugar al análisis de caso por caso, para

²⁶³ Tesis P. XXIII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, Pág. 1171.

determinar si existe o no riesgo de sustracción de la justicia, seguridad nacional, orden público o de cualquier otra índole.

Artículo 19. (...)

... El juez ordenará la prisión preventiva, oficiosamente, en los casos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud.

Si tomamos en cuenta que los alcances del principio de presunción de inocencia definidos en el sub acápite 4.2.1.2 del presente trabajo en el sentido de que la misma constituye una prohibición a las autoridades jurisdiccionales de emitir resoluciones que cualquier tipo que supongan la anticipación de la pena, el privar preventivamente de su libertad a toda persona que se le investigue por los delitos de delincuencia organizada, homicidio doloso, violación, secuestro, trata de personas, delitos cometidos con medios violentos como armas y explosivos, así como delitos graves que determine la ley en contra de la seguridad de la nación, el libre desarrollo de la personalidad y de la salud pone en duda si se le está respetando o no la presunción de inocencia.

El principio de Presunción de inocencia según Luis Gonzales Placencia "...representa uno de los pilares del proceso penal acusatorio... en sus dos acepciones, la primera como regla para el tratamiento del imputado, y la segunda, como regla del juicio, es decir como derecho del imputado, cuyo cumplimiento implica un límite para el legislador"²⁶⁴, en ese sentido es que hasta el constituyente debe fijarse en el momento de adicionar la Norma Fundamental, en el debido respeto a ese principio.

²⁶⁴ Gonzalez Placencia, Luis Armando y Estrada Gazga, Ibett, "Derechos Humanos y Sistema Acusatorio", en Estrada Michel, Rafael (Coord), *Cultura Constitucional, Cultura de libertades*, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2010, pág. 464.

La corte Interamericana de derechos humanos ya cuenta con antecedentes en el tema, que aunque se dirigen al abuso en la prisión preventiva, son totalmente aplicables cuando se habla, como en nuestro país de que en todos los casos de los que un juez federal tenga conocimiento en los delitos específicos se dictara esta medida cautelar penal.

Es una medida cautelar no punitiva, existe una obligación estatal de no restringir la libertad del detenido más allá de los límites estrictamente necesarios para asegurar que aquel no impedirá el desarrollo del procedimiento ni eludirá la acción de la justicia. En ese sentido se podrá ordenar la prisión preventiva de un imputado solo de manera excepcional y cuando, por ejemplo, no existan otras garantías que aseguren su comparecencia en el juicio.²⁶⁵

Cabe aclarar que si bien pudiera ser motivo de debate la prisión preventiva en general, en el presente trabajo estamos analizando únicamente la ofensiva contenida en el artículo 19, segundo párrafo constitucional. Así mismo, la comparación sería contra las Garantías Judiciales del pacto de San José (Art. 8.2) aun y cuando pudiera debatirse si esta medida contradice a la propia Constitución Mexicana que reconoce este derecho en similares circunstancias (Art 20, apartado B, fracc. I).

Artículo 20...

B. De los derechos de toda persona imputada:

I. A que se presuma su inocencia mientras no se declare su responsabilidad mediante sentencia emitida por el juez de la causa

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha dicho que la actuación genérica sin revisar caso por caso, como ocurre en nuestro país cuando al tratarse de delitos como la delincuencia organizada, homicidio doloso y violación, bastara

²⁶⁵ Corte IDH, Caso Usón Ramírez vs Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, número 207, párrafo 144.

con que se ponga en conocimiento de juez competente para que este dicte la medida de prisión preventiva, sin que sea posible el análisis individual²⁶⁶.

De esta forma, para que se respete la presunción de inocencia al ordenarse medidas restrictivas de la libertad, es preciso que el Estado fundamente y acredite, de manera clara y motivada, según cada caso concreto, la existencia de los referidos requisitos exigidos por la Convención. Proceder de otro modo equivaldría a anticipar la pena, lo cual contraviene los principios generales del derecho, ampliamente reconocidos, entre ellos, el principio de presunción de inocencia.

4.2.3. La prohibición a la reinstalación de Policías y la igualdad ante la ley.

En los últimos meses ha surgido un nuevo debate sobre la restricción constitucional al derecho al trabajo consagrado en el propio artículo 123 de la Constitución, sin embargo, este derecho si bien está reconocido por otros tratados internacionales, no aparece de manera expresa en la Convención Americana, por lo que enfocaremos nuestro estudio a una posible violación indirecta a otro derecho si consagrado en la misma, la igualdad ante la ley (Art. 24).

ARTÍCULO 24.- Igualdad ante la Ley

Todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Haciendo una interpretación de la intención de los estados al suscribir este artículo en la Convención, debe entenderse como que a personas en condiciones iguales o similares, la ley debe otorgarles la misma protección.

Por su parte el artículo 123, apartado B, Fracción XIII de nuestra carta magna establece una restricción al derecho del trabajo de los agentes del ministerio público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de os tres niveles de gobierno

²⁶⁶ *Ídem.*

XIII. (...)

Los agentes del Ministerio Público, los peritos y los miembros de las instituciones policiales de la Federación, las entidades federativas y los Municipios, podrán ser separados de sus cargos... Si la autoridad jurisdiccional resolviere que la separación, remoción, baja, cese o cualquier otra forma de terminación del servicio fue injustificada, el Estado sólo estará obligado a pagar la indemnización y demás prestaciones a que tenga derecho, sin que en ningún caso proceda su reincorporación al servicio, cualquiera que sea el resultado del juicio o medio de defensa que se hubiere promovido.

Lo anterior constituye una prohibición expresa de reinstalar a estas personas en sus trabajos aun y cuando la autoridad jurisdiccional competente resolviere que el cese en cuestión es contrario a las disposiciones aplicables. Debiendo entender que todos los trabajadores de la iniciativa privada así como aquellos al servicio del estado cuando sean separados injustificadamente de su trabajo pueden exigir el derecho a la reinstalación conforme al artículo 48 de la Ley Federal del Trabajo, todos excepto los agentes del Ministerio Público, peritos y policías de los tres niveles de gobierno.

Según lo anterior tenemos las siguientes premisas: primeramente existe un derecho humano a la igualdad ante la ley, consagrado por la Convención Americana de Derechos Humanos (Art. 24), luego existe un trato diferenciado por razón de actividad entre los trabajadores, agentes del Ministerio Público, peritos y policías, al servicio del estado y el resto de la comunidad laboral en el país; entonces, para considerar que no existe un trato desigual a personas en situación similar es necesario analizar las características que posean estos trabajadores que no las tengan los demás, tales como el manejo de información delicada o simplemente la confianza que el estado debe tener en los mismos.

Lo anterior a nuestro juicio resulta insuficiente para considerar justo el trato diferenciado en virtud de que si bien, estos trabajadores si manejan este tipo de

información y el estado debe tenerles confianza, el contenido del párrafo en cuestión ignora tajantemente la determinación judicial de que la causa originaria del cese no fue acreditada, es decir, que se trató de un cese injustificado, por lo que la confianza no debería ser afectada por esa circunstancia, constituyéndose entonces una violación a la igualdad jurídica que podría ser analizada en la justicia Interamericana.

4.3. La condena a la modificación de la constitución mexicana como Pronóstico a mediano Plazo.

De acuerdo con el Juez de la Corte Interamericana de Derechos Humanos Antônio Augusto Cançado Trindade las constituciones que contravengan a un tratado Internacional como lo es la Convención Interamericana de Derechos humanos, comprometen a su estado a responder por una responsabilidad internacional, no solo en un momento determinado, sino de manera prolongada en tanto no se corrija el vicio de convencionalidad:²⁶⁷

- *cuarto*, cualquier norma de derecho interno, independientemente de su rango (constitucional o infraconstitucional), puede, por su propia existencia y aplicabilidad, *per se* comprometer la responsabilidad de un Estado Parte en un tratado de derechos humanos;
- *quinto*, la vigencia de una norma de derecho interno, que *per se* crea una situación legal que afecta los derechos protegidos por un tratado de derechos humanos, constituye, en el contexto de un caso concreto, una violación *continuada* de dicho tratado;

Esta opinión coincide con la sostenida por Sergio García Ramírez y Mauricio Iván del Toro Huerta cuando se refieren a la obligatoriedad moral y jurídica de las sentencias de la Corte Interamericana para efectos de su ejecución.

Es importante examinar la ejecución de las resoluciones de la Corte

²⁶⁷Cançado Trndade, Antonio Augûsto, Caso "La última Tentación...", *op. cit.*, Pág. 15.

Interamericana. Obviamente, la jurisdicción sobre derechos humanos sería puramente nominal y estéril si sus decisiones se quedaran al garete, sujetas a la buena voluntad de los destinatarios. No se trata de consejos, opiniones o sugerencias, sino de verdaderas sentencias, exactamente iguales a las que emiten los tribunales nacionales: deben ser cumplidas. Tal es el compromiso de los Estados y tal es, en consecuencia, el deber que tienen.²⁶⁸

Lo anterior se corrobora con los precedentes en este trabajo analizados, donde la referida Corte ha condenado expresamente a la modificación de textos constitucionales de estados parte en la Convención. Además cabe mencionar que las únicas reservas que antepuso el estado Mexicano al contenido de la Convención Americana sobre Derechos Humanos lo fue sobre la entonces obligada privacidad de culto religioso.²⁶⁹

En este sentido podemos concluir que la constitución, en lo que a derechos humanos se refiere, se ha convertido en parte del parámetro de control, y esa resistencia del estado mexicano a aplicar tratados de los que, en ejercicio de su soberanía ya forma parte, con reservas mínimas, queda fuera de contexto, el fenómeno de la globalización tiene efectivamente alcances más allá de lo económico, alcanzando al derecho al grado de afectar la interpretación constitucional.²⁷⁰

²⁶⁸ García Ramírez, Sergio, y Toro Huera, Mauricio Iván del, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2607/4.pdf>.

²⁶⁹ Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, Organización de Estados Americanos en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>.

²⁷⁰ Véase Carbonell, Miguel, *La Constitución Pendiente...*, *op. cit.*, pág. 21.

CONCLUSIONES.

Tal y como se expuso en la introducción del presente trabajo procedemos a establecer los siguientes postulados que derivados del análisis documental base de la presente investigación manejamos como conclusivos.

PRIMERA. Existen dos perspectivas para definir constitución, la primera, en sentido estricto, se limita al ordenamiento interno fundamental de un país, y la segunda, en sentido amplio, incluye las normas que por ministerio de la primera deben ser incluidas como parte de ella tal es el caso de nuestra Carta Magna que reconoce, e incluye para sí, las normas internacionales en materia de Derechos Humanos.

SEGUNDA. No obstante lo anterior, la constitución en sentido amplio está supeditada a las restricciones de la constitución en sentido estricto, por lo que las normas internacionales en materia de derechos humanos se encuentran por debajo de tales restricciones, es decir, los derechos Fundamentales consagrados en la constitución, así como los establecidos en Tratados Internacionales conforman el bloque de constitucionalidad, sin embargo cuando la constitución interna establezca restricciones a los mismos, se estará a lo establecido en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

TERCERA. Los principios de interdependencia e indivisibilidad, abordados de manera indirecta al tocar los temas de los derechos de igualdad y libertad, ligan a todos y cada uno de los derechos fundamentales, de tal suerte que con cambiar la perspectiva de estudio, pueden verse en una u otra clasificación.

CUARTA. La dignidad humana es la columna vertebral de los derechos fundamentales y constituye la base del neoconstitucionalismo y de la posibilidad de anteponer un derecho humano por encima de la constitución.

QUINTA. Con la reforma constitucional de 2011 en materia de derechos fundamentales se crea la figura de restricción de derechos fundamentales, facultando al estado para limitarlos en caso de emergencia y no necesariamente

de suspenderlos totalmente.

SEXTA. El procedimiento de reforma constitucional en España es menos rígido que el mexicano, sin embargo España, culturalmente demuestra ser más cuidadosa al momento de reformar su constitución.

SÉPTIMA. El procedimiento de incorporación y derogación de un tratado internacional al sistema jurídico español es menos rígido que el de reforma constitucional pero más que el de reforma a leyes ordinarias, razón por la cual la doctrina le da a los tratados internacionales un valor supra legal pero infra constitucional.

OCTAVA. España cuenta, con el control previo de constitucionalidad, con una ventaja en comparación con México al momento de incorporar un tratado internacional a su derecho interno, sin embargo este control no puede ser ejercido por un particular, sino su acceso se encuentra limitado al poder público. No obstante lo anterior, se consideraría un avance incorporar a su legislación la posibilidad de interponer al menos el recurso de amparo en manos del ciudadano para impugnar una norma general *latu sensu*.

NOVENA. En el no concebido caso de que se incorporara al derecho interno un tratado internacional contrario a la constitución, España no cuenta actualmente con un mecanismo de derecho interno que permita su declaratoria de inconstitucionalidad por lo que sería necesario acudir a tribunales constitucionales donde prevalecería, en el caso que nos ocupa, el mayor beneficio al derecho fundamental reconocido. México por su parte si tiene, depositado en manos de cualquier ciudadano ya sea como ente individual o colectivo, el juicio de amparo, que puede llevar como conclusión la declaratoria general de inconstitucionalidad o convencionalidad de una norma general. No obstante lo anterior, cuando hablamos de confrontar un tratado internacional y la constitución general de la república, la Suprema Corte de Justicia de la Nación ha determinado que será el texto constitucional el que prevalezca, lo que genera un problema, pues se limita , en virtud de restricciones constitucionales, el ejercicio de los derechos

fundamentales.

DÉCIMA. En razón de lo expuesto en el párrafo anterior surge la necesidad de modificar el procedimiento de incorporación de un tratado internacional, para dar participación al congreso de la unión completo, además de la incorporación del control previo de constitucionalidad al sistema jurídico mexicano, y así proteger tanto la soberanía como la supremacía constitucional. El control previo propuesto deberá culminar ya sea con la renuncia de nuestro país al tratado que se analice, la ratificación del mismo, la interposición de reservas o la modificación de la constitución para volverla acorde al tratado.

DÉCIMA PRIMERA. Existe una marcada resistencia del estado mexicano a acatar una sentencia internacional que le ordene modificar su constitución, tan es así que ha emitido criterios jurisprudenciales que jerarquizan las restricciones constitucionales en un nivel superior a las disposiciones contenidas en tratados internacionales aun y cuando estas se refieran a derechos humanos.

DÉCIMA SEGUNDA. Los estados parte en la Convención Americana de Derechos Humanos, incluido México, independientemente de la flexibilidad o rigidez para incluirlo en su derecho interno, que ratificaron, en ejercicio plenos de su soberanía, el contenido del Pacto de San José, así como la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, se encuentran obligados a cumplirlo en todas sus partes, incluyendo la adopción de medidas legislativas internas, incluyendo constitución, para respetar y garantizar el ejercicio de esos derechos.

DÉCIMA TERCERA. Existen al menos dos antecedentes donde la Corte Interamericana de Derechos Humanos donde se ha condenado a estados parte a la adopción de medidas legislativas y constitucionales para adecuar las al contenido de la convención y así garantizar el respeto de los derechos humanos en ella contenidos.

DÉCIMA CUARTA. En la constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos existen al menos tres restricciones constitucionales que seguramente acabarán

siendo analizadas por la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

DÉCIMA QUINTA. Como pronóstico México será condenado en mediano plazo a adoptar nuevamente, medidas legislativas y constitucionales para adecuarse a la Convención Americana sobre Derechos Humanos.

DÉCIMA SEXTA. La justicia internacional en defensa de los Derechos Humanos solo eficaz en la medida de la aceptación de los estados al sistema interamericano, y la Corte Interamericana, solo puede ejercer presión política para el acatamiento de sus resoluciones.

En razón de lo anteriormente expuesto se exponen las siguientes:

PROPUESTAS.

Con base en la flexibilidad existente en la incorporación de los tratados internacionales al sistema jurídico mexicano, se propone reformar el artículo 73, derogar el segundo párrafo de la fracción I del artículo 76 y adicionar una fracción (IV) al artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos para quedar como sigue:

Artículo 73. El Congreso tiene facultad:

- I. (...)
- II. Para aprobar los Tratados Internacionales y convenciones diplomáticas que el Ejecutivo Federal suscriba, así como su decisión de terminar, denunciar, suspender, modificar, enmendar, retirar reservas y formular declaraciones interpretativas sobre los mismos.

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria, de los asuntos siguientes:

- I. (...)
- II. (...)

III. (...)

IV. De los planteamientos de control previo de Constitucionalidad, de acuerdo con la ley que para el efecto se expida, se sometan a su jurisdicción, en relación con los tratados internacionales que pretendan incorporarse al sistema jurídico nacional, de acuerdo con las siguientes reglas:

- a) Los planteamientos a los que se refiere la presente fracción podrán ejercitarse, dentro de los treinta días naturales siguientes a la fecha de ratificación la norma internacional, por el equivalente al treinta y tres por ciento ya sea de los integrantes de la Cámara de Diputados del Congreso de la Unión, el equivalente al treinta y tres por ciento de los integrantes del Senado, el equivalente al cincuenta por ciento más uno de los integrantes de alguna de las Legislaturas de las entidades federativas, o la Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- b) La única vía para plantear la figura del control previo de constitucionalidad, es la prevista en la presente fracción.
- c) Las resoluciones de la Suprema Corte de Justicia sólo podrán declarar la invalidez de las normas internacionales impugnadas, siempre que fueren aprobadas por una mayoría de cuando menos ocho votos.
- d) Las sentencias dictadas por la Suprema Corte de Justicia podrán declarar la constitucionalidad o inconstitucionalidad de la norma internacional sometida a su jurisdicción. En este último caso, el Congreso de la Unión tendrá treinta días hábiles para determinar si denuncia el tratado, formula una reserva o declaración interpretativa que adecue el contenido de la norma al de la constitución vigente, o iniciar el procedimiento de reforma constitucional establecido en el artículo 135 de esta Constitución con el fin de adecuar esta última al contenido del tratado.

En caso de que el Tratado internacional sea declarado constitucional o que por algún motivo de acuerdo con la ley no se conozca del fondo del asunto, el ejecutivo federal procederá a publicarlo.

- e) La Suprema Corte de Justicia vigilará el cumplimiento de su fallo, y en caso de no cumplirse el mismo decretará de oficio la declaratoria general de inconstitucionalidad.

Así mismo, se propone la expedición de una ley reglamentaria autónoma que regule el control previo de la constitucionalidad estableciendo las reglas secundarias de los incisos a), b), c), d) y e) de la fracción IV del artículo 105 de la Constitución Política de los estados Unidos Mexicanos, en términos similares a las leyes reglamentarias ya existentes de dicho numeral, constituyéndose un nuevo medio de control jurisdiccional de la constitución.

La ley relativa habrá de regular los términos no expuestos expresamente en la reforma constitucional planteada en la presente tesis, sin perjuicio de que se haga referencia a los que si se han mencionado, establecerá las bases para cada una de las etapas del procedimiento relativo al control previo, con una interdependencia con los derechos humanos formales como lo son la legalidad, seguridad jurídica y debido proceso.

REFERENCIAS BIBLIOGRÁFICAS

BIBLIOGRAFÍA.

ALEXY, Robert, “Derechos sociales fundamentales”, en CARBONELL, Miguel, et. al. (Comp.), *Derechos sociales y derechos de las minorías*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.

- - -, “Los derechos fundamentales en el estado constitucional democrático”, en CARBONELL, Miguel (Editor), *Neoconstitucionalismo*, 3ª edición, México, Trotta, 2006.

- - -, Traducción de Carlos Bernal Pulido, *Teoría de los Derechos fundamentales*, 2ª Edición, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, Colección: El derecho y la Justicia, 2007.

ARTEAGA NAVA, Elisur y TRIGEROS GAISMAN, Laura, *Derecho Constitucional*, México, Oxford University Press, Volumen 2, 2000.

ASTUDILLO CESAR, *El Bloque y el Parámetro de Constitucionalidad en México*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

BELLAMY, Richard, traducción de Jorge URDENOZ GANVEA y Santiago GALLEGO, *Constitucionalismo político, una defensa republicana de la constitucionalidad de la democracia*, Madrid, Marcial Roy, Colección: Filosofía y derecho, 2010.

BENAVENTE CHORRES, Hesbert, *La investigación judicial y el control de convencionalidad en el proceso penal, Concepto y modalidades*, España, Bosch, 2012.

BERLIN, Isaiah, *Cuatro ensayos sobre la libertad*, Madrid, Alianza Editorial, 2000.

BIBLIOTECA DE LEGISLACIÓN, *Constitución y Tribunal Constitucional*, 29ª Edición, Pamplona, Civitas/Thomson Reuters, 2013.

BOBBIO, Norberto, *Teoría General de la Política*, Madrid, Trotta, 2003.

BOLAÑOS ENRÍQUEZ, Tania Gicela, “Aportes de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en los Procesos de Justicia Transicional en América latina”, en TÉLLEZ CARVAJAL, Evelin, et al. (Coords.), *Derecho*

- Internacional en la Práctica latinoamericana*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Tirant lo Blanch, 2014.
- BUEN L. Néstor del, *Derecho procesal del trabajo*, 19ª edición, 1ª Reimpresión, México, Porrúa, 2001.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, *Derecho Constitucional Mexicano*, 20ª edición, 1ª reimpresión, México, Porrúa, 2010.
- - -, *Diccionario de derecho constitucional garantías y amparo*, México, Porrúa, 1984.
- - -, *La Reformabilidad de la Constitución Mexicana de 1917*, México, Universidad Autónoma de México, 2007.
- CABALLERO OCHOA, José Luis, “La cláusula de interpretación conforme y el principio pro persona (artículo 1º segundo párrafo de la constitución)” en CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR, Pedro (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos, un nuevo paradigma*, México Distrito Federal, Porrúa y Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- CALVO VIDAL, Félix M., *La Jurisprudencia. ¿Fuente del derecho?*, España, Lex nova, 1992.
- CAMARGO GONZÁLEZ, Ismael y LÓPEZ SÁNCHEZ, Francisco, “La argumentación jurídica y los neoparadigmas del derecho”, en CAMARGO GONZÁLEZ, ISMAEL, et Ali (Coords.) *La argumentación jurídica y los nuevos paradigmas del derecho*, México D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- CANÇADO TRNDADE, Antonio Augûsto, Caso “La última Tentación de Cristo”, voto concurrente, en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nld_expediente=26&lang=es.
- CARBONELL SÁNCHEZ, *El abc de los derechos humanos y del control de convencionalidad*. México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2014.

- - -, *La Constitución Pendiente. Agenda Mínima de Reformas Constitucionales*, Serie Estudios Jurídicos, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2000.
- - -, Carbonell, Miguel, “Las obligaciones del estado en el artículo 1º de la Constitución Mexicana”, en Carbonell, Miguel y Pedro Salazar, (Coord.), *La reforma constitucional de Derechos Humanos, Un nuevo paradigma*, México, Porrúa-Universidad Nacional Autónoma de México, 2012.
- - -, *Los derechos fundamentales en el paradigma neoconstitucional*, México, Oxford, 2010.
- - -, *Los derechos fundamentales en México*, México, Porrúa Y Comisión Nacional de los Derechos Humanos, 2004.
- - -, *Notas para un Estudio del derecho a la alimentación y el derecho al agua*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.
- - -, Prologo, en Ávila Santamarina, Ramiro (Editor), *Neoconstitucionalismo y Sociedad*, Ecuador, Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- - -, *Teoría de los derechos humanos y del control de convencionalidad*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2003.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel et. al., (comps.), *Derecho Internacional de los Derechos Humanos, Textos Básicos*, 2ª Edición, México, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Porrúa, 2003, t. II.

CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel y SALAZAR Pedro (Eds.), “¿Por qué la Unión Europea necesita un marco Constitucional”, en HABERLE, Peter, et. al., *La constitucionalización de Europa*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, Serie: Estudios Jurídicos, Núm. 65.

CARMONA TINOCO, Jorge Ulises, “La reforma y las normas de Derechos Humanos previstas en los Tratados Internacionales”, en Carbonell, Miguel y Salazar, Pedro (Coords.), *La Reforma Constitucional de Derechos Humanos. Un Nuevo Paradigma*, México, Universidad Nacional Autónoma de México, 2011.

- CARPIO, Edgar, apud CARBONELL SÁNCHEZ, Miguel, Óp. Cit., Págs. 130-132.
- CARRANCO ZÚÑIGA, Joel, *Juicio de Amparo, Inquietudes Contemporáneas*, México, Porrúa, 2005.
- CASSESE, Antonio, *Los Derechos Humanos en el Mundo contemporáneo*, Barcelona, Ariel, 1991.
- CASTAÑEDA HERNÁNDEZ, Mireya, *El Control de las Reformas Constitucionales en México*, Tesis Profesional, México, UNAM, 2005.
- CASTILLO DEL VALLE, Alberto del, *Introducción básica al derecho procesal mexicano*, México, EJA, 2008.
- CAZORLA PRIETO, Luis Maria, et. al., *Temas de derecho constitucional*, Madrid, Aranzandi, 2000.
- CENTRO DE ESTUDIOS CONSTITUCIONALES, *Constitución española, edición comentada*, Madrid, Centro de estudios constitucionales, 1979.
- CHACÓN TRIANA, Nathalia et al., Eficacia del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, Bogotá DC., Universidad Católica de Colombia, 2015, pág. 122.
- CUEVA, Mario de la, *Derecho Mexicano del Trabajo*, 5ta edición, México, Porrúa, 1970, t.1.
- FÉLIX BÓRQUEZ, Martha Olivia, "Análisis del control difuso de convencionalidad en materia de derechos humanos. postura de la Suprema Corte de Justicia de la Nación", en CAMARGO GONZÁLEZ, ISMAEL, et Ali (Coords.) *La argumentación jurídica y los nuevos paradigmas del derecho*, México D.F., Flores Editor y Distribuidor, 2012.
- FERNÁNDEZ DE CASADEVANTE ROMANÍ, Carlos, (Coord.), *Las normas internacionales de derechos humanos en el orden interno español; derecho internacional de derechos humanos*, 2ª edición, Madrid, Dilex, 2003.
- FERNANDEZ PONS, Javier, *La OMC y el derecho internacional, un estudio sobre el sistema de solución de diferencias de la OMC y las normas secundarias del derecho internacional general*, Madrid, Derecho, Economía y Globalización, Colección: Marcial Pons, 2006.

- FERRER, MAC-GREGOR, Eduardo, "Interpretación conforme y control difuso de convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano", en CARBONELL, Miguel, y SALAZAR Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624.
- FIX-ZAMUDIO, Héctor y VALENCIA CARMONA, Salvador, *Derecho constitucional mexicano y comparado*, México, Porrúa-UNAM, 2003.
- FUNDACIÓN TOMÁS MORO, *Diccionario Jvífico*, Madrid, Espasa Calpe, 1991.
- GARBERÍ LLOBREGAL, J. y MORENILLA ALLARD, P., *Convenio Europeo de Derechos Humanos y Jurisprudencia del Tribunal Europeo relativa a España*, Barcelona, Bosch, 1999.
- GARCÍA, RAMÍREZ, Sergio, "Reparaciones de fuente internacional por violación de derechos humanos. (sentido e implicaciones del párrafo tercero del artículo 1o. constitucional bajo la reforma de 2011)", en CARBONELL, Miguel, y Salazar Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624.
- GONZALEZ PLACENCIA, Luis Armando y Estrada Gazga, Ibett, "Derechos Humanos y Sistema Acusatorio", en Estrada Michel, Rafael (Coord), *Cultura Constitucional, Cultura de libertades*, Secretaría Técnica del Consejo de Coordinación para la Implementación del Sistema de Justicia Penal, 2010.
- HERNÁNDEZ, CRUZ, Armando, *Los derechos políticos sociales y culturales y su justiciabilidad en el derecho mexicano*, México, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2010.
- HERRERÍAS CUEVAS, Francisco, *Control de Convencionalidad y Efectos de las Sentencias*, México, Ubijus, 2011.
- JUÁREZ PÉREZ, J. Jesús. "El poder revisor de la constitución a la luz de la doctrina y la legislación", *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, San Luis Potosí, México, Número 6, 1998.

- LAPORTA, Francisco J., "El principio de igualdad: Introducción a su análisis", *Sistema*, Madrid, Núm. 67, 1985.
- LÓPEZ BETANCOURT, Raúl Eduardo, *Derecho Constitucional*, México, EURE Editores, 2006.
- OLLERO, Carlos, *Derecho y teoría política en el proceso constituyente español*, Madrid, Centro de Estudios constitucionales, 1986.
- OVALLE FAVELA, José, *Teoría General del Proceso*, 5ª edición, México, Oxford, Colección Textos jurídicos universitarios, 2001.
- PELÁEZ FERRUSCA, Mercedes, "Criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de restricciones a la Libertad: la detención y el arraigo", en García Ramírez, Sergio, *et al.* (Coords), *Criterios y Jurisprudencia Interamericana de Derechos Humanos: Influencia y Repercusión en la Justicia Penal*, Universidad Nacional Autónoma de México, Instituto de Formación Profesional de la Procuraduría General de Justicia del Distrito Federal, 2014.
- PÉREZ HER, Fernanda, *Derecho Constitucional*, México, Porrúa, 1999.
- PÉREZ ROYO, Javier, *Curso de Derecho Constitucional*, España, Marcial-Pons, 1996.
- PINA, Rafael de, y PINA VARA, Rafael de, *Diccionario de Derecho*, México, PORRÚA, 2003.
- PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN, *¿Qué son las acciones de inconstitucionalidad?*, México, Poder Judicial de la Federación, 2001.
- PRIETO SANCHIS, Luis, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Madrid, Trotta, 2003.
- QUERALT JIMENEZ, Argelia, *El Tribunal de Estrasburgo: Una Jurisdicción Internacional para la protección de los Derechos Fundamentales*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2003.
- RAMIREZ GRONDA, Juan D., *Derecho Constitucional*, 11ª Edición, Argentina, Claridad, 1994.

- RODRÍGUEZ ALCALÁ, Diego Moreno, *Control judicial de la ley y derechos fundamentales, una perspectiva crítica*, Madrid, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 2011, colección Estudios Constitucionales.
- RUIZ MANTEA, Rafael, et. al., *Introducción al derecho constitucional*, España, Trotta, 1994, Colección: Estructuras y procesos, serie de derecho.
- SALAZAR, Pedro, “Del estado de excepción a la suspensión constitucionalizada. Reflexiones sobre la reforma al artículo 29 de la constitución mexicana”, en CARBONELL, Miguel, y SALAZAR Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624.
- SALTALAMACHIA, ZICCARDI, Natalia, y COVARRUBIAS VELASCO, Ana, “La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos”, en CARBONELL, Miguel, y SALAZAR Pedro (Coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de Mexico, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624.
- SILVA MEZA, Juan N., “El artículo 103 constitucional y el cumplimiento del Caso *Radilla*: el nuevo parámetro de validez constitucional y convencional”, en TAFOYA HERNÁNDEZ J. Guadalupe (Coord), *Elementos para el Estudio del Juicio de Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017.
- SUÁREZ CAMACHO, Humberto, *El sistema de Control constitucional en México*, México, Porrúa, 2007.
- SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Bloque de constitucionalidad en México*, México, Comisión de derechos humanos del Distrito Federal, Suprema corte de Justicia de la Nación, Naciones Unidas derechos humanos, oficina del alto comisionado.
- TRUEBA, URBINA, Alberto, *Derecho Social Mexicano*, México, Porrúa, 1978.
- VALADEZ, Diego, *Los cambios constitucionales*, México, IJJ-UNAM, 1971.

- VALENCIA, BELTRÁN, Guadalupe de Jesús, *La Procedencia del Juicio de Amparo Contra Reformas Constitucionales, Tesis de Maestría en Ciencias del Derecho*, México, Universidad Autónoma de Sinaloa, 2013.
- VÁSQUEZ, Luis Daniel, y Serrano Sandra, “Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica”, en CARBONELL, Miguel, y SALAZAR Pedro (coords), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*, México, Porrúa, Universidad Nacional Autónoma de México, 2012, Serie: doctrina jurídica, Núm. 624.
- VEGA, Pedro de, *La Reforma Constitucional y la Problemática del Poder Constituyente*, España, Tecnos, 1985.
- ZALDIVAR LELO DE LARREA, Arturo, “Bloque de constitucionalidad: contradicción de tesis 923/2011”, en TAFOYA HERNÁNDEZ J. Guadalupe (Coord), *Elementos para el Estudio del Juicio de Amparo*, Suprema Corte de Justicia de la Nación, México, 2017.

HEMEROGRAFÍA

- BREWER-CARIAS, ALLAN R., “Poder Constituyente Originario y Asamblea General Constituyente”, *Jurídica Venezolana*, Venezuela, 1999.
- BURGOA ORIHUELA, Ignacio, “El amparo y las Reformas Constitucionales”, *Equiprudencia*, México, Primera época, Año 1, Número 2, junio 1997.
- DIMAS, Juan José, “Constituciones de fin de siglo. Constitución de la República oriental del Uruguay de 1997”, *Boletín Informativo. Asociación Argentina de Derecho Constitucional*, Argentina, Número 169, Mayo, 2000.
- FÉLIX CÁRDENAS, Rodolfo, 2012 “El arraigo y su aplicación en el nuevo sistema acusatorio”, *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*, México, año X, número 2, febrero.

- FERRER, MAC-GREGOR, Eduardo, “Eficacia de la Sentencia Interamericana y la cosa juzgada internacional. Vinculación directa hacia las partes (Res judicata)”, *Revista del Instituto de la Judicatura Federal*, año 20136, Núm. 35.
- GARCÍA-ATANCE GARCÍA, María Victoria, “La Reforma Constitucional y las Clausulas de Intangibilidad”, *Revista de Derecho Político*, Número 37, España, 1992.
- GUTIERREZ, Juan Carlos y CANTÚ, Silvano, 2012, “El arraigo y la seguritización de la justicia penal”, *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*, México, Año X, Número 2, Febrero.
- GÓMEZ ISA, Felipe, “Ley de tratados y otros acuerdos internacionales: una nueva regulación para diciplinar una práctica internacional difícil de ignorar”, *Revista Española de Derecho Internacional*, Madrid, Volumen 67/I enero-junio de 2015.
- HERNÁNDEZ VALLE, RUBÉN, “El poder Constituyente Derivado y los Límites Jurídicos del Poder de Reforma constitucional”, *Revista Española de Derecho Constitucional*, España, Año 13, Número 37, enero-abril, 1993.
- HUMAN RIGHTS WATCH, “México debería abolir el arraigo”, 2012, *Dfensor. Revista de Derechos Humanos*, México, año X, número 2, febrero.
- JORGE, PRATS, Eduardo, “La efectividad y la eficacia como principios rectores de las tutelas jurisdiccional y administrativa de los derechos fundamentales”, *Revista iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 2010, Núm. 13, Enero-Junio 2010.
- JUÁREZ PÉREZ, J. Jesús, “El poder revisor de la constitución a la luz de la doctrina y la legislación”, *Revista del Instituto de Investigaciones Jurídicas*, San Luis Potosí, México, Número 6, 1998.

PERALTA MARTÍNEZ, RAMÓN, “Sobre el Poder Constituyente y la rigidez constitucional”, *Pensamiento Constitucional*, Perú, Año XII, Número 12, abril 2007.

TAPIA VALDEZ, JORGE, “Límites Metajurídicos del Poder Constituyente Originario”, *Corpus Iuris Regionis, Revista Jurídica Regional y Andina*, Chile, Año 9, Número 9, 2009.

DOCUMENTOS LEGISLATIVOS.

CHILE, Constitución Política de la República de Chile, 1980.

DECRETO por el que se modifica la denominación del Capítulo I del título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución política de los Estados Unidos Mexicanos, Diario Oficial de la Federación, 10 de Junio de 2011, Edición Matutina, Primera Sección.

ESPAÑA, *Decreto 801/1972, de 24 de marzo, sobre ordenación de la actividad de la Administración del Estado en materia de Tratados Internacionales*, Boletín Oficial del estado, núm. 85, 8 de abril de 1972.

- - -, *Ley 25/2014, de 27 de noviembre, de Tratados y otros Acuerdos Internacionales*, Boletín Oficial del estado, núm. 288, 28 de noviembre de 2014, Sec. I.

- - -, *Ley Orgánica 2/1979, de 3 de octubre, del Tribunal Constitucional*, Boletín Oficial del Estado, Núm. 239, de 5 de Octubre de 1979

MÉXICO, *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 5 de Febrero de 1917.

- - -, Código de Justicia Militar, 1933.

- - -, *Decreto por el que se modifica la denominación del Capítulo I del Título Primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 10 de Junio de

2011, Edición matutina

- - -, *Ley de amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*, Diario Oficial de la Federación, 2 de abril de 2013.

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana Sobre Derechos Humanos, Diario Oficial de la Federación, 7 de Mayo de 1981

REPÚBLICA DOMINICANA, Constitución de la República Dominicana, 2010.

JURISPRUDENCIA

CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. Voto concurrente Razonado de Sergio García Ramírez en el caso *Tibi vs Ecuador*, resuelto el 7 de Septiembre de 2004, párrafo 3.

- - -, Caso “Usón Ramírez vs Venezuela”, Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, número 207.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, Voto concurrente Razonado en el caso *Tibi vs Ecuador*, resuelto el 7 de Septiembre de 2004.

SENTENCIA del Honorable Juez Primero de Distrito en Materia Administrativa del Distrito Federal en el juicio de amparo 1494/2011.

SENTENCIA del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 290/2011.

TESIS 1a./J. 24/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Tomo I, Abril de 2014, pág. 497.

TESIS I.9o.P.69 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, t. XXVII, enero de 2008, Pág. 2756.

- TESIS I.9o.P.69 P, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Tomo XXVII, Enero de 2008, pág. 2756.
- TESIS III.4o.(III Región) 5 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, Tribunales Colegiados de Circuito, Tesis Aislada Constitucional, Tomo 5, Libro IV, Enero de 2012, Pág. 4320.
- TESIS P. XVI/2015 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 22, Septiembre de 2015, Tomo I, pág. 237.
- TESIS P. XXIII/2006, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Novena Época, Tomo XXIII, Febrero de 2006, pág. 1171.
- TESIS P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, Abril de 2014, Tomo I, Pág. 202.
- TESIS P./J. 20/2014 (10a.), *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 5, abril de 2014, tomo I, Pág. 202.
- TESIS P.LXV-2009, *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Novena época, Pleno, Tesis aislada constitucional, Tomo XXX, Diciembre de 2009, pág. 8.
- TESIS V.3oPa.J/6 (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, Libro 39, Febrero 2017, Tomo III, pág. 2058.
- TESIS: 1a. CLXXVI/2012 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XI, Agosto de 2012, Tomo 1, pág. 482.
- TESIS: 2a./J. 119/2014 (10a.), *Semanario Judicial de la Federación, y su gaceta*, Décima Época, 2ª Sala, Jurisprudencia Constitucional, Libro 24, Noviembre de 2015, Tomo II, Pág. 1299.
- TESIS: I.2o.C.3 K (10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, Décima Época, libro 3, Febrero de 2014, Tomo III, Pág. 2353.

TESIS: III.4o.(III Región) 1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Libro IV, Tomo 5, Enero de 2012, Pág. 4321.

TESIS: P./J.20/2014 (10ª.), *Semanario Judicial de la Federación y su gaceta*, Décima Época, Pleno, Jurisprudencia Constitucional, Libro V, Abril de 2014, Tomo I, Pág. 202.

TESIS: XVIII.3o.1 K (10a.), *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Décima Época, Décima época, Libro VII, Abril de 2012, Tomo 2, Pág. 1838.

DOCUMENTOS ELECTRÓNICOS.

CONFERENCIA MUNDIAL DE DERECHOS HUMANOS, *Declaración y programa de acción de Viena*, Viena, Pág. 23, en http://www.ohchr.org/Documents/Events/OHCHR20/VDPA_booklet_Spanish.pdf.

CORTE IDH, “de Personas Dominicanas y Haitianas Expulsadas Vs República Dominicana”, en http://www.corteidh.or.cr/docs/medidas/haitianos_se_01.doc, Pág. 172.

CORTE IDH, Caso “La última Tentación de Cristo”, Cumplimiento de Sentencia, en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nId_expediente=26&lang=es, Pág. 4.

CORTE IDH, Caso Usón Ramírez vs Venezuela. Excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, Sentencia del 20 de noviembre de 2009, serie C, número 207, párrafo 144.

CORTE IDH, *Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre en el marco del artículo 64 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos*, Opinión Consultiva OC-10/89 del 14 de Junio de 1989, Serie A, Número 10, párrafos 43 y 45.

CORTE IDH, *Propuesta de modificación a la Constitución Política de Costa Rica relacionada con la naturalización*, Opinión Consultiva OC-4/84 del 19 de enero de 1984, Serie A, Número 4, pág. 20, en http://www.corteidh.or.cr/docs/opiniones/seriea_04_esp.pdf.

GARCÍA RAMÍREZ, Sergio, y Toro Huera, Mauricio Iván del, "México y la Corte Interamericana de Derechos Humanos", en <https://archivos.juridicas.unam.mx/www/bjv/libros/6/2607/4.pdf>.

INICIATIVA DE REFORMA CONSTITUCIONAL EN MATERIA DE IMPARTICIÓN DE JUSTICIA LABORAL, en https://www.gob.mx/cms/uploads/attachment/file/87471/JUSTICIA_LABORAL__CONSTITUCIONAL_.pdf

ORGANIZACIÓN DE ESTADOS AMERICANOS, Convención Americana sobre Derechos Humanos, 1969, en <http://www.ordenjuridico.gob.mx/TratInt/Derechos%20Humanos/D1BIS.pdf>.

OXFORD DICTIONARIES, en <https://en.oxforddictionaries.com/>.

ROUX RENGIFO, Carlos Vicente de, Caso "La última Tentación de Cristo", Voto Razonado, en http://www.corteidh.or.cr/cf/jurisprudencia2/ver_expediente.cfm?nld_expediente=26&lang=es, Pág. 1.

SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN, *Los medios de control de la constitucionalidad*, <http://www.scjn.gob.mx/sitecollectiondocuments/portal/SCJN/recjur/bibliotecadigitalscjn/nuevasobras/losmediosdecontroldeconstitucionalidad/losmediosdecontroldeconstitucionalidad.pdf>, Pág. 3

TRIBUNAL CONSTITUCIONAL ESPAÑOL, Sentencia 84/1989, de 10 de Mayo de 1989, http://hj.tribunalconstitucional.es/HJ/es/Resolucion/Show/1290#complete_resolucion&completa.

ZALDÍVAR LELO De LARREA, Arturo, entrevista con Miguel Carbonell, en <https://www.youtube.com/watch?v=pgAKCDaYmE4>.