





**Universidad Autónoma de Baja California**

Dr. Juan Manuel Ocegueda Hernández  
Rector

Dr. Alfonso Vega López  
Secretario general

Dra. Blanca Rosa García Rivera  
Vicerrectora Campus Ensenada

Dr. Ángel Norzagaray Norzagaray  
Vicerrector Campus Mexicali

Dra. María Eugenia Pérez Morales  
Vicerrectora Campus Tijuana

Dr. Hugo Edgardo Méndez Fierros  
Secretario de Rectoría e Imagen Institucional

Dr. Alfredo Félix Buenrostro Ceballos  
Coordinador general del Centro de Estudios Sobre la Universidad



Centro de Estudios Sobre la Universidad

**Universidad Autónoma de Baja California**

Ensayos académicos sobre derechos humanos a partir de la reforma constitucional / Alfredo  
Félix Buenrostro Ceballos, coordinador ; prologuista, Mario I. Álvarez Ledesma. -- Mexicali,  
Baja California : Universidad Autónoma de Baja California, 2016.  
391 p. ; 21 cm.

ISBN: 978-607-607-313-1

1. Derechos humanos -- Estudio y enseñanza -- México -- Baja California. 2. Reformas  
constitucionales -- México -- Baja California. 3. Derechos constitucionales -- México -- Baja  
California. I. Buenrostro Ceballos, Alfredo Félix, coord. II. Álvarez Ledezma, Mario I., pról.  
III. Universidad Autónoma de Baja California.

KGF3003.B34 E58 2016

**©D.R. 2016 Alfredo Félix Buenrostro Ceballos**

Las características de esta publicación son propiedad de la  
Universidad Autónoma de Baja California.

ISBN 978-607-607-313-1

Coordinación editorial y edición: Luz Mercedes López Barrera.  
Formación y edición: Lydia Coronel Yáñez.

Alfredo Félix Buenrostro Ceballos  
(coordinador)

Ensayos académicos  
sobre derechos humanos  
a partir de la reforma  
constitucional

Prologuista  
Mario Ignacio Álvarez Ledesma



## PRÓLOGO

Mario Ignacio Álvarez Ledesma\*

Debo a la gentil invitación que me hiciese hace algunos meses el Dr. Alfredo Buenrostro Ceballos, coordinador general del Centro de Estudios sobre la Universidad (CESU), el honor de escribir el prólogo de este interesante conjunto de ensayos que versan sobre los derechos humanos vistos a la luz de la trascendental reforma constitucional que los mismos experimentaran en México con la modificación sustancial, en junio del 2011, del título y capítulo primeros de nuestra Carta Magna vigente.

El doctor Buenrostro Ceballos ha sido el principal promotor —convencido y entusiasta— de las iniciativas que en materia de derechos humanos ha adoptado la Universidad Autónoma de Baja California (UABC), convirtiéndola en pionera a nivel nacional en institucionalizar, luego de aquella reforma constitucional, un programa para enseñar y aplicar en la vida universitaria, en todos sus

\* Profesor-investigador y director del doctorado en derecho de sociedad del conocimiento del Tecnológico de Monterrey Campus Ciudad de México. Doctor Honoris Causa por la Universidad Autónoma de Baja California.

ámbitos y para todas sus facultades, la comprensión, promoción y defensa de los derechos humanos. Entendidos estos no como una moda política o jurídica, sino como una convicción de ética ciudadana y de compromiso de los universitarios para con la Universidad y la comunidad bajacaliforniana.

Vista con cuidado, esta empresa es de enorme calado y alcance porque implica la adopción de una particular forma de entender qué es la persona humana y cómo debe tratársele a la luz de las exigencias de autonomía moral y dignidad con las que, se supone, los seres humanos están dotados. Afirmar lo anterior no tiene nada de baladí, muy por el contrario, comporta una modificación profunda de muchas formas de concebir, tratar y juzgar a las personas no solo dentro de la comunidad universitaria (un microcosmos social), sino y sobre todo, en la sociedad misma en la que está inserta y a la que se debe, sin retóricas falsas, cualquier universidad, en general, y la UABC, en lo particular.

No me sorprende, en consecuencia, que nuestra querida Universidad Autónoma de Baja California, a través del CESU, continúe la producción de textos relacionados con los derechos humanos, los cuales poseen, en tanto criterio central de justicia y legitimidad del Estado y la sociedad mexicanas, tan singular importancia, no solo para los abogados sino para todos aquellos quienes vivimos y hacemos, desde nuestras respectivas trincheras, la vida cívica de este país.

Es el caso, en efecto, que los derechos humanos constituyen, luego de la referida reforma constitucional, el paradigma de justicia y legitimidad que las instituciones mexicanas, ya sin ambages, asumieron expresamente como resultado de dicho cambio constitucional. Justo por eso, los efectos y repercusiones enormes que la misma comporta se están apenas columbrando y dan muestra, como los ensayos contenidos en este libro dejan ver, de las profun-



das implicaciones y transformaciones que en nuestra vida social, la impartición de justicia, el estudio y la enseñanza del derecho están sucediendo y continuarán sucediéndose en los siguientes años. Muchos de los cambios potencialmente contenidos en la reforma hoy son apenas imaginables, aunque empiezan a ser enfrentados, inferidos y deducidos, por ejemplo y de lúcida manera, por los autores de los ensayos que conforman este volumen.

Es en razón de lo anterior y en la inteligencia de ofrecer a lector un marco referencial que permita magnificar la singular dimensión de la reforma constitucional en derechos humanos del 2011, que enseguida realizo una muy sucinta reflexión, a vuelo de pájaro, en torno a dos aspectos que la lectura de los ensayos de este libro me provocaron y que, pienso, podrán facilitar la comprensión de las conclusiones implícitas y explícitas en aquéllos plasmadas, así como el tono y las preocupaciones, propuestas y críticas que ahí subyacen.

Lo que precede, dado que el cambio de paradigmas que trajo consigo la reforma constitucional en materia de derechos humanos ha colocado, particularmente a los juristas mexicanos ocupados de la impartición y administración de justicia, la reflexión *iusfilosófica*, la enseñanza y la denuncia, análisis y propuestas de solución de los problemas políticos y sociales que México enfrenta, en un escenario inusitado. Este escenario ha roto los moldes de un esquema de comprensión y aplicación del derecho —ciertamente caducos y muy limitados— a los que condujo —nos guste o no— el modo y manera en que el Constituyente de 1917 concibió y plasmó los derechos humanos en tanto garantías individuales en el artículo primero del texto original de dicha Carta Magna, el cual estuvo vigente hasta junio del 2011, precisamente.

Prieta concepción esa que, irónicamente, contrasta con la fuerza, vigor, novedad y ambiciosos alcances con los que el mismo Cons-

tituyente concibió los derechos y las garantías sociales, probablemente el último timbre de orgullo del constitucionalismo mexicano ante la comunidad internacional y que se explica, si se analiza con cuidado, dado que las transformaciones contenidas en esas reformas responden en buena medida a las exigencias de justicia social que estaban detrás e impulsaron el movimiento revolucionario de 1910.

Toda proporción guardada, fue justo lo que sucedió con la añeja tradición europea y norteamericana que se encuentra detrás de los derechos civiles y políticos gestados en las luchas ciudadanas de las sociedades francesa, inglesa y las colonias del norte de América durante los siglos XVIII y XIX. Siglos estos donde se acrisola, conceptual y jurídicamente, la idea de derechos humanos primero como *moral rights* para luego transitar a los *civil* y *legal rights*.

Es en esa tesitura que he tejido algunas muy breves reflexiones en torno a lo anterior: primero para tratar de mostrar, a través de mi caso particular, la poca atención que merecían los derechos humanos en México (en todos los órdenes) previo a los cambios que respecto de los mismos se iniciaron tímidamente en 1990 con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos (CNDH). Año que, por cierto, coincide con mi regreso de Europa, a donde hube de emigrar porque en los años de 1980, en materia de derechos humanos, México era territorio yermo.

Quiero dejar claro que me aprovecho de mi inicial andar personal en el ámbito de los derechos humanos para mostrar cuáles eran las condiciones que privaban en nuestro país a 20 años vista de su reforma constitucional. Condiciones que explican en buena medida por qué a la gran mayoría de los juristas mexicanos (profesores, jueces, filósofos, dogmáticos, con culpa o sin ella) sorprende dicha reforma sin un bagaje conceptual, institucional y práctico adecuados para aplicar criterios de justicia que le eran ajenos, los derechos

humanos precisamente, tanto en su concepción filosófica y teleología, como en su interpretación y empleo cotidianos. Esto permite comprender muchas de las expresiones, conclusiones y críticas de los ensayos que conforman este libro, mismos que sorprenderían si no se sabe y entiende a qué obedece que México, una vez más, ahora en materia de derechos humanos, haya tenido que improvisar. Ya sabemos, tristemente, que los resultados de la improvisación suelen ser, sobre todo en los territorios de la especialidad en que nos movemos, pobres o, de plano, malos. Esta circunstancia explica también el valor que tiene el trabajo que realiza la UABC en pro de una cultura de los derechos humanos entre sus estudiantes y profesores.

Finalmente, haré, como se verá, una segunda y también muy sucinta consideración del modo en que los ensayos plasmados en este libro recogen, en buena medida, una muestra bastante representativa del universo de preocupaciones que, en torno a los derechos humanos priva en México, luego y a la luz, claro, de la multicitada reforma constitucional del 2011 y de la concepción multidimensional de los mismos.

## I

Desde hace algunos años en nuestro país (oficialmente podríamos decir que a partir de la reforma constitucional en derechos humanos del año 2011) hablar, escribir o pronunciarse sobre tales derechos parece un asunto que está dentro de la más obvia normalidad jurídica y política. Es decir, pareciese nos hallásemos ante un escenario en apariencia nada extraordinario para una nación que, ciertamente, posee una balbuceante democracia la que, con razón, pretende consolidar su estado de derecho a través

de los paradigmas de corrección que se impuso la comunidad internacional, o le impusieron, desde el fin de la segunda guerra mundial, las naciones triunfantes en ella: los derechos humanos.

De hecho, para las generaciones tanto de ciudadanos mexicanos como de abogados, simplemente aquí nacidos o que se han formado y forman, respectivamente, en el país y en nuestras facultades de derecho desde que dicha reforma tuvo verificativo, el estudio de los derechos humanos (en tanto parte obligatoria de su currículum académico) y su condición de “*parámetro de control de la regularidad constitucional*”, según ha dicho pomposamente la Suprema Corte de Justicia de la Nación, viene a ser una situación que se da por sentada, algo que suele visualizarse como si siempre hubiese existido. Sin embargo, las cosas en el pasado reciente fueron muy distintas, por lo menos para mi generación.

En efecto, cuando a mediados la década de 1980, tomé la decisión de escribir mi tesis de licenciatura sobre derechos humanos, dado que la validez de los estudios en la Universidad Anáhuac, donde había estudiado, los otorgaba la Universidad Nacional Autónoma de México a la que aquélla estaba incorporada, tuve que llevar dicha tesis, ya concluida y revisada por los profesores de mi Alma Mater, a la Facultad de Derecho de la UNAM. Ya radicada ahí la tesis era asignada a un seminario y, luego de su estudio, se determinaba su procedencia.

Entonces, aunque parezca increíble para quienes viven el momento actual —una especie de segundo “boom” por los derechos humanos, luego del primero que tuvo su erupción con la creación de la Comisión Nacional de Derechos Humanos, en 1990—, el primer óbice con el que me encontré fue que los funcionarios de la UNAM no sabían cómo proceder con mi tesis. ¿Derechos humanos? Y eso... ¿para qué sirve?, se dijeron. ¿El trabajo de inves-

tigación debía enviarse al seminario de derecho constitucional o al de derecho internacional público? Hubo incluso quien pensó que mi tesis, más que ser remitida a la Facultad de Derecho debía mandarse, de plano, a la de Ciencias Políticas. Como suele suceder cuando no sabe qué hacerse con un tema jurídico, que en ese momento parecía “exótico”, despacharon mi trabajo recepcional al seminario de Filosofía del Derecho.

Corrí con suerte. En dicho seminario me encontré con su director, un profesor mayor al que hallé sentado en el ángulo de una enorme y solitaria aula, donde al parecer buscaba apropiarse del poco sol que entraba por la ventana. Ese hombre era, ni más ni menos, que don Rafael Preciado Hernández, ilustre iusnaturalista mexicano cuya obra *Lecciones de Filosofía del Derecho* continúa siendo, todavía hoy, un trabajo de obligada consulta para quienes se inician en tales lides. Como todo hombre sabio, me trató con la sencillez que caracteriza a los de su estirpe, ausente en sus modos y maneras de ese pecado capital que distingue a los estultos e ignorantes, la soberbia. Para empezar me manifestó su sorpresa y alegría de encontrarse, luego de veinte años, según me dijo, con una tesis sobre derechos humanos. Ya nadie se interesa de estos temas en México, terminó apostillando. Años después, entendí, a cabalidad, la razón de su sorpresa.

Una vez salvado con éxito el examen de grado con la tesis “*Los derechos humanos, su Declaración Universal y la relación que guardan con el Estado*”, que me dirigiera otro extraordinario jurista, el Dr. Juan Luis González Alcántara-Carranca, a quien debo mi interés por este tema, tomé la decisión de estudiar mi maestría y doctorado fuera de México para especializarme, precisamente, en derechos humanos. La idea de partir hacia Europa si bien estaba cifrada en la búsqueda de la experiencia por vivir en otro país

aprendiendo no solo derecho sino muchas cosas más, resultaba más que comprensible ya que en esos momentos, 1986, no había en todo México ya no digamos un posgrado, sino un simple diplomado o curso de especialización relacionado con ese tema. Era lógico, las condiciones del país no estaban para tales sofisticaciones. México vivía, luego del trágico terremoto que cimbró y enlutó a la ciudad de México, en la permanente crisis en la que lo sumergieron los gobiernos de Luis Echeverría, José López Portillo y Miguel de la Madrid, cuyos espítetos dejo al lector, si tuvo que padecerlos en carne propia, y a los historiadores, a quienes ha tocado analizar sus desafortunados mandatos.

Una de las secuelas de esa crisis, claro, se cebó con la educación: no había becas para estudios humanísticos por parte del Gobierno mexicano y si existían eran, a más de escasas, harto exiguas. Como consecuencia de la misma crisis, en las librerías de la capital, a las que recurría con frecuencia buscando bibliografía nueva para mi tesis, permanecían únicamente expuestas las ediciones o reediciones infinitas de las obras clásicas de los juristas en que estudiaron los abogados mexicanos desde los años de 1940, casi todas editadas por Porrúa. Si se corría con suerte se hallaba algún texto o traducción de jurisprudencias, casi todos iusnaturalistas, como los profesores Giorgio del Vecchio o Legaz y Lacambra, y... poco más. La carencia de literatura jurídica especializada era tan notoria, que un clásico de mediados de los setentas, *“Los derechos del hombre”*, escrito por el ilustre jurista español José Castán Tobeñas, tuve que hacérmelo traer para la redacción de la dichosa tesis de licenciatura, desde el mismísimo Madrid, gracias a las gentilezas de una amiga.

La crisis se reflejaba no solo en una ciudad derruida, con una moneda devaluada y en una economía sujeta al control de importaciones que enriqueció groseramente a una élite de empresarios

mexicanos incapaces de competir en el exterior, protegidos por una clase política con la que se habían dividido, expresa o tácitamente, el control político y económico del país (o del botín, como quiera). Así las cosas, no era de asombrar el estado de abandono en que se encontraban las tristes estanterías con pocas o ningunas novedades bibliográficas.

En suma que me refugié en España e Italia los siguientes cuatro años, donde leí todo lo que no había encontrado en México y me traje otro tanto de bibliografía, con la que, entre otros trabajos, pude escribir, ya de regreso, mi *Introducción al Derecho* y un libro para especialistas, dedicado al tema que aquí nos ocupa, *El concepto de 'derechos humanos'*, donde expongo en detalle mi concepción multidimensional de los mismos y su génesis filosófico-histórica. El primer texto es mi respuesta a la falta de libros actualizados sobre Teoría del Derecho y el segundo explora analíticamente sobre, obviamente, el concepto de derechos humanos, uno tan mal traído y llevado en estas tierras olvidadas de la mano de Dios. Un poco de orden y claridad conceptual nunca está de más, me dije. El propósito de ese libro, después de todos estos años, sigue contra lo que me imaginé, siendo válido.

## II

La situación en la que vivió y se formó la generación de juristas a la que pertenezco no es producto de generación espontánea. México, desde la promulgación de su Constitución Política de 1917, se había inventado, por las ocurrencias y fijaciones del trasnochado iuspositivismo formalista de Venustiano Carranza, un sistema de “garantías individuales” que había hecho desaparecer de la Carta

Magna (a través de uno de sus personajes afectos en el Constituyente del 17, un tal diputado Macías), todo lo que sonara a “moral”. Y como la expresión “derechos del hombre y del ciudadano” a Carranza le sonaba a moral, se adoptó, a propuesta del tristemente célebre Macías, la determinación de cambiar radicalmente la redacción e impronta iusfilosófica y jurídica en que estaba, extraordinariamente redactada y multidimensionalmente expresada, la idea de derechos del hombre y del ciudadano en el artículo 1º de la Constitución de 1857. A la sazón, una de las disposiciones jurídicas mejor hechas, en forma y fondo, de esa magnífica Constitución federal, y quizá de todas las constituciones mexicanas. “*Poesía jurídica*”, llegó a calificar el texto de dicho artículo, el célebre ministro de la Suprema Corte de la Nación, don Emilio Rabasa.

Este hecho, como explico en detalle en un artículo de mi autoría que al respecto publicara en el año 2006,<sup>1</sup> rompió con la tradición que mantenía a México en la normalidad de los derechos humanos, entonces, derechos del hombre y del ciudadano, con los que paradigmáticamente los Estados modernos definían su concepto de justicia.

Este error técnico-jurídico-filosófico de confundir en el texto del nuevo artículo 1º de la flamante Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos del 5 de febrero de 1917, el concepto ‘derechos humanos’ con el de ‘garantías’, encasilló a nuestro ordenamiento jurídico en una lógica y hermenéutica “primitivamente garantista”, sujetos ambos ejercicios a los estrechos márgenes de la dimensión. Esta circunstancia explica, entre muchas otras, el

<sup>1</sup>“*Sobre el artículo 1º de las Constituciones mexicanas de 1857 y 1917*”, en *Jurípolis*. Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho, Tecnológico de Monterrey, Campus Ciudad de México. Año 5. Vol.1, febrero 2007.



haber circunscrito el acceso a la justicia a nivel constitucional, a la protección, elitista y compleja, en la que terminó convirtiéndose el juicio de amparo de finales del siglo xx. Problema que, por cierto, no se ha resuelto del todo.

Esta deformación constitucional trató de paliarse tímida y erróneamente, primero con la creación del sistema no jurisdiccional de derechos humanos surgido en 1990 y su plasmación constitucional en 1992, así como con la introducción en la Carta Magna, en 1995, de las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad. Intento modernizador que se cierra, ya en el siglo xxi, con la promulgación de una nueva Ley de Amparo, en 2013, con la que se pretende poner en consonancia al principal recurso jurisdiccional, protector de derechos humanos en México, con la reforma constitucional del 2011 en esa materia.

Un hecho previo, de naturaleza fundamentalmente económico y político, como explico en otro de mis artículos,<sup>2</sup> a saber, el reconocimiento por parte de México de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH) en 1999, la que concretó el presidente Ernesto Zedillo para satisfacer las exigencias que la Unión Europea de ese entonces para acceder a la firma del tratado de libre comercio que buscaba México con dicha Unión.

La firma del reconocimiento contencioso de la Corte IDH tuvo sus efectos concretos, muchos años después, en el 2010, cuando dicho órgano jurisdiccional le emite a México la famosa sentencia

<sup>2</sup> Los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano —o del sinuoso camino en búsqueda de la justicia, en *La libertad de cátedra y de investigación en el ámbito de los derechos humanos* (Alfredo Félix Buenrostro Ceballos, coordinador); México, Universidad Autónoma de Baja California. 2014.

al caso Rosendo Radilla, con la cual condena al Estado mexicano por responsabilidad internacional dada la violación a la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH) en virtud de la desaparición forzada de la que fuera objeto, precisamente, un profesor rural, a saber y en efecto, Rosendo Radilla. Sentencia que también exigió a nuestro país la aplicación *ex officio* de la convencionalidad para hacer efectivos, a todos niveles de la impartición de justicia mexicana, los derechos humanos reconocidos por el Estado mexicano principalmente en la CADH y demás tratados en la materia, firmados y ratificados por nuestra nación.

Todas estas medidas, desde la creación de la CNDH hasta la sentencia del caso Radilla, pasando por la reforma constitucional misma, se sucedieron en dos décadas y vinieron a sustituir una forma de concebir el derecho constitucional y la justicia en México. Esta tradición estuvo vigente, si calculamos los años que transcurrieron entre unos eventos y otros, desde hacía tres cuartos de siglo y un siglo, respectivamente. Tiempo todo este y modos jurídicos todos ellos, en los que se formaron la práctica totalidad de los abogados del siglo xx e incluso algunos de este siglo. Esto último debido al inaceptable empecinamiento e irresponsabilidad, por ejemplo, de seguir enseñando y estudiando derecho en textos escritos en una dimensión filosófica, política y jurídica propias de un mundo que ya no existe, textos que en todo caso siguen siendo valiosos, claro, pero como fuente histórica de los dos últimos siglos.

### III

Me parece que uno de los problemas metodológicos que acarrea la tradición del Constituyente original del 1917 y que se plasmó

en su artículo primero, es concebir a los derechos humanos de dos maneras erróneas.

La primera es evidentemente conceptual. Mezclar y confundir derechos humanos con la idea de garantías —fin y medio—, conlleva un dislate jurídico-filosófico nada menor. La mejor manera de demostrarlo es pensar que los derechos humanos, más allá de su fundamento filosófico, son una creación jurídica y no exigencias ético-políticas que la Constitución recoge, una vez que se han decantado como criterios de corrección moral y de legitimidad política.

El modo en que el artículo primero de la Constitución mexicana del 5 de febrero de 1917 concibió a los derechos humanos, a través de la idea de garantías jurídicas, circunscribe la función de estas a criterios formales recogidos en la ley y nada más. El derecho y la concepción del bien o de lo correcto, la relación moral-derecho, en suma, no existe, ambos órdenes están absolutamente divorciados, problema conceptual este de inicios del siglo pasado que persiste en la mente y forma de ver el derecho de algunos juristas en su ejercicio profesional, justamente porque fueron formados en la idea de garantías individuales.

Hay más todavía: la Constitución es un texto político, una ley de ese talante, zona de mediación social, decía algún constitucionalista español y con razón. Por ende los derechos humanos, antes que ser una norma, son una concepción asimilada políticamente por la comunidad o las fuerzas socialmente predominantes que legitiman su visión de lo bueno o lo justo. Pasada esta criba, no antes, tales exigencias éticas, que socialmente gozan de consenso, se vuelven norma jurídica.

Por eso los derechos humanos son un concepto multidimensional, primero filosófico, luego político y finalmente jurídico, y no solo ni exclusivamente lo último. La concepción uni o mono-

dimensional de los derechos humanos, a través del concepto de garantías individuales, es el segundo error del Constituyente de 1917, en este ámbito.

En efecto, los derechos humanos se mueven siempre y, al menos, en esas tres dimensiones, lo que explica, por ejemplo, que una violación a los mismos constituya mucho más que una mera vulneración a la ley. Una violación a derechos humanos es también, y sobre todo, una afrenta a la manera de concebir el respeto a la persona humana que legitima (justifica) el poder político —y a las instituciones que de este nacen—, poder político que fue erigido principalmente para tal propósito.

#### IV

Los ensayos contenidos en este libro, de manera natural y espontánea se decantan (lo cual me parece del mayor interés por ratificar lo dicho antes), sobre asuntos que tienen que ver con las tres dimensiones principales de los derechos humanos. Espontaneidad esta que, por ejemplo, no podría darse con el concepto de garantías individuales, cuyo tratamiento quedaba circunscrito, por razones que ahora parecen más que obvias, a cuestiones jurídicas y, para ser más preciso, a cuestiones relativas al derecho constitucional y al amparo.

Ni la reflexión filosófica, ni la política-social acompañaban a aquellos estudios porque estaban intelectualmente, conceptual y multidimensionalmente, limitados. De donde la multivocidad natural de los derechos humanos hace que los ensayos que conforman este libro se desarrollen en torno a cinco apartados o capítulos, los cuales lidian con problemas o cuestiones que van más allá del enfo-

que o tratamiento de los derechos humanos como un asunto que se circunscribe y agota en el derecho positivo mexicano.

En efecto, los ensayos de este libro versan sobre diferentes aspectos relacionados con algunos de los asuntos propios de la enorme riqueza y complejidad a que dan lugar tales derechos que, como concepto axiológico-político-jurídico, comporta. Tales capítulos son los siguientes:

- I. El control constitucional de las leyes desde la perspectiva de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia mexicana;
- II. Enfoque filosófico (axiológico-valorativo);
- III. Enfoque nacional jurisprudencial (derecho interno);
- IV. Enfoque internacional; y,
- V. Enfoque en torno a derechos humanos específicos.

En los apartados antes transcritos hallamos, con claridad, una referencia a asuntos pertenecientes a la terna de dimensiones de los derechos humanos, amén de que amparan los dos ámbitos de aplicación política y jurídica de ambas dimensiones, esto es, la nacional e internacional, mismas que ahora y más que nunca se hallan inescindiblemente unidas.

Los ensayos de la primera unidad fueron escritos básicamente por jueces expertos o juristas que pertenecen a la judicatura mexicana. En ellos se plasman las vicisitudes y alcances que está teniendo la reforma constitucional y los efectos que impactan la producción jurisprudencial. El capítulo segundo agrupa estudios relativos a la dimensión filosófico-axiológica de los derechos humanos, por ello se ocupa de estudios que se abocan a la naturaleza tridimensional, al fundamento iusnaturalista y a los principios en que aquellos se apoyan, particularmente el de dignidad humana. El tercer capítulo concentra trabajos relativos a diferentes aspectos de la nueva jurisprudencia mexicana basada en la interpretación de la reforma

constitucional en derechos humanos del 2011 y su impacto en casos concretos. A su vez, el cuarto capítulo lleva a cabo un muy interesante cuestionamiento a la jurisprudencia de derechos humanos producida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación y su colisión con normas del llamado Derecho Internacional de los Derechos Humanos que, a través de los tratados, ha suscrito el Estado mexicano. Me parece que lo anterior es un claro ejemplo de la vitalidad del debate jurisprudencial, antes ausente, entre académicos y jueces. Finalmente, el quinto apartado aborda temas concretos de derechos humanos y sus alcances a cuestiones muy concretas, como por ejemplo los derechos político-electorales, el acceso a la información y el aborto. Lo anterior, siempre al tenor de los nuevos paradigmas del derecho mexicano a que ha dado lugar la reforma constitucional del 2011 en materia de derechos humanos.

No me queda sino agregar que este texto es una muestra de varias cuestiones que es menester poner de relieve: por principio, que la fuerza del debate actual en México sobre derechos humanos, en sus distintas facetas, discursos o dimensiones está más vivo que nunca y que no tiene precedente en la vida de nuestro país. Ello, por sí mismo, constituye, sin duda, un buen síntoma. Huelga decir que el hecho de que la UABC esté presente en ese debate con la aparición de este libro, lo es aún más, porque reitera con hechos y acciones su legítima preocupación y sus afanes a favor de la justicia.

## PRESENTACIÓN

Alfredo Félix Buenrostro Ceballos\*

*Ensayos académicos sobre derechos humanos a partir de la reforma constitucional* recopila el trabajo de profesores universitarios que imparten la cátedra de derechos humanos en los diferentes campus de la UABC, reunidos a reflexionar sobre este tópico en los cursos de actualización sobre derechos humanos impartidos en marzo de 2014 y abril de 2015, en el evento académico organizado por el Centro de Estudios sobre la Universidad, en el marco del Programa “Reflexiones Universitarias sobre los derechos humanos”.

Este libro lo incluyen cinco capítulos estructurados a partir del enfoque con el que fueron tratados los temas. En el primero de ellos se discute y analiza el control constitucional de las leyes desde la perspectiva de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia mexicana. Este capítulo contiene la participación del maestro Rafael Coello Cetina y del doctor Rubén David Aguilar Santibáñez, que tuvieron bajo su responsabilidad la impartición de estos cursos.

\* Coordinador general del Centro de Estudios Sobre la Universidad de la UABC.

Coello Cetina abordó la delimitación de los derechos humanos en el control constitucional de las leyes que implica tener en claro cuál es el parámetro del control de la constitucionalidad que hoy debe tomar en cuenta cualquier juzgador del Estado mexicano. En su exposición, Coello Cetina hace hincapié en que la Constitución tiene dos grandes funciones: una relacionada con los derechos de los que se someten a un orden jurídico, y otra función estructuradora de todos los órganos del Estado. En la función relacionada con los derechos humanos, una misión fundamental de la Constitución es articular todos esos derechos, porque los derechos de las personas tradicionalmente han entrado en aparentes colisiones, hay un choque de intereses por lo regular, entonces, ahí alguien tiene que articularlos, alguien tiene que armonizarlos; en algún lugar deben de estar las bases y si tenemos dos fuentes de normas armonizadoras lo que menos va a existir es armonía, van a existir choques permanentes entre esas dos fuentes, por eso cuando este primer párrafo nos dice que se reconocen esos derechos, lo que esencialmente se buscó en la reforma constitucional es reforzar la eficacia de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales.

Por su parte, el doctor Aguilar Santibáñez en su exposición explicó lo que es el tradicional amparo contra leyes a partir de las reformas en derechos humanos y de amparo de junio de 2011, unas situaciones particulares de lo que desde su punto de vista es el control constitucional pleno de normas generales en la jurisdicción de amparo. Planteó algunos parámetros para el ejercicio del control oficioso del control de constitucionalidad y de convencionalidad que ha establecido la Suprema Corte. Destacó que con la implementación de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, y también con posterioridad a ellas, y al entrar en vigor en abril del 2013 de la Ley de Amparo, este me-



dio de control constitucional concentrado ha regulado de mejor manera las vías de amparo indirecto y directo para impugnar la inconstitucionalidad de una norma general, siendo que en amparo indirecto normalmente se ha clasificado en leyes autoaplicativas y heteroaplicativas y debe plantearse específicamente como acto reclamado destacado y demandar a las autoridades intervinientes en el proceso legislativo correspondiente, debiendo ser señaladas estas como autoridades responsables cuando se reclama una ley considerada autoaplicativa, lo cual debe ser dentro de los treinta días a su entrada en vigor; y si la ley cuestionada requiere de un acto de aplicación para demostrar la afectación al interés jurídico, por ser heteroaplicativa, debe promoverse la demanda de amparo dentro de los quince días a partir del acto de aplicación y señalarse además, como autoridad responsable a quien aplicó la norma, con los ya conocidos efectos relativos de inaplicación de la ley y principalmente la prohibición de aplicarla en el futuro en perjuicio del peticionario en caso de declararse inconstitucional la norma general. Esto es en lo que se refiere al tradicional amparo indirecto contra leyes.

Del segundo al quinto capítulos, la publicación contiene 16 ensayos de 21 profesores de la UABC especializados en temas derivados de los derechos humanos, cada uno desde una postura y perspectiva particular. Así, en el capítulo II se incluyen los textos que han sido tratados desde un enfoque filosófico (axiológico-valorativo). El primer ensayo de esta sección es “La concepción de la dignidad humana como presupuesto básico de los derechos humanos”, cuyo autor Rafael Leyva Mendivil destaca la importancia ético-jurídica de la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU, en cuyo apartado hace notar que el movimiento contemporáneo de los derechos humanos tuvo su origen inmediatamente después de concluida la segunda

guerra mundial, la cual dejó una estela de muerte y destrucción entre los integrantes de los ejércitos contendientes, precediendo a ello la persecución injusta y arbitraria así como la reclusión en los campos de concentración de seres humanos, víctimas del odio y la discriminación de otros seres humanos cuyos líderes propiciaron dichos actos hasta llegar casi al exterminio, atentando de manera absurda contra la DIGNIDAD. Otros aspectos que analiza Leyva Mendivil son: el mutuo respeto, y reconocimiento a la personalidad, como sustento de la dignidad humana; la dignidad humana, visualizada en los instrumentos jurídicos internacionales; el concepto de *dignidad humana*, incorporado en la vigente Constitución mexicana; la fundamentación axiológica de la dignidad humana. Desde otro ángulo Luis Enrique Concepción Montiel en su ensayo “El iusnaturalismo racionalista como fundamentos filosóficos de los derechos humanos en México” se centra en la fundamentación filosófica de los derechos humanos desde un punto de vista del iusnaturalismo racionalista con el propósito de profundizar en la reforma de 2011 en lo que se refiere al capítulo primero donde se enuncian los derechos humanos en México y que fueron publicados en el *Diario Oficial de la Federación* (DOF) en junio de 2011. Estas reformas han sido consideradas por algunos especialistas como cambios profundos. Reformas que no se habían realizado en décadas y que se habían dilatado.

Este ensayo tiene como objetivo fundamentar las reformas a los derechos humanos en la *Constitución Política Mexicana* desde el iusnaturalismo racionalista como la filosofía de los derechos de las personas.

Desde otra perspectiva, Fidel Alfaro Meléndrez en su ensayo “Derechos Humanos. Importancia y trascendencia en la actualidad” analiza la suma importancia que tienen estos, así como el estudio del control convencional en México, el bloque de cons-

titucionalidad. Revisa cómo todos los derechos humanos en su conjunto constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, es decir, jerárquicamente se les otorga supremacía en el orden jurídico mexicano, que consiste en el encubrimiento de la *Constitución* como norma fundamental, los cuales por su importancia y transcendencia son el objeto principal de estudio de todos los operadores de justicia en este país y de todas las autoridades.

En el ensayo “Un modelo universal en derechos humanos o fundamentales” de María Cristina Cuanalo Cárdenas, la autora expone la necesidad de un modelo teórico sobre los derechos humanos o fundamentales, en términos filosófico-jurídicos, como modelo universalmente válido susceptible de actualización, que sea el resultado de una investigación científica, que garantice la creación de un sistema jurídico que proteja al ser humano y que, por lo tanto, no se encuentre sujeto a los vaivenes de la política o de la particularidad cultural. Además, Cuanalo Cárdenas trata de determinar cuál es el paradigma contemporáneo donde se sustenta el concepto de derechos humanos o fundamentales, así como la urgente necesidad de definir el objeto de estudio desde una base antropológico-social, para concluir con una propuesta, que sin pretender constituir una teoría científica, sí establezca la posibilidad de crearla o, por lo menos, definir y concretar una disciplina de estudio, un modelo teórico que considere los derechos del ser humano en tanto ser humano cuyo valor depende de ello, y no de su inclusión en la norma fundamental —cuál es ese objeto de estudios, no en dónde se encuentra— que establece su protección jurídica.

El capítulo III reúne los trabajos que abordan el tema de los derechos humanos desde la visión nacional jurisprudencial (derecho interno). El primer ensayo de este apartado es “Mecanismos de control constitucional en México, ante la Suprema Corte de Justi-

cia de la Nación” de Alejandro Sánchez Sánchez y Daffnia Isabel Sánchez Mendoza. Los autores analizan los mecanismos de control constitucional en México, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como lo son: el juicio de amparo, las controversias constitucionales, la acción de inconstitucionalidad, partiendo del principio de control de la constitucionalidad. Lo anterior se obtiene con premisas verdaderas y válidas, establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley de Amparo, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la doctrina, de autores como R. D. Aguilar, en su obra *Control de convencionalidad y principio de definitividad bajo el nuevo orden constitucional de los derechos humanos*, y R. Martínez y R. Reyes en sus obra *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos comentada y con jurisprudencia*, entre otros. De igual forma, de deducciones, inducciones y comparaciones de los autores.

El trabajo “¿Discriminación de género en la designación de ministras de la SCJN?: Un ejemplo latente de la existencia del techo de cristal en nuestro país”, de la autora Magdalena Díaz Beltrán estudia la problemática actual, que pudiera considerarse discriminación de género, que sufren las mujeres profesionales del derecho en nuestro país para tener acceso en igualdad de oportunidades a los máximos cargos públicos, a pesar existir en México el artículo 4º constitucional que establece la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, así como una serie de instrumentos internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación. Por ello, se analiza el derecho a la igualdad de la mujer de tener acceso a los máximos cargos públicos así como ser integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),

sin que la tradición sociopolítica, tan arraigada en nuestro país, impuesta por el hombre, le impida su acceso y solo se utilice la igualdad de género en la implementación de medidas afirmativas como parte de un discurso político.

“La labor de los abogados y jueces en la protección de los derechos humanos en México” es el trabajo de los profesores Jessica Mendívil Torres y Francisco Felipe de Jesús Pérez Alejandre. En este ensayo los autores tratan de señalar la obligación por parte de los abogados de conocer los principios, doctrina y jurisprudencia de los tribunales internacionales que provienen de los tratados en materia de derechos humanos para, junto con los hechos que defienden, mostrarlos a los jueces y sean ellos los que al aplicar el derecho no solo nacional, sino también el internacional, defiendan y restituyan derechos humanos, en caso de que se presenten abusos por parte del gobierno o los individuos que realizan acciones equivalentes a actos de gobierno cuando desempeñan una función o actividad derivada de una concesión otorgada por una autoridad; con el presente trabajo se muestran las obligaciones de los operadores del derecho mexicanos para respetar y hacer respetar de manera constitucional y convencional los derechos humanos, en beneficio de los habitantes de México.

Y cierra este capítulo el ensayo “La función jurisdiccional en paradigma de derechos humanos en México. Especial referencia al derecho de tutela judicial efectiva”, cuyos autores son: Miguel de Jesús Neria Govea y Christian Norberto Hernández Aguirre. En este tema se discute, analiza y explican las transformaciones que ha vivido el sistema constitucional mexicano, la reforma en materia de derechos humanos constituye una de las más importantes porque a partir de esta reforma se marca el abandono de un positivismo anquilosado y se destaca la apertura a un paradigma

jurídico que convierte a los derechos humanos en un eje central para la producción normativa, elaboración de políticas públicas, argumentación en resoluciones jurisdiccionales y, en general, como fundamento para legitimar instituciones.

Los autores argumentan que a partir de la reforma en materia de derechos humanos en 2011, la jurisdicción mexicana ha ido transformando su función a la luz de la tutela judicial efectiva para lograr el respeto no solo de una justicia formal, sino de una justicia material.

En el capítulo IV se reúnen los trabajos que tratan el tema de los derechos humanos desde un enfoque internacional. Se abre este apartado con la colaboración de María Candelaria Pelayo Torres y Evangelina Flores Preciado cuya ensayo se titula “Las restricciones constitucionales a los derechos humanos frente al derecho internacional: Caso mexicano”. Las autoras analizan y explican cómo a partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de la Declaratoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación emitida a propósito de la Sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el caso Rosendo Radilla Pacheco *vs.* México, y, más recientemente, de la Resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011 se ha transformado el sistema jurídico mexicano profundamente.

Por su parte, Roberto Cippitani en su entrega “Derechos y modelos de colaboración entre ordenamientos jurídicos” se enfoca en cómo los procesos de colaboración internacionales influyen en la aplicación de los derechos de los particulares. El sistema regional se convierte en una fuente de derechos de los particulares. Con el establecimiento de sistemas supranacionales, como la unión europea, se cierra el proceso porque no solo se identifican los derechos del sistema transnacional, sino también se establece un marco ins-

titucional que desempeña poderes propios y distintos de los de los Estados, que aplican directamente esos derechos supranacionales.

Bajo el título “El alcance de los derechos humanos en el Estado internacional”, su autor Noé López Zúñiga propone en su ensayo hacer una reflexión seria y congruente con lo que hay en la teoría y lo que la realidad nos exhibe, en relación con la aplicación de los derechos humanos, empezando con entender la evolución que ha sufrido el concepto de Estado-nación y su propio derecho, en la búsqueda de soluciones a los problemas antes enunciados.

El trabajo de las académicas Laura Alicia Camarillo Govea y Roxana Rosas Fregoso cierra este bloque. Su ensayo se titula “Protección de los derechos humanos en México a través del control de convencionalidad”, cuyo objetivo principal es plantear la protección de derechos humanos mediante el ejercicio de control difuso de convencionalidad, que específicamente en el caso mexicano ha resultado en un debate del derecho interno que finalmente parece encontrar un justo medio a raíz de la publicación de la contradicción de tesis 293/11.

Finalmente, el capítulo V reúne los ensayos de enfoque en torno a derechos humanos específicos. Encabeza este apartado el trabajo del profesor Luis Alberto Hernández Morales: “Legislación electoral y derechos humanos: La ausencia de un recurso efectivo en contra del artículo 14 de la Constitución Política de Baja California, que prevé normas sobre geografía electoral *per se* violatorias al derecho humano al voto igual”. En su ensayo, el autor postula que el artículo 14 de la Constitución de Baja California es violatorio del derecho fundamental al voto igual y que la inmunidad parcial que constitucionalmente poseen las normas electorales autoaplicativas resulta contraria al derecho humano a la protección judicial. Hace un acercamiento crítico a la regulación del derecho al sufragio en

el marco de la geografía electoral y, a propósito de la presencia de normas inconsistentes con el voto igual, al derecho humano a la protección judicial.

Bajo el título “El derecho humano de acceso a la información”, su autor Luis Carlos Castro Vizcarra presenta el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano, tanto en nuestro sistema jurídico como en el Sistema Americano de Derechos Humanos. Los derechos humanos contienen principios rectores para su interpretación y crean obligaciones y deberes para las autoridades para su ejercicio, protección y garantía; conceptos que también revisamos en esta colaboración. De los conceptos que se enumeran en este escrito se desprenden las características, elementos y clasificaciones de los derechos humanos, provenientes tanto del artículo 1º constitucional como de la propia doctrina. Castro Vizcarra arguye que es importante entender desde la perspectiva convencional el derecho de acceso a la información, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un documento de 1969, mientras que el auge del derecho de acceso a la información surge por lo menos una década después de la firma de dicho tratado, y cómo la Corte Interamericana ha interpretado a la luz de este derecho el artículo 13 del Pacto de San José.

El capítulo cierra con el ensayo “El acceso al aborto legal y seguro. Un derecho humano”. Su autora Ana Luna Serrano muestra cómo los comités de la ONU se han manifestado contra las leyes que restringen el acceso al aborto, y a favor de la despenalización del mismo. Tal como ha sostenido la CNIDH, los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos están obligados a proteger la vida prenatal, pero deben hacerlo a través de la prestación de servicios de salud de calidad a las mujeres embarazadas. En atención a las recomendaciones de instancias internacionales y



frente al claro desconocimiento de la normatividad sobre la interrupción legal del embarazo entre las autoridades competentes para facilitarlo, los Estados deben capacitar a los prestadores de servicios de salud y a las procuradurías, así como concienciar a la población sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

De esta manera, el Centro de Estudios sobre la Universidad entrega en este libro la recopilación del trabajo colectivo de 21 académicos de la Universidad Autónoma de Baja California, encabezados por los expositores: Mtro. Rafael Coello Cetina y el Dr. Rubén David Aguilar Santibáñez, cuyo núcleo del proyecto giró en torno a la discusión, investigación y análisis de los derechos humanos en los ámbitos nacional e internacional.



## CAPÍTULO I

### EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES DESDE LA PERSPECTIVA DE LOS DERECHOS HUMANOS, ASÍ COMO DE LA JURISPRUDENCIA MEXICANA



## LA DELIMITACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL CONTROL CONSTITUCIONAL DE LAS LEYES\*

Rafael Coello Cetina\*\*

Hemos denominado a esta conferencia “La delimitación de los Derechos Humanos en el control constitucional de las Leyes”, y para abordar el tema partiremos de algunos presupuestos del control de constitucionalidad de las normas generales. Es importante señalar que este tema de la delimitación de los derechos humanos implica tener claro cuál es el parámetro del control de la constitucionalidad que hoy debe tomar en cuenta el juzgador del Estado mexicano, lo que no obsta para que cualquier operador jurídico, que esté interesado en el tema, tome en cuenta estos elementos para plantear una demanda de amparo, en la inteligencia de que cada día llegarán más y más ahora que inicie el expediente electrónico y la firma electrónica.

\* Conferencia presentada el 14 de marzo de 2014 en el marco de los cursos de actualización de derechos humanos ofrecida a los profesores de la UABC que imparten esta materia.

\*\* Secretario general de acuerdos de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Juez de Distrito.

Delimitar los derechos humanos es parte de la fijación del parámetro del control de la constitucionalidad de normas generales y en lo que vamos a reflexionar hoy es aplicable a cualquier medio de control de la constitucionalidad llámese juicio de amparo, controversia constitucional, acción de constitucionalidad e incluso para el ejercicio de las facultades de control constitucional que hoy se reconocen a todos los jueces del Estado mexicano para ejercerlas al conocer de un juicio de los llamados de la jurisdicción ordinaria; son reflexiones de aplicación transversal que no son exclusivas ni del juicio de amparo ni de algún medio de control.

Hoy estamos en un momento, “que a lo mejor siempre ha sido así y en diferentes lugares del mundo”, de crisis jurídica, se trata de una fuerte crisis, ¿dónde está la crisis? La crisis está en los métodos de interpretación, en la forma de abordar el estudio del orden jurídico, de las normas generales que integran el orden jurídico, y aquí hay diversas metodologías que atienden a diferentes formas de concebir el papel del juez en la aplicación y desarrollo del marco jurídico. Siempre corremos el riesgo de ir hacia los extremos. Podemos tener una postura donde creemos que el juez se limita a aplicar la norma general; el juez es la boca del legislador decían hace varios siglos, esa sería una postura extrema en el sentido de que el juez se limita a aplicar lo que ya dice la norma general, sabemos que eso no es cierto. También corremos el riesgo de ir a la otra postura, al otro extremo, donde concibamos al juez como creador de normas generales y esa también es una postura equivocada pues abre la puerta a la anarquía, a la inseguridad absoluta. Tenemos que llegar a un equilibrio, a una postura intermedia, lo que implica tomar en cuenta la realidad social, la realidad política y la realidad del funcionario judicial que va a aplicar esas normas generales.

Hay que tener cuidado también en cómo valoramos esa realidad, porque durante décadas esa realidad se valoró en el sentido de que el juez, por así denominarlo, ordinario, no debía ejercer el control de constitucionalidad, porque dado su elevado grado de corrupción se iba a generar un desastre. Esperemos que no suceda así, han habido avances muy importantes en algunos estados de la república para dar más autonomía, más independencia a los jueces; sin embargo, para algunos esto todavía no es suficiente. Hoy la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) nos dice que el nuevo contexto constitucional derivado de la interpretación de los artículos 1º, párrafos primero al tercero, y el 133 constitucionales implica que todos los jueces puedan ejercer control de la constitucionalidad, pero esto no conlleva en manera alguna modificar los métodos de interpretación ni desconocer cuál es el modelo de juez que establece nuestra Constitución.

Hay un modelo implícito de juzgador. Todo órgano del Estado mexicano está sujeto al principio de juridicidad, es decir, toda autoridad tiene que actuar en los términos que lo determine el marco jurídico que la rige, marco constitucional, marco legal, marco reglamentario, si así lo queremos denominar, pero ahí está ese principio en el artículo 16 constitucional.

El juez, entonces, lo primero que debe tomar en cuenta es que está vinculado por el marco jurídico, está sometido a este y no le corresponde crear normas generales, pues el juez debe atender al contexto normativo previamente establecido, sea el ordinario o el constitucional.

Claro, como veremos más adelante en esta rápida referencia al artículo primero constitucional, no porque una ley diga lo que dice, el juez la debe aplicar cuando va en contra de una norma superior a esa ley. Aun en el caso de estas nuevas atribuciones que implican un cambio importante debe reconocerse que ello no

provoca que el juez pierda esta vinculación al orden jurídico, pues sigue estando sometido al orden constitucional.

Por ende, si bien podemos tener concepciones diferentes sobre cuál es el papel que nuestro orden jurídico le otorga al juzgador, no podemos desconocer que ese papel tiene que derivar de lo que dice la Constitución, no de lo que nos guste o de la teoría que más nos acomode, porque aquí no es cuestión de teorías es cuestión de un marco jurídico, y al final del día de un derecho humano fundamental que es el derecho humano a la juridicidad, porque para poder exigir el respeto a un derecho humano nuestro artículo primero constitucional, párrafo primero, nos dice que ese derecho tiene que estar reconocido en el orden jurídico, si no está reconocido, en principio, no tendrá fuerza jurídica alguna. El principio de juridicidad viene desde ahí, desde el primer párrafo de la Constitución. Hay infinidad de problemas jurídicos en los que el juez se va a enfrentar con casos difíciles donde tiene que integrar el marco jurídico y ahí también entraremos en debate, sobre si esa labor de integración de lagunas jurídicas implica o no una creación de normas generales, pero sin duda que en esa labor integradora el juez tiene que atender, y cualquier operador jurídico tiene que atender, a lo que marca la Constitución o a lo que marcan otras leyes o principios.

Estas metodologías, a muy grandes rasgos, deben partir del texto constitucional que estamos analizando y del texto legal aplicable, con independencia de su jerarquía. No es lo mismo tener una Constitución muy breve llena de principios, de conceptos muy abstractos, que tener una Constitución con una gran cantidad de artículos con una gran cantidad de reglas y precisiones. Tenemos que atender a la particularidad de nuestro texto constitucional y debemos desarrollar metodologías o una metodología de interpretación que derive de nuestro texto constitucional y es cuando entran en juego



la supremacía constitucional y el principio de jerarquía normativa como base de nuestro orden jurídico.

Hoy nuestra Constitución nos dice en el artículo 133 con toda claridad que la Constitución es la Norma Suprema del orden jurídico del Estado Mexicano. Para que un tratado internacional sea válido tiene que respetar la Constitución. Vamos a leer el artículo 133 y después seguramente me van a llevar al 1º constitucional, párrafos primero a tercero, que también vamos a ver con todo detenimiento. El que el 133 establezca algo no implica que no se podría establecer en otro artículo de la Constitución lo contrario, pero partamos primero de lo que dice el 133.

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

Entonces para que un tratado se incorpore válidamente al orden jurídico del Estado Mexicano, tiene que ser conforme a la Constitución en su contenido, no solamente en su procedimiento de creación, sino también su contenido debe respetar lo que dice la Constitución, ya vamos a ver ahí detalles muy interesantes de lo que dicen algunos tratados internacionales.

Laura Camarillo Govea, Facultad de Derecho Tijuana. *Maestro-Coello. Ya se hace alude a la ley constitucional que pertenecen al mismo rango los tratados y la Constitución, hay quienes leemos el artículo 133 de bloque de constitucionalidad, pero por otro lado hay una contradicción de tesis 293/2011, donde precisamente los ministros debatían sobre la jerarquía normativa y*

*de alguna manera la hacen ver en este momento del debate de la lectura del 133 constitucional.*

Rafael Coello Cetina. Por fortuna el engrose seguramente que saldrá a la luz próximamente y va a dejar claro todo esto que les estoy mencionando, porque el engrose reconoce la jerarquía constitucional que tiene la Constitución. Pero antes, vale la pena darle una mirada al artículo 1º constitucional y después vamos a hablar de la distinción entre lo que es la jerarquía normativa y la fuerza normativa que son dos temas bien diferentes, porque una cosa es que dos normas generales contenidas en instrumentos de diferentes naturaleza, en ordenamientos de diferente naturaleza, tengan la misma fuerza normativa y otra es que tengan la misma jerarquía normativa.

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.

Este primer párrafo para algunos pudiera implicar que reconocer los derechos contenidos en la Constitución y en los tratados, equivale a otorgarles la misma jerarquía. Lo primero que debemos preguntarnos es, ¿antes de esta reforma constitucional, nuestra Constitución daba fuerza vinculatoria o no a los derechos humanos reconocidos en tratados internacionales?, es decir ¿en los términos de nuestra Constitución en su texto anterior eran exigibles los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales o no lo eran?. Esa es una de las primeras preguntas; sin duda, ya eran exigibles, dado que ya estaban

incorporados al orden jurídico los tratados respectivos y, por ende, se gozaba de todas las prerrogativas previstas en ellos. Hoy también nuestra Constitución reconoce todos los derechos que nos otorgue algún reglamento del municipio de Mexicali, ya que cualquier derecho que nos dé un reglamento municipal está reconocido en la Constitución, ¿por qué?, Por el principio de juridicidad, en virtud del cual si ya se emitió por un órgano competente una norma general que nos da un derecho, ese derecho desde la Constitución está protegido, aun cuando no lo diga expresamente.

En ese sentido, la reforma constitucional del 10 de junio de 2011 no cambia el estado de cosas, jurídicamente hablando. Así lo señala la tesis de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que lleva por rubro y datos de identificación: “DERECHOS HUMANOS. LOS TRATADOS INTERNACIONALES VINCULADOS CON ESTOS SON DE OBSERVANCIA OBLIGATORIA PARA TODAS LAS AUTORIDADES DEL PAÍS, PREVIAMENTE A LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011”. (Décima Época, Tesis: 1ª. CXCVI/2013 (10ª.) Primera Sala, Tesis Aislada, *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, Libro XXI, junio de 2013, Tomo I, página: 602).

Hay muchas causas que pudieran explicar el porqué de la reforma en materia de derechos humanos y hay debate incluso entre los senadores y diputados porque no se advierten posturas uniformes sobre cuál fue el objeto de esta reforma constitucional por lo que se refiere a la relación jurídica que debe darse entre las normas constitucionales y las normas sobre derechos humanos previstas en tratados internacionales.

Algunos dirían, para qué se realizó la reforma si no se pretendió darles a los tratados respectivos la misma jerarquía que a la Consti-

tución. Otros sostendrán, bueno, porque la mayoría de los juzgadores del Estado mexicano no contestaban los conceptos de violación y los agravios que involucraban la violación a derechos humanos reconocidos en tratados, y existe una gran cantidad de declaraciones de inoperancia de conceptos de violación de esa naturaleza.

Esta reforma lo que provoca es que no exista la menor duda de que esos derechos son plenamente exigibles. Aun así, sigue latente el tema de la jerarquía, ¿el que la Constitución reconozca expresamente determinados derechos implica que la norma que reconoce u otorga esos derechos tiene jerarquía constitucional?

El artículo 123 en el apartado A, fracción XXVII nos dice:

Serán condiciones nulas y no obligarán a los contrayentes, aunque se expresen en el contrato, y nos vamos al inciso *h*) Todas las demás estipulaciones que impliquen renuncia de algún derecho consagrado a favor del obrero en las leyes de protección y auxilio a los trabajadores.

¿Qué nos dice aquí la Constitución? Los derechos otorgados a favor de los obreros en las leyes para su protección, esos derechos, si se violan en un contrato, no solamente se reconoce desde la Constitución que esos derechos se tienen que cumplir, sino que si no se respetan va a ser nula la condición respectiva y no obliga a los contrayentes. Como se advierte, también prevé una consecuencia jurídica al incumplimiento de esos derechos laborales reconocidos en la Norma Fundamental. No solo se da un reconocimiento de esos derechos, porque allí están reconocidos al mencionarlos, sino que incluso se indica que los pactos que se hayan celebrado desconociendo esos derechos son nulos, no son obligatorios.

Estamos en presencia de un reconocimiento constitucional de derechos, ¿este reconocimiento que hace la Constitución le da una

jerarquía diferente a la Ley Federal del Trabajo? No. Se trata de un reforzamiento desde la Constitución para que a nadie le quede duda, en primer lugar, que esos derechos se tienen que respetar, pero además en ese caso no solo se exige su respeto, sino que también se establece la consecuencia jurídica de no respetarlos.

Por consiguiente, el hecho de que el párrafo primero del artículo 1º constitucional señale que se va a gozar de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados, de ninguna manera le da una especial jerarquía a estos tratados internacionales, ¿por qué? porque la jerarquía está determinada por la posición constitucional de cada tipo de instrumento jurídico y trasciende a las consecuencias que aquella implica sobre la fuerza vinculatoria de esos instrumentos.

Cabe recordar que la Constitución tiene una especial posición en el orden jurídico, es Norma Fundamental y, por ende, nos dice la propia Constitución que no es válido el tratado si no respeta el contenido de esta.

¿Podría ser válido el tratado que va en contra de la Constitución? Ello podría sostenerse si no tomamos en cuenta lo indicado en esa norma fundamental en el sentido de que los tratados deben ser conformes a lo previsto en ella, y el problema es que podamos aceptar que un orden jurídico derive de dos normas fundamentales, es decir, de dos fuentes diversas, como se precisará más adelante.

La Constitución tiene dos grandes funciones: una función relacionada con los derechos de los que se someten a un orden jurídico y otra función estructuradora de todos los órganos del Estado. En la función relacionada con los derechos humanos, una misión fundamental de la Constitución es articular todos esos derechos, porque los derechos de las personas tradicionalmente han entrado en aparentes colisiones, hay un choque de intereses por lo regular, entonces, ahí alguien tiene que articularlos, alguien tiene que ar-

monizarlos; en algún lugar deben de estar las bases y si tenemos dos fuentes de normas armonizadoras lo que menos va a existir es armonía, van a existir choques permanentes entre esas dos fuentes, por eso cuando este primer párrafo nos dice que se reconocen esos derechos, lo que esencialmente se buscó en la reforma constitucional es reforzar la eficacia de los derechos humanos contenidos en tratados internacionales. Además, la propia Constitución señala que el ejercicio de esos derechos solo puede restringirse o suspenderse en las condiciones que establece la Constitución, y ahí podemos entrar a otro debate interesante.

¿Esta restricción y esta suspensión son exclusivamente las referidas en el artículo 29 constitucional? Ante esta interrogante, o se sostiene que las únicas restricciones a derechos humanos son las referidas en ese numeral o que las mencionadas en este se refieren a los supuestos de situaciones extraordinarias que puede enfrentar el Estado mexicano. Al parecer es indiscutible que las restricciones mencionadas en el párrafo primero del artículo 1º constitucional van más allá de las señaladas en el diverso 29 de esa Norma Fundamental. Vamos al párrafo siguiente, el párrafo segundo del artículo 1º constitucional señala que:

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

Al respecto, surge la interrogante sobre si al ser parámetro para una interpretación conforme un tratado internacional entonces podría sostenerse que tiene la misma jerarquía que la Constitución. Para resolver esta interrogante vamos a tener que reflexionar sobre

qué es la interpretación conforme. Alguien habla de interpretación conforme en sentido estricto y en sentido amplio.

La interpretación conforme como lo ha sostenido la mayoría de la doctrina se da cuando a un texto normativo le podemos atribuir diferentes sentidos normativos; lo leemos y puede decir A, más tarde puede decir B, ya por la noche quiere decir Z, este texto no está claro, es confuso. Algunos sostendrían ¡No! A cualquier norma general le podemos atribuir diferentes sentidos normativos, ello depende de su capacidad de imaginación y entonces usted tiene muy poca imaginación, pues nada más le puede atribuir uno, dos o tres sentidos normativos, pero yo como tengo mucha imaginación le atribuyo cien sentidos normativos.

Si nos metemos en un problema de capacidad de imaginación nos estaríamos olvidando de que hay una disposición previamente establecida y de que ese sistema tiene una finalidad y que no está al capricho del que va aplicar la norma determinar, prácticamente en cada caso, qué alcance le quiere dar. No, la norma general se crea para regular un número indeterminado de personas y normalmente también es abstracta para regir un número indeterminado de casos y no se crea una norma general para que en cada caso a cada persona se le aplique diferente.

Entonces, se puede dar la interpretación conforme, si a un texto normativo le podemos atribuir diferentes sentidos normativos. También hay que distinguir entre la interpretación conforme y la inaplicación de una ley. Si una ley nos dice que el matrimonio es el que se celebra entre hombre y mujer, si de una interpretación conforme se sostiene que esa norma también dice que el matrimonio puede ser entre hombre y hombre o mujer y mujer, entonces se vuelve discutible sostener que eso es interpretación conforme. Eso podría considerarse como una inaplicación de la norma general

respectiva, pues si para algunos esa es una interpretación conforme, todo podría serlo, ya que aun cuando diga “A”, para otros dice “Z”.

Por ende, la interpretación conforme solo puede operar cuando a un texto normativo le podemos atribuir diferentes sentidos normativos y en muchas ocasiones a una norma general le podemos atribuir un solo sentido normativo; también habrá muchas normas generales a las que podamos atribuir diferentes sentidos normativos, ahí es donde entra en juego la interpretación conforme. Esta interpretación es una expresión de la interpretación sistemática. La interpretación sistemática implica que debemos fijar o atribuir el alcance a una norma general, tomando en cuenta cómo se inserta en el ordenamiento al que pertenece o cómo se relaciona con otras normas del mismo orden jurídico, como parte de un sistema.

En la interpretación conforme si tenemos diferentes sentidos normativos pues vamos a optar por aquél que se apegue a la Constitución, no vamos a optar por los sentidos normativos contrarios a la Constitución.

Como profesores nos interesa mucho dar a nuestros alumnos los mayores elementos y esto de la interpretación conforme vean ustedes como en los diferentes países europeos e incluso en México se utiliza con diferentes fines, en algunos países la interpretación conforme lo único que busca es que un tribunal constitucional nos diga que determinados sentidos normativos no se deben aplicar, no se deben utilizar. Es la única misión del tribunal, como no es un tribunal de legalidad, no le interesa determinar cuál es el sentido normativo que debe prevalecer. No toma el riesgo de decir cuál es el sentido normativo correcto. Otros tribunales sí lo hacen y cuando realizan interpretación conforme no solamente excluyen sentidos normativos sino que concluyen cuál es el sentido normativo correcto.



Para algunas teorías modernas esto es incorrecto, ¿por qué? Porque nos dirían que en cada caso concreto tenemos que ir viendo si una norma se puede aplicar o si es derrotable y entonces en esta bibliografía que les traje, vienen libros donde les hablan de las normas derrotables y les voy a poner ejemplos de esta corriente derivada del principio de razonabilidad utilizado desde finales del siglo XIX en Estados Unidos de América.

El uso de estos métodos tiene grandes riesgos cuando se desconoce o deja de lado el texto constitucional que vamos a interpretar. Sin duda hay casos complejos en donde vamos a tener que hacer uso de esas herramientas que derivan del principio de razonabilidad, porque no hay que descartar, por lo regular, todas las herramientas que genera la doctrina. Es necesario estudiarlas, hay que verlas con cuidado, no hay que decir “esto, como no me gusta, no me sirve”. No. Hay que conocerlo, hay que aprenderlo y hay que ver sus méritos y sus defectos, ya haremos un juicio de proporcionalidad y un poco de la ponderación.

Como decíamos, mediante la interpretación conforme, podemos atribuirle a un texto diferentes sentidos normativos. Puede ser un reglamento municipal al que le atribuimos diferentes sentidos normativos, los comparamos con la Constitución General de la República y resulta que esta no regula esa institución y los sentidos normativos que le estamos atribuyendo no violan directamente algún derecho humano, pero son diferentes sentidos normativos y nada nos dice, al respecto, la Constitución. A pesar de lo anterior, nos asomamos a la Constitución del estado respectivo y advertimos que esta sí regula la institución y resulta que determinados sentidos normativos son contrarios a la Constitución del estado, por qué sentido normativo debemos optar, ¿Por el que se apega a la Constitución local o por el que va en contra? Pues por el que se apega, ¿por qué? Porque hay

jerarquía, y esa jerarquía de la Constitución local sobre el reglamento municipal condiciona su contenido, si el reglamento municipal es contrario a la Constitución local en vía de consecuencia viola la Constitución general, como deriva del artículo 115, fracción II y del diverso 116, en su párrafo inicial ya que no puede el reglamento municipal ir en contra de la Constitución del estado. ¿Estamos ahí haciendo interpretación conforme? Sí, eso también es interpretación conforme. Cuando nosotros le fijamos el alcance a una norma general o, se lo atribuimos conforme a lo que establece una norma que está por encima de la que estamos interpretando, pero por debajo de la Constitución, también se realiza interpretación conforme y no porque ustedes interpreten el reglamento municipal conforme a la Constitución del estado o un reglamento del presidente de la república conforme a una ley del Congreso de la Unión, no por eso estas normas que nos sirven de parámetro para la interpretación conforme adquieren jerarquía constitucional. De ninguna manera, siguen teniendo su posición que les da la Constitución.

Por otra parte, este párrafo segundo indica:

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

es importante precisar que este mandato se refiere a la mayoría de las normas generales, ¿por qué? Porque el principio de juridicidad es un derecho humano y, por ende, todas las normas generales pueden trascender a ese derecho, lo que da lugar a una protección plena del orden constitucional. Entonces las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Cons-

titución y con los tratados internacionales de la materia, yo les diría ¿y no podemos hacer interpretación conforme a la Constitución de un estado?, ¿No podemos hacer interpretación conforme del reglamento del Presidente atendiendo a lo previsto en la Ley del Impuesto sobre la Renta? Claro que lo podemos hacer.

Nuestro constituyente y normalmente los constituyentes, los poderes revisores y los poderes legislativos no son expertos ni en técnica jurídica ni en técnica de redacción, pues allí ponen más o menos el sistema que están tratando de establecer y allí lo plasman o intentan plasmar y nos corresponde a todos los operadores jurídicos precisar el alcance de ese sistema.

Por ende, de este párrafo segundo tampoco deriva la misma jerarquía de los tratados y de la Constitución.

El párrafo tercero no tiene caso leerlo en este momento, pero sin duda que es un tema discutible, pero nuestra Constitución en diversos preceptos sigue reconociendo que el contenido de los tratados tiene que ser acorde a lo que dice la Constitución por eso podemos plantear una acción de constitucionalidad para impugnar un tratado por violar la Constitución; vamos a ver más adelante el artículo 107, fracción I, párrafo segundo, de la Ley de Amparo, porque allí se pretende limitar el amparo contra tratados internacionales, pues más adelante realizaremos la interpretación conforme de ese numeral. Por el momento es conveniente referir a la diferencia entre jerarquía normativa y fuerza normativa.

La jerarquía normativa es la especial posición que dentro de un orden jurídico corresponde a una norma general, tomando en cuenta la naturaleza jurídica de la potestad normativa que se haya ejercido al emitirla. La jerarquía o peldaño que ocupe una norma general dentro de un específico orden jurídico determina su posibilidad de condicionar el procedimiento de creación y el conteni-

do de otras normas generales. En esa virtud, a la norma de mayor jerarquía le corresponde el carácter de Norma Fundamental.

A su vez, la fuerza normativa implica que un mandato contenido en una norma general vincula a los sujetos a los que se dirige. Esta fuerza normativa se encuentra condicionada a que dicha norma general cumpla con los requisitos de validez formal y material que rigen su expedición. Por ende, si no se apega a lo dispuesto en las normas generales de mayor jerarquía que fijan esos requisitos de validez, su fuerza normativa será derrotable, y, por ende, no será aplicable para resolver los supuestos de hecho que pretendía regir.

En ese orden de ideas, la única fuerza normativa que es inderrotable es la que corresponde a la Norma Fundamental de un orden jurídico. Por eso es factible referirse a la supremacía constitucional como la fuerza normativa que le asiste a las normas generales que integran el instrumento jurídico de mayor jerarquía en un orden jurídico.

En ese contexto, a la Norma Fundamental le corresponde servir de base a todas las normas generales o individualizadas que integran un orden jurídico específico; de ahí que en ella se establezcan los órganos y los procedimientos para emitir normas generales, las bases de los ámbitos en los que corresponde regular a dichos órganos y, especialmente se reconocen los derechos humanos y se articulan bien sea mediante su delimitación o su restricción.

Ante ello, al interpretar lo previsto en el artículo 1º constitucional, surge la interrogante relativa a si las normas sobre derechos humanos contenidas en esa Constitución Política y en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, tienen o no la misma jerarquía.

Para responder a esta interrogante es conveniente reflexionar sobre cuáles serían las consecuencias de que normas generales de esa naturaleza tuvieran la misma jerarquía; así, por ejemplo, llama a

reflexión ¿qué sucedería cuando un tratado internacional en materia de derechos humanos al dar un grado de tutela muy amplio a un derecho humano fuera en contra de lo previsto en la Constitución general de la república? aquí se presentarían dos posturas. Al tenor de una primera postura se podría considerar que ambas normas tienen la misma jerarquía, y, por ende, se trata de una antinomia que debe resolverse atendiendo a los criterios tradicionales; incluso, utilizando el principio pro persona, lo que daría lugar a resolver el caso concreto aplicando la que resultara más benéfica para las personas.

Conforme a una diversa postura, simple y llanamente se podría concluir que debe prevalecer la norma investida de supremacía constitucional; es decir, la prevista en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, bien sea porque atendiendo a su fuente formal, lo previsto en esta prevalece sobre lo establecido en cualquier norma de jerarquía inferior; o bien, porque lo dispuesto en el tratado respectivo no se puede incorporar válidamente al parámetro de regularidad constitucional al no cumplir con el requisito esencial de su validez material, el cual consiste en apegarse a lo previsto en nuestra Norma Fundamental.

Así, por ejemplo, en el caso del derecho de acceso a la información, podría aprobarse un tratado internacional en el que atendiendo a la inseguridad mundial se determinara que es necesario, para proteger el derecho a la integridad personal de los servidores públicos, considerar como un dato confidencial el sueldo que reciben, por lo que se convertiría en un dato personal y no se podría tener acceso al monto respectivo. Ante ello surgiría la interrogante sobre la existencia de una colisión entre ese tratado internacional y lo previsto en nuestra Constitución.

Al respecto, si se sostiene que el referido tratado internacional al referirse a normas sobre derechos humanos en la medida en que pre-

tenden tutelar los derechos a la integridad personal y a la privacidad de los servidores públicos, tienen la misma jerarquía que el artículo 6º constitucional que reconoce el derecho de acceso a la información, algunos podrían sostener que resulta necesario ponderar y otorgar pesos a los derechos en conflicto para concluir en un caso concreto qué norma general será derrotada. Esta postura se basa en considerar que existe un conflicto de derechos y que, además, las normas que lo reconocen son de la misma jerarquía, por lo que acude a una metodología de ponderación donde puede llegarse al extremo propuesto por Robert Alexy y asignar un peso numérico a los derechos involucrados, lo que puede provocar un elevado grado de subjetividad.

En cambio, acudiendo a la metodología de la interpretación integral de la Constitución, basta reconocer que conforme a nuestra Norma Fundamental prevalece lo previsto en ella para resolver el caso concreto inaplicando lo señalado en el tratado internacional respectivo en la medida en que sea contrario a lo previsto en aquélla.

Laura Camarillo Govea, Facultad de Derecho Tijuana. *A mí me preocuparía que el debate sea donde queda el artículo primero constitucional, si hay una ponderación de derechos, o, si hay que discutir una jerarquía, o sea, incluso yo creo que ese principio está por encima de cualquier norma. Desde mi punto de vista los derechos humanos son antes que la positivización ya sea en un tratado, o en la Constitución; entonces no sé si el debate es primero dejando de lado el principio pro persona.*

Rafael Coello Cetina. No, el principio pro persona es fundamental y de una vez abordémoslo. En el párrafo segundo del artículo 1º constitucional, se refiere al principio pro persona, el cual tiene dos expresiones, una expresión como regla o método de interpretación de las normas jurídicas generales, para fijar su

alcance cuando le podamos atribuir diferentes sentidos normativos, e implica que vamos a optar por aquel que sea conforme a la Constitución y que, además, otorgue la mayor tutela a los derechos de las personas. ¿Qué personas? ¿El reo, el inculcado, el delincuente, las víctimas? Debe ser a favor de todas las personas, porque la Constitución dice: “a todas las personas”. Además el principio pro persona tiene una expresión como regla de aplicación del derecho, lo que implica que ante una aparente colisión de normas generales, debemos optar por aplicar la que brinde mayor tutela a todas las personas involucradas.

A continuación abordaremos un problema de interpretación de normas de derechos humanos relacionado con el alcance de una garantía para su protección y de un derecho que supuestamente emana de ella.

¿Existe en nuestra Constitución un derecho a la aplicación retroactiva de una nueva normativa penal, en beneficio del imputado o del sentenciado?

En el artículo 14 párrafo primero de nuestra Norma Fundamental se indica que: “A ninguna ley se dará efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Lo dispuesto en este numeral implica que es posible aplicar retroactivamente una nueva normativa en beneficio de una persona siempre y cuando con ello no se causen perjuicios a un tercero.

Además, la convención americana en su artículo 9° dispone:

Nadie puede ser condenado por acciones u omisiones que en el momento de cometerse no fueran delictivos según el derecho aplicable. Tampoco se puede imponer pena más grave que la aplicable en el momento de la comisión del delito. Si con posterioridad a la

comisión del delito la ley dispone la imposición de una pena más leve, el delincuente se beneficiará de ello.

Como se advierte, la Convención Americana sí reconoce el referido derecho. Aquí tenemos un claro problema de restricción de un derecho humano de las víctimas, que también se puede dar vía indulto y vía amnistía, donde se puede olvidar que la aplicación retroactiva en beneficio del imputado o sentenciado puede dar lugar a que la víctima sufra todas las consecuencias de la conducta delictiva y conforme el marco jurídico vigente se tenía que sancionar al que cometió esa conducta y la víctima tenía derecho a la reparación del daño, así como a la justicia y a la verdad; incluso, la Ley General de Víctimas reconoce a estas el derecho a que se sancione al delincuente; sin embargo el legislador puede por diversos motivos suprimir el tipo penal o reducir la pena aplicable. Esta circunstancia da lugar a preguntarnos si aplicar la nueva normativa penal de manera retroactiva no genera un perjuicio a las víctimas.

Entonces, cuidado, hay que reflexionar sobre esa problemática. Incluso conviene reflexionar sobre la validez de la facultad que se otorgue al titular de un poder ejecutivo para indultar por violaciones a derechos humanos, se podría sostener que hay una invasión a la esfera del Poder Judicial, cuyos órganos jurisdiccionales pudieron haber sostenido en una sentencia constitucional, la inexistencia de violaciones a los derechos humanos del sentenciado. El ejercicio de este indulto podría afectar a las víctimas, las cuales podrían impugnar la constitucionalidad de esa facultad.

A continuación analizaremos el principio de progresividad. ¿Qué implica este principio de progresividad? Es un elemento muy importante que por un lado implica que la tutela de derechos humanos debe ir siempre en incremento, pero en un incremento lógico, debe



evolucionar y, por otro lado, implica que no debe existir regresividad. A pesar de lo anterior existen importantes límites al principio de progresividad, y ¿cuáles son estos límites? Que so pretexto de incrementar la tutela de un derecho humano no se puede violentar otro y por esa interrelación que existe entre los derechos debe tener mucho cuidado el legislador, pues si pretende dar mayor tutela a un derecho, no debe afectar, allí hay un límite.

Como lo mencionamos el principio de progresividad también implica el de no regresividad, es decir, no dar marcha atrás en el grado de tutela de derechos humanos, pero también aquí hay un límite, y ¿cuál es ese límite? Pues que si se busca equilibrar la tutela de derechos y en un momento dado había mayor tutela hacia uno, puede válidamente disminuirse el grado de tutela, sin incurrir en regresividad, cuando sin desaparecer un derecho se equilibra con otro.

Un ejemplo claro de este equilibrio de derechos es el de los plazos para proveer el amparo en materia penal, nos dice la Nueva Ley de Amparo que tratándose de sentencias definitivas condenatorias que impongan pena de prisión, ahora habrá un plazo de ocho años para presentar la demanda; antes no había plazo y algunos dicen que esto viola el principio de progresividad porque se está disminuyendo el grado de tutela. La disminución del grado de tutela es cierta, ¿pero qué pasaba con las víctimas? Pues que sus derechos estaban siempre en incertidumbre. Tratándose de la sentencia condenatoria, que podría implicar la recuperación de bienes muebles o inmuebles, al ejecutarse, podría provocar que se transfiriera su propiedad; sin embargo, en virtud de un amparo promovido veinte años después se podría derribar la sentencia condenatoria y dejar sin efectos las enajenaciones respectivas, lo que podría incluso generar responsabilidad para la víctima por no regresar los bienes.

Entonces, existía un grave desequilibrio en la tutela de los derechos de la víctima, por lo que el legislador establece un plazo de ocho años.

Incluso la razón que da el legislador para poner ocho años es que así habrá transcurrido un sexenio desde el dictado de la sentencia condenatoria. Eso está en el dictamen respectivo y en materia agraria se indican siete años, ¿por qué? porque también son más que seis y es más que un sexenio, por lo que en materia agraria ese es el plazo.

Ismael Chacón Güereña. *El tema de amparo contra una sentencia con independencia del tiempo a mí me parece que el problema o el punto modular esta confuso, desde mi perspectiva porque no es el tema del tiempo, sino debiera de ser el tiempo de un adecuado procedimiento penal, de la adecuada defensa, de la valoración de las pruebas de todos los elementos y si alguien en el momento que se acredita una violación a sus garantías al debido proceso a cualquier parte en donde la autoridad fue omisa en donde no se valoró bien, a mí me parece que esto sería más grave decir y sabes que esto sí es cierto, acreditamos lo vimos pero son ocho años y un día, entonces ya no tienes derecho, entiendo que desde el punto de vista social es un tema que es más fácil de vender decirle a todo el mundo le vamos a quitar el derecho al delincuente y le vamos a decir hasta delincuente ya de una vez porque inclusive está sentenciado, está recluso y que ya no se pueda defender para que estemos tranquilos y como socialmente eso nos hace sentir bien no?, de alguna tranquilidad derecho a la víctima ya no va a salir este o lo que sea, pero también me parece que hay un desenfoque en donde no debiera nadie ganar un amparo si todas las cosas están bien hechas, si todo el proceso estuvo bien, si las pruebas fueron valoradas,*

*si se respetaron los derechos, entonces no tendría, promuevan los amparos que quieran promover los vas a perder; y los vas a perder porque las autoridades hacen las cosas como las deben hacer; aquí el problema es que pareciera que en lugar de reforzar esta idea, autoridad cumple más bien es autoridad si no te cachan en cierto tiempo pues prescribe no, la prescripción positiva ya se vuelve tuyo y ya no tenemos ningún problema, yo lo veo, en el tema este de la francesa que todo mundo pegó de gritos y mucha gente se espantó y se enojó, yo miraba el asunto y decía: pues si no cumplimos, no cumplimos, pues si excedimos el tiempo si hicimos un acto ilegal no podemos justificarnos eres autoridad no tienes forma más que cumplir; yo he visto en otros asuntos de gente de menor relevancia que no son franceses y que son mexicanos en donde también se les aplica esas normas y hemos obtenido libertades por violación a derechos fundamentales, de nuestros clientes, para mí esto es bueno porque obligo a la libertad a que cumpla, aquí haga las cosas como las tiene que hacer; es un comentario y a mí me parece que es más grave quitarle el derecho a una persona en algún momento, porque a veces ni siquiera va a ser culpa del sentenciado puede ser culpa hasta del abogado.*

Rafael Coello Cetina. Se tardó ocho años el abogado, lo que es un plazo suficiente.

Ismael Chacón Güereña. *A lo mejor no tuvo abogado o a lo mejor tuvo un defensor, yo lo he visto con algunos clientes míos que traen un defensor de oficio y que yo veo oye porque no ofrecemos nada aquí y de un de repente cuando llegas a la defensa dices oye andabas haciendo a que te dedicas, es decir; en estos asuntos ama si me parece que dejan en mucho riesgo a las personas que están inmersas en el proceso judicial que no tienen capacidad*

*económica para contratar de inicio a un abogado con ciertas características, me parece que los dejas en mayor riesgo, en aras de presentar de hacer una propuesta que socialmente o políticamente e incluso el tema este otros que si es un sexenio o no, me explico pareciera que tiene una medida política que una medida jurídica o de derechos humanos, no creo que se estén preocupándose tanto por los derechos humanos de las víctimas, no, digo con todo respeto en esa visión.*

Rafael Coello Cetina. Muy bien, interesante.

Luis Alberto Hernández Morales, Facultad de Derecho Tijuana.

*Tendría que ver con estos alcances del principio de proporcionalidad, de progresividad perdón, que a la luz del análisis que en su momento hizo la corte respecto a la reforma de la ley del ISSSTE concretamente respecto un derecho la afectación que se le hizo tanto como delimitación y como restricción del derecho de pensión y todavía vez que muchas entidades federativas incluida Baja California, no se hace esa reforma, me explico antes se jubilaban con el último salario que tenían con la reforma lo que ahorraste, entonces hasta donde, no dices que en su momento eso dice la corte que ahora si incluye la constitución este principio de progresividad pues hasta donde va condicionar que se consideren validez estas reformas estatales no, como va incidir?*

Rafael Coello Cetina. Veo que su pregunta se orienta en cuanto a si no se afectaría el principio de progresividad por una reforma local en materia de prestaciones de seguridad social para los servidores públicos del Estado. Allí está el voto de los ministros Ortiz Mayagoitia y Silva Meza por la inconstitucional de la reforma a la Ley del ISSSTE y, podría ser un argumento reforzado

ahora con la previsión constitucional de ese principio. Pero hay que analizar con cuidado qué efectos tiene esa reforma, y hasta dónde hay un derecho humano afectado, en el sentido de que no puedan moverse las condiciones que deban cumplirse para tener derecho a una pensión, porque el derecho a la pensión no está configurado plenamente en la Constitución, ante lo cual es necesario determinar hasta dónde la ley lo puede configurar, lo puede delimitar y cuáles serían las restricciones válidas; además, hasta dónde está protegido el derecho a la pensión por el principio de la progresividad.



## LOS DERECHOS HUMANOS A LA LUZ DE LA JURISPRUDENCIA DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN\*

Rubén David Aguilar Santibáñez\*\*

Este trabajo es en una breve explicación de lo que es el tradicional amparo contra leyes a partir de las reformas en derechos humanos y de amparo de junio de 2011, unas situaciones particulares de lo que desde mi punto de vista es el control constitucional pleno de normas generales en la jurisdicción de amparo. El tema se tratará a partir de algunos parámetros para el ejercicio del control oficioso del control de constitucionalidad y de convencionalidad que ha establecido la Suprema Corte. Las consideraciones finales son opiniones propias y objeto de debate y comentarios. Con la implementación de las reformas constitucionales del 6 y 10 de junio de 2011, y también con posterioridad a ellas y a la entrar en vigor en abril del 2013 de la Ley de Amparo, este medio de control constitucional concentrado ha regulado de mejor manera las vías de amparo indirecto y directo

\*\* Conferencia presentada el 17 de abril de 2015 en el marco de los cursos de actualización en derechos humanos, ofrecida a los profesores de la UABC que imparten esta materia.

\*Magistrado del Décimo Tribunal Unitario del Decimoquinto Circuito del Poder Judicial del Estado de Baja California.

para impugnar la inconstitucionalidad de una norma general, siendo que en amparo indirecto normalmente se ha clasificado en leyes autoaplicativas y heteroaplicativas y debe plantearse específicamente como acto reclamado destacado y demandar a las autoridades intervinientes en el proceso legislativo correspondiente, debiendo ser señaladas estas como autoridades responsables cuando se reclama una ley considerada autoaplicativa, lo cual debe ser dentro de los treinta días a su entrada en vigor; y si la ley cuestionada requiere de un acto de aplicación para demostrar la afectación al interés jurídico, por ser heteroaplicativa, debe promoverse la demanda de amparo dentro de los quince días a partir del acto de aplicación y señalarse además, como autoridad responsable a quien aplicó la norma, con los ya conocidos efectos relativos de inaplicación de la ley, y principalmente la prohibición de aplicarla en el futuro en perjuicio del peticionario en caso de declararse inconstitucional la norma general. Esto es en lo que se refiere al tradicional amparo indirecto contra leyes.

Por otra parte, en la vía del amparo directo, el control constitucional no tiene los mismos alcances, pues el efecto del fallo protector limita a dejar insubsistente el acto reclamado e inaplicar la ley declarada inconstitucional aplicada en la sentencia o en algún acto previo del procedimiento, pero pudiendo volverse a aplicar en el futuro toda vez que las autoridades responsables del proceso creador de la ley no intervienen en el juicio de amparo directo, ni tampoco la norma general es señalada como acto reclamado, ya que en el amparo directo únicamente se establece como acto reclamado la resolución de la autoridad y, es en los conceptos de violación donde existe la previsión de plantear lo relativo a la inconstitucionalidad de la ley para que el tribunal colegiado tenga la obligación de pronunciarse al respecto con los efectos limitados en caso de estimar la inconstitucionalidad de la norma general.



En el amparo directo, aun y cuando exista pronunciamiento del tribunal colegiado sobre la inconstitucionalidad de alguna norma no se establece en los resolutivos ningún pronunciamiento de inconstitucionalidad de ley, en los resolutivos únicamente se va a vincular a la autoridad que emitió la sentencia, a que la deje insubsistente y emita una nueva, acatando los lineamientos que fija el tribunal colegiado, pero, de ninguna manera, se hace en los resolutivos la declaratoria de inconstitucionalidad de la ley, eso no existe en el amparo directo, solo en el amparo indirecto cuando es expresamente señalada la ley y, todo el proceso y las autoridades en el amparo tradicional.

Tenemos el amparo contra leyes a partir de las reformas constitucionales en materia de derechos humanos y de amparo de junio de 2011, una situación muy interesante. En el amparo contra leyes cuando se aduce un interés legítimo, sin acto de aplicación y fuera del término de los treinta días de la entrada en vigor de la norma impugnada. Conforme al nuevo orden constitucional y legal del juicio de amparo se desprende del artículo 107, fracción I de la Constitución federal, el concepto de interés legítimo, para instar la acción constitucional cuando exista una afectación indirecta generada por la especial situación del quejoso frente al orden jurídico. Al respecto, la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver el amparo indirecto en revisión 152/2013, declaró inconstitucional una porción normativa del artículo 143 del Código Civil para el estado de Oaxaca, y estableció que era necesario adaptar el criterio clasificatorio que utiliza el concepto de “individualización incondicionada” y adecuarlo al de interés legítimo, pero preservando el criterio de clasificación que distingue entre normas heteroaplicativas y autoaplicativas tratándose de interés jurídico, es decir, tratándose de interés jurídico, sigue vigente la clasificación de normas autoaplicativas y heteroaplica-

tivas, pero tratándose de interés legítimo, la Suprema Corte consideró que debía establecerse una nueva tutela constitucional y de procedencia del amparo indirecto.

En la referida sentencia, la Primera Sala consideró que el *a quo* no debió sobreseer el juicio de amparo apoyándose en la inexistencia del acto de aplicación, toda vez que aun tratándose de normas heteroaplicativas, al aducir un interés legítimo no había necesidad de demostrar un acto de aplicación cuando los efectos de la norma trascienden en la afectación individual o colectiva, calificada, actual, real y jurídicamente relevante por la parte quejosa; es decir, una afectación a la esfera jurídica en el sentido amplio, que puede ser de índole económica, profesional, de salud o de cualquier otra, siempre que dicho interés esté garantizado por un derecho objetivo y que pueda traducirse, en caso de concederse el amparo, en un beneficio jurídico al quejoso. La parte que nos interesa para efecto de la procedencia del amparo indirecto contra leyes, la Suprema Corte estableció que cuando una ley, en cuya parte valorativa contenga un mensaje que se reputa como discriminatorio por hacer distinciones con base en una de las categorías sospechosas prohibidas por el artículo 1º constitucional, debe considerarse que es autoaplicativa, concluye. La Suprema Corte, párrafo 128 de la sentencia de amparo en revisión dice:

Sin importar la fecha de entrada en vigor, debe admitirse, pues, sus efectos son permanentes, ya que no se agotan en un instante, sino que se actualizan de momento a momento, por lo que se puede impugnar en cualquier tiempo, es decir, lo anterior constituye un nuevo entendimiento del plazo de interposición de un amparo contra leyes autoaplicativas cuando el mensaje expresado por estas sea estigmatizador y esté basado en categorías sospechosas (la discriminación por la preferencia sexual, se refiere al matrimonio).

Otra situación interesante derivada de las reformas en materia de derechos humanos y de amparo de junio de 2011, es el amparo indirecto contra leyes, cuando la norma se refiera a un tratado internacional que reconozca derechos humanos. Tratándose del juicio de amparo indirecto promovido contra leyes, el artículo 107, fracción I inciso *a*), de la Ley de Amparo, en mi opinión, excluye, del control constitucional el señalamiento como acto reclamado destacado de un tratado internacional en el que se establezcan disposiciones que reconozcan derechos humanos. Lo anterior, en mi opinión, se desprende del contenido del artículo 107, que textualmente dice así:

Artículo 107. El amparo indirecto procede:

Fracción I, contra normas generales que por su sola entrada en vigor o con motivo del primer acto de aplicación cause perjuicio al quejoso.

Para los efectos de esta ley se entiende por norma general, entre otras, las siguientes:

*a*) los tratados internacionales aprobados en los términos previstos en el artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; salvo aquellas disposiciones que tales tratados que reconozcan derechos humanos.

Como se advierte de la lectura anterior, aun cuando en un amparo indirecto pueda promoverse contra leyes, el legislador estableció categóricamente la exclusión de que se señale como acto reclamado destacado las disposiciones del tratado internacional, pero exclusivamente en la materia en que reconozcan derechos humanos. En mi opinión, en el supuesto de que en un juicio ordinario un juez del orden común lleve a cabo el control difuso de convencionalidad, la parte afectada en este acto, puede impugnar-

lo en la vía del amparo indirecto, es decir, el control constitucional se puede llevar a cabo sobre un control difuso en caso de ser procedente; sin embargo, este juicio de amparo será con efectos limitados, pues solo podrá formar parte de la *litis* constitucional el acto de aplicación, mas no podrá serlo la disposición cuando esta versa sobre derechos humanos en materia convencional.

De estas reformas ha surgido lo que algunos tratadistas han llamado el control constitucional pleno de normas generales en la jurisdicción de amparo. En la práctica se ha advertido que así es, ya se puede llevar un control constitucional casi absoluto. En virtud de este nuevo orden constitucional tenemos la sentencia en la que Tribunal Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el expediente de varios 912/2010, el 14 de julio de 2011, por el que deja sin efecto las jurisprudencias que establecían que el Poder Judicial de la Federación era el único que podía declarar la inconstitucionalidad de las leyes por la vía del control constitucional, es decir, lo que todos conocemos como el control difuso, el cual estaba vedado por interpretación jurisprudencial, la Corte interrumpe esa jurisprudencia, y se perfilan dos grandes vertientes en el orden jurídico mexicano, siendo el ya existente control constitucional concentrado a cargo de los órganos del Poder Judicial de la Federación a través de los juicios de amparo (principalmente), y se reconoce ahora el control difuso, depositado en los poderes judiciales, pero no solo se ordena un control difuso de constitucionalidad de las leyes ordinarias, sino incluso de convencionalidad, pues en el párrafo 399 de la sentencia dictada en el caso Radilla-Pacheco por la Corte Interamericana, se estableció lo siguiente, dice la Corte Interamericana:

En relación con las prácticas judiciales, este Tribunal ha establecido en su jurisprudencia que es consciente de que los jueces y tribunales

internos están sujetos al imperio de la ley y, por ello, están obligados a aplicar las disposiciones vigentes en el ordenamiento jurídico. Pero cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional como la Convención Americana, sus jueces, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En otras palabras, el Poder Judicial debe ejercer un ‘control de convencionalidad’ *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última de la Convención Americana.

Así las cosas, se determina que el control de convencionalidad será *ex officio*, además, en atención al mandato contenido en el artículo 1º, párrafo tercero de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en relación directa con el diverso numeral 133 de la carta fundamental, se consolida el nuevo paradigma constitucional; y con la incorporación de la nueva Ley de Amparo se genera en el Poder Judicial de la Federación un cambio en la impartición de justicia, al ampliarse las facultades de los operadores jurídicos en el ejercicio del control constitucional concentrado, pues ahora se tiene la posibilidad de ejercer dentro del propio juicio de amparo el control difuso de convencionalidad de las normas generales, pero de oficio, es decir, aun cuando no se promueva el tradicional juicio de amparo contra leyes, conforme a los requisitos que establece la Ley Reglamentaria de los artículos

103 y 107 de la Constitución federal, para los órganos de impartición de justicia federal, en sede constitucional, es decir, llevando a cabo el control constitucional concentrado pueden, a petición de parte o de oficio, determinar la inconstitucionalidad o inconvencionalidad de normas generales aplicadas por la autoridad responsable, e incluso verificar la regularidad constitucional de la propia Ley de Amparo aplicada en el trámite del mismo juicio constitucional, lo cual es acorde al esquema del orden constitucional y a la jurisprudencia de la Suprema Corte, por lo que se debe privilegiar los derechos humanos contenidos en la constitución, tratados internacionales en los que el Estado mexicano haya sido parte y las sentencias de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, independientemente de que el Estado mexicano haya sido parte en el juicio; lo anterior ha permitido que se realice un control de constitucionalidad pleno de normas generales en la jurisdicción de amparo con el propósito fundamental de evitar estados de denegación de justicia y, en algunos casos, tiene la finalidad específica de hacerlo en la búsqueda de la tutela judicial efectiva.

A continuación veremos tres casos prácticos en los que se ha aplicado ese control de constitucionalidad, así como la parte teórica y la parte sustantiva.

¿Qué es el control constitucional pleno? ¿Cuáles son los parámetros para el ejercicio del control constitucional y de convencionalidad? En estos temas, la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha venido emitiendo diversos criterios relativos al control constitucional y al control de convencionalidad *ex officio*, lo que algunos le denominan control constitucional pleno de normas generales en la jurisdicción de amparo y estableció que, la obligación constitucional se actualiza únicamente cuando el órgano jurisdiccional advierta que una norma, aun cuando no haya

sido impugnada, contraviene derechos humanos contenidos en la Constitución federal o en los tratados internacionales en los que el Estado mexicano haya sido parte; por ende, en los demás casos, la ausencia del pronunciamiento del órgano jurisdiccional significa que no existe sospecha alguna para el juzgador por no parecer potencialmente violatoria de derechos humanos, por tanto, en estos asuntos no existe obligación de parte del operador jurídico de realizar ninguna confrontación normativa. Aquí lo que la SCJN establece es algo muy sencillo y muy obvio, si el operador jurídico, sea el juez de distrito, el tribunal unitario o un tribunal colegiado, al conocer o resolver un juicio de amparo no se lo plantean las partes, y él no advierte que las normas que se están aplicando potencialmente puedan chocar con el orden constitucional, dice la Suprema Corte, no existe la necesidad de que el tribunal en la sentencia plasme esa cuestión, es decir, por ejemplo las causales de improcedencia en el juicio de amparo, la corte ya lo dijo: el juez o el tribunal no tiene necesidad u obligación de justificar que no se actualizan las causales de improcedencia previstas en la Ley de Amparo; esto es similar, si al órgano de control constitucional no se lo plantean para empezar. En segundo lugar, el juzgador, al aplicar las normas no advierte potencialmente que alguna de ellas pueda ser lesiva de derechos humanos contenidos en tratados internacionales, no existe la obligación de hacer ni un solo pronunciamiento, no tiene que decir absolutamente nada. Entonces eso, tácita o implícitamente significa que el operador jurídico consideró acorde al orden constitucional las normas que se aplicaron; sin embargo, si el operador jurídico tiene sospecha de que una norma jurídica parece potencialmente violatoria de derechos humanos debe tener presente que el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación definió que el parámetro del control de

validez de todas las normas generales lo constituyen los derechos humanos contenidos en la Constitución, en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de los Derechos Humanos con independencia de que el Estado mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal internacional, a lo que le denominan algunos de los ministros como “bloque de constitucionalidad”. De tal forma que las normas jurídicas dentro del ordenamiento jurídico mexicano que contravengan dicho orden devendrán inconstitucionales; sin embargo, cuando en la Constitución federal hubiera una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se deberá estar a lo que indica el texto constitucional. Este es el primer parámetro que debe de tener el operador jurídico de amparo cuando tenga la intención de llevar a cabo un control constitucional pleno, la primer barrera que tiene es esa, las restricciones a los derechos que establece la Constitución, son situaciones que debe respetar el operador jurídico.

Sobre el alcance del derecho a la tutela judicial efectiva, en un derecho en específico, el numeral 17 de la Constitución federal, la SCJN realizó recientes interpretaciones aplicando, precisamente, el artículo 17 de la Carta Magna, así como los diversos artículos 2º, 8º y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos a la luz de los principios *pro personae* e *in dubio pro actione*. En este sentido resulta interesante el ejercicio del control de convencionalidad, ya que existe la posibilidad de concluir en la inaplicación o realizar la interpretación conforme de una norma legal que establece requisitos de admisibilidad o de improcedencia de un recurso judicial o incluso de un juicio, pues debe tenerse presente la *ratio legis* de la norma para evitar formalismos que impidan un enjuiciamiento de fondo de un asunto y que por su rigor o formalismo excesivo reve-



len una desproporción entre los fines de las formalidades y los fines previstos en la ley para preservar la correcta y funcional impartición de justicia. Esto significa que la Suprema Corte ha ponderado el derecho al acceso a la justicia que establece el artículo 17 de la Constitución federal, así como los artículos 2º, 8º y 25 de la Convención Americana que se refieren a los mismos derechos, pero la misma convención establece que el derecho al acceso a una tutela judicial efectiva no es absoluto, eso que quiere decir, que los Estados tienen facultades legislativas o el derecho para configurar las normas como establecer requisitos de admisibilidad, todos los Estados tienen esa facultad, esa potestad, esa libertad configurativa para establecer requisitos de procedencia de las acciones o de admisibilidad, es decir, no porque esté previsto el derecho a la tutela judicial efectiva quiere decir que se va a admitir cualquier tipo de situación, ante cualquier autoridad, en cualquier tiempo sin cumplir con ningún requisito, esto no es así, y ello lo establece también en sus resoluciones la Corte Interamericana, además de que en la convención, en estos artículos, se establece esa misma situación. Por ejemplo, se requiere hacer una mención especial en los casos en los que la ley que se cuestione como restrictiva al ejercicio de un derecho humano solo reitere un principio procesal de rango constitucional. ¿Qué quiere decir un principio procesal de rango constitucional?, pues precisamente un requisito de admisibilidad o de procedencia previsto en la Constitución. En la Constitución, así como se establecen los derechos de acceso también se establecen las limitaciones de acceso a algunos derechos o algunos juicios. Entonces, si la ley que se va a tildar de inconstitucional por el gobernado solo reitera un principio procesal de rango constitucional, pues ese planteamiento de control de convencionalidad no podrá concluir en la inaplicación de la norma reproducida en esas condiciones, pues existe jurisprudencia de

la Suprema Corte de Justicia de la Nación en el sentido de que se deberá observar lo que indica el texto constitucional. Aquí solo nos remitimos a la primera regla, que es la que se refiere para llevar a cabo el análisis de convencionalidad debemos de tener presente que las restricciones al ejercicio de los derechos humanos que estén en la constitución no pueden ser objeto de declaratoria de inconvencionalidad, criticable o no, esa es la decisión de la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esa es la primera regla. La segunda regla de la tutela judicial efectiva es que es un derecho que no es absoluto, está limitado a la libertad configurativa de los congresos que establecen los requisitos de admisibilidad para los juicios. Lo otro que tampoco podemos hacer de oficio es declarar la inconvencionalidad de una norma que lo único que haga sea reproducir un principio procesal constitucional relativo a la admisibilidad o no de un recurso o de un juicio. Se puede arribar a la conclusión de que las instituciones de rango constitucional que limitan el acceso a la justicia, por ejemplo el principio procesal de rango constitucional de definitividad del juicio de amparo previsto en el artículo 107 de la Constitución federal y regulado por el artículo 61 de la Ley de Amparo, donde se establecen las excepciones al principio de definitividad, que si bien es verdad no puede inaplicarse el principio de definitividad porque solo es una reproducción de lo que dice la Constitución, textualmente se reproduce. Entonces, nosotros no podemos inaplicar el 61 de la Ley de Amparo diciendo que es inconvencional; sin embargo, hay principios que no son absolutos, es decir, hay principios que no establecen prohibiciones totales, y ese es el caso, precisamente del principio de definitividad, porque aun y cuando está previsto en la Constitución, el principio de definitividad establece excepciones a ese mismo principio, es decir, no se procederá con el juicio de amparo si no se cumple con el principio de definitividad, sin

embargo, no habrá necesidad de agotar o de cumplir el principio de definitividad, y ya señala algunos supuestos. Entonces ese principio de rango constitucional no es absoluto, es relativo, por ende, nosotros no podemos declarar la inconveniencia del principio de definitividad, pero sí podemos llevar a cabo una interpretación conforme, para ampliar la tutela judicial efectiva en casos en los cuales el legislador no haya previsto supuestos en los que rija la misma razón para aquellos supuestos en los que se estableció la excepción al principio de definitividad. Tratándose del principio de definitividad del juicio de amparo, es factible realizando una interpretación conforme a la luz del principio pro persona y ampliar los supuestos de admisibilidad en casos extraordinarios para no denegar justicia en situaciones análogas a las previstas en el artículo correspondiente de la ley reglamentaria de la institución procesal de rango constitucional, como muestra existe la jurisprudencia de la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación cuyo rubro es el siguiente: “Definitividad en los juicios de amparo indirecto. Se actualiza una excepción a este principio en los casos en los que esté involucrado un menor de edad, cuando el recurso ordinario no admite la suspensión del acto.”

De la ejecutoria y del contenido de la tesis de jurisprudencia, podrá advertir que se hace este análisis argumentativo en el que no se declara de ninguna manera la inconveniencia o inconstitucionalidad del principio de definitividad por limitar el acceso a la justicia sino lo que se hace es interpretar de manera constitucional esa restricción para generar un acceso a la justicia, en asuntos en los que existe una razón muy similar. También, el control constitucional de normas generales no solo se ejerce en el juicio de amparo, sino también se puede llevar y debe llevarse en la función jurisdiccional ordinaria en los juicios penales, civiles, mercantiles, admi-

nistrativos, etcétera, incluso en el recurso de revisión administrativa que regula el artículo 126 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación y que se substancia ante la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación, pudiendo ser objeto de control la misma norma que lo establece, como recientemente lo realizó nuestro máximo tribunal de justicia al confrontarlo con el derecho a la tutela judicial efectiva, ¿eso qué quiere decir? Que el Poder Judicial tiene la función del control constitucional a través del juicio de amparo, pero nosotros también llevamos una función que se llama de control de legalidad, es decir, en jurisdicción ordinaria nosotros llevamos juicios civiles federales, penales federales, mercantiles, etcétera. Llevamos también juicios de amparo indirecto en ellos, llevamos la función del control constitucional, tenemos esa doble función. Entonces, la SCJN también tiene una función de control de legalidad, cuando la SCJN revisa, a través del recurso de revisión, cuestiones de legalidad que emite el Consejo de la Judicatura Federal en relación con la adscripción, designación de jueces, concursos para magistrados, etcétera, las resoluciones que se emitan pueden impugnarse y la SCJN va a llevar a cabo el análisis de la legalidad, pero como ustedes saben, contra los actos de la SCJN no procede el juicio de amparo. Entonces, al no existir un medio de control constitucional que revise los actos de la SCJN, ella misma permite el análisis de la constitucionalidad, no solo de sus actos, sino de las leyes que está aplicando, y al actuar en ese orden, de órgano de control de la legalidad es cuando se lleva a cabo lo que todos conocemos como control difuso. El control difuso es aquel en el cual los órganos que no están destinados exclusivamente para llevar a cabo el control concentrado, lo hacen desde el punto de vista de la jurisdicción ordinaria, llevan a cabo esa confronta de la norma local con la Constitución o los derechos humanos previstos en los tratados internacionales.

Hay diversos criterios aislados y jurisprudencias de la Suprema Corte, mencionaré, por ejemplo, los rubros:

- 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 aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional.

- Suplencia de la queja deficiente. Es una institución de rango constitucional que restringe válidamente el derecho a ser juzgado con igualdad procesal. (Legislación vigente hasta el 2 de abril de 2013).

- Control de constitucionalidad y convencionalidad. Condiciones para su ejercicio oficioso por los órganos jurisdiccionales federales.

- Tutela judicial efectiva. La resolución judicial que desecha la demanda o la que la tiene por no presentada por incumplir con las formalidades y los requisitos establecidos en sede legislativa, respeta ese derecho humano.

- Tutela judicial efectiva. Los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades establecidos en la ley para la admisibilidad y procedencia de los juicios, deben tener presente la *ratio* de la norma para evitar formalismos que impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto.

- Tutela judicial efectiva. El legislador no debe establecer normas que, por su rigorismo o formalismo excesivo, revelen una desproporción entre los fines de las formalidades y los requisitos previstos en la ley para preservar la correcta y funcional administración de justicia.

- Revisión administrativa. El artículo 126 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación no vulnera el derecho fundamental de acceso a la justicia contenido en el artículo 17 constitucional.

A continuación cito los fundamentos de carácter convencional relativos al derecho a una tutela judicial efectiva, que ya los mencioné, es el Pacto de San José de Costa Rica o Convención Americana sobre Derechos Humanos, el artículo 2°, 8° y 25.

El artículo 2° dice:

Los Estados que intervienen tienen el deber de adoptar disposiciones de derecho interno. Si el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el Artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados Partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta convención, las medidas legislativas o de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Artículo 8°:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter. En esta disposición de la Convención se encuentra consagradas las garantías de seguridad jurídica: legalidad, garantía de audiencia, y debido proceso ya bien sea en la materia penal, civil o de cualquier otra.

#### Artículo 25:

Toda persona tiene derecho a un recurso sencillo y rápido o a cualquier otro recurso efectivo ante los jueces o tribunales competentes, que la ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la constitución, la ley o la presente convención, aún cuando tal violación sea cometida por personas que actúen en ejercicio de sus funciones oficiales.

Hay criterios también de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con respecto a la efectividad de los recursos, y esta Corte ha establecido jurisprudencia en el sentido de que los Estados miembros de la Convención deben prever que sus recursos internos sean eficaces y sencillos para salvaguardar los derechos humanos, toda vez que la existencia formal de los recursos no garantiza su protección pues resultan ilusorios o figuran cuadros de denegación de justicia, dice en una sentencia aquí la Corte Interamericana:

La garantía contenida en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos –recurso judicial efectivo– constituye uno de los pilares básicos de la Convención Americana, del estado de derecho en una sociedad democrática en el sentido de la convención, cuya garantía debe armonizarse con las reglas del debido proceso y con la obligación general a cargo de los mismos Estados de garantizar el libre y pleno ejercicio de los derechos reconocidos por la convención a toda persona que se encuentre bajo su jurisdicción (caso diecinueve comerciantes contra Colombia).

Y hay otra resolución que la referida Corte ha dicho en acotamiento al referido derecho que:

por razones de seguridad jurídica para la correcta y funcional administración de justicia y la efectiva protección de los derechos de las personas, los Estados pueden y deben establecer presupuestos y criterios de admisibilidad de los recursos internos, de carácter judicial o de cualquier otra índole” (caso trabajadores cesados del Congreso contra Perú, 24 de noviembre de 2006).

Por ende, es importante mencionar que la Corte Interamericana de Derechos Humanos se ha referido a nuestra institución procesal, a nuestro juicio de amparo, como un “recurso efectivo” de acuerdo con los criterios jurisprudenciales y a casos resueltos reúne las características de sencillez y brevedad. Esos son algunos apuntamientos muy generales, hay muchísima doctrina y sentencias al respecto, pero tratándose del derecho al recurso judicial efectivo, es algo que quise traer aquí con ustedes porque como maestros de la Universidad, yo creo que les interesa este tema.

#### CONSIDERACIONES FINALES

Bajo este nuevo paradigma constitucional en materia de derechos humanos, tenemos un renovado juicio de amparo en el cual se puede llevar a cabo el control constitucional de normas generales, con un ámbito de acción más amplio, pues se introduce el interés legítimo, además es factible ejercer un control constitucional pleno, toda vez que si bien es verdad las normas generales pueden impugnarse de la manera tradicional en la vía del amparo indirecto bajo ciertos requisitos de procedencia que se establecen la ley reglamentaria, también es factible que el nuevo orden constitucional permita ahora al operador jurídico realizar el análisis oficioso de convencionalidad



o constitucionalidad de las normas aplicadas en el acto reclamando e inclusive el estudio de la constitucionalidad de la propia Ley de Amparo, vía el recurso correspondiente previsto en la ley de la materia. Cabe señalar que en los asuntos de amparo indirecto en que se inaplique una norma derivada del estudio de convencionalidad o de constitucionalidad oficioso por el Tribunal, los efectos de las sentencias serán similares al amparo directo, es decir, los efectos de una sentencia que concede el amparo en la vía indirecta serán diferentes a los efectos de la sentencia de amparo directo. Sin embargo, cuando se lleva a cabo por el órgano jurisdiccional de oficio, el control convencional o constitucional, los efectos de esas sentencias van a ser similares a los del amparo directo, es decir, solo para que se inaplique la norma en el asunto que se resuelve y no serán los efectos iguales a los del tradicional amparo indirecto contra leyes, en donde se oye al poder legislativo y ya no se puede aplicar la norma al quejoso en lo futuro, sin que sea óbice para arribar a esta consideración el que se dé cumplimiento a la publicidad del proyecto en términos del párrafo segundo del artículo 73 de la Ley de Amparo, toda vez que ello no subsana los requisitos y formalidades específicas del amparo tradicional contra leyes. Este artículo 73, ya lo conocen ustedes, dice que se debe dar vista cuando vaya a existir algún pronunciamiento de inconstitucionalidad, entonces, en mi opinión, les repito, estas son opiniones de su servidor, no es ningún criterio expreso o la posición del Poder Judicial de la Federación, en mi opinión esos son los efectos que se le debe de dar a las sentencias de amparo cuando se lleva a cabo el control constitucional pleno de oficio.

En conclusión podemos decir que al realizar ese control constitucional pleno en la jurisdicción de amparo la Suprema Corte de Justicia de la Nación está empezando a construir, vía doctrina jurisprudencial, los límites para su ejercicio, igualmente está es-

tableciendo los parámetros de control de convencionalidad para lo cual está tomando en cuenta principalmente, evitar cuadros de denegación de justicia procurando el respeto al derecho del acceso a la misma; y también considero que en nuestras resoluciones o jurisprudencia del Poder Judicial de la Federación, específicamente de los tribunales colegiados y de la Suprema Corte, podría incluirse la doctrina del Tribunal Federal Electoral del Poder Judicial de la Federación del reencauzamiento de la vía, del recurso o de la acción intentada, situación que es muy compleja, pero que sabiendo armonizarse con los diversos principios de equidad procesal y de respeto al derecho de audiencia de todas las partes procesales en los referidos juicios del control constitucional en los que se ejerza de oficio este medio de control, debe de garantizar el más efectivo y justo acceso a la justicia. Desde mi punto de vista, las resoluciones del Tribunal Federal Electoral al hablar del reencauzamiento de la vía, llevan a cabo la aplicación de algunos principios para corregir el planteamiento de demandas mal intentadas por los gobernados. Si nosotros trasladamos esa doctrina del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación hacia nuestros tribunales vamos a permitir que el acceso a la justicia sea más amplio, y lo digo con todo respeto por los compañeros que litigan, no por el error del abogado que está patrocinando un asunto; sin embargo, ante la improcedencia en un asunto en el que posiblemente el gobernado tendría la protección de la justicia federal, los operadores de justicia tenemos la obligación de crear, interpretar, perfeccionar y mejorar las leyes, a efecto de que exista un acceso a la justicia plena que, yo creo, esa la intención del legislador al establecer este nuevo orden constitucional y juicio de amparo. Pero estamos en ese camino y hay criterios que son totalmente contradictorios, en la propia Suprema Corte se ha visto

que las votaciones están divididas, en los tribunales colegiados es sumamente complicado llegar a acuerdos en estos asuntos.

Ahora voy a tratar tres asuntos en los que se llevó a cabo el control constitucional *ex officio*. En el primer caso, en el Tribunal Colegiado, nosotros resolvimos un asunto del cual emitimos una tesis cuando todavía no estaba la Ley de Amparo, entonces estaba solamente la norma constitucional, las reformas de junio que conocemos, la Ley de Amparo entró en vigor el 3 abril del 2013, este asunto lo resolvimos el 21 de febrero del 2013, pero desde el 2012 lo estuvimos estudiando por la particularidad que tenía. A continuación presento la tesis que nosotros emitimos en el tribunal:

Libertad anticipada. El artículo 162, párrafo primero, de la Ley de Ejecución de Penas y Medidas Judiciales para el Estado de Baja California, al facultar al director de ejecución de la Subsecretaría del Sistema Estatal Penitenciario de la Secretaría de Seguridad Pública de esa entidad, para resolver las solicitudes de dicho beneficio en casos de notoria improcedencia y cuando los estudios de personalidad no resulten favorables al sentenciado, viola el artículo 21, párrafo tercero, de la Constitución Federal.

Aquí se promovió un escrito el 10 de abril del 2012 ante el Juzgado Noveno de Distrito en Tijuana, en el cual se reclamaba la negativa a un beneficio, el juez de distrito procedió a negar el amparo. Se interpuso la revisión, nos correspondió a nosotros conocer, y en la ley en la que se apoyó el juez de distrito para negar el beneficio y que le daba facultades al ejecutivo para hacerlo, se establecía que esas determinaciones podían ser recurribles, se

podía promover un recurso contra la negativa. Entonces, de lo primero que nos dimos cuenta fue que el acto reclamado no era definitivo, porque no se había agotado el principio de definitividad, se establecía un recurso. La otra situación que también advertimos fue que esa norma, (párrafo primero, artículo 162), de una comparación o contrastación con el artículo 21 de la Constitución, se advertía claramente su contradicción con la norma constitucional. El artículo 21 dice:

La investigación de los delitos corresponde al Ministerio Público y a las policías, las cuales actuarán bajo la conducción y mando de aquél en el ejercicio de esta función.

El ejercicio de la acción penal ante los tribunales corresponde al Ministerio Público, la ley determinará los casos en que los particulares podrán ejercer la acción penal ante la autoridad judicial.

La imposición de las penas, su modificación y duración son propias y exclusivas de la autoridad judicial.

Entonces esta normativa, vigente desde el 18 de junio del 2008, en opinión de su servidor, permitía vislumbrar que independientemente de que el juicio no se viera respetado el principio de definitividad, en el fondo la norma que se estaba aplicando resultaba inconstitucional. Entonces teníamos que salvar primero el principio de definitividad. El quejoso tampoco reclamó la inconstitucionalidad de la ley, lo único que decía era que tenía derecho a que se le concediera la libertad anticipada, situación que no era así, pero nosotros no podíamos entrar a confirmar esa determinación porque implícitamente estaríamos aplicando una norma evidentemente inconstitucional. Entonces se propuso, atendiendo a la reforma constitucional, e incluso sin existir Ley de Amparo

se propuso llevar a cabo una aplicación directa de la Constitución, del artículo 1° y 133; hicimos primero la determinación de que no obstante no se reclamaba la inconstitucionalidad de la ley, de oficio procedimos a analizar el artículo 162; estimamos la inconstitucionalidad del artículo, lo declaramos así en la resolución, y por consecuencia, el acto de aplicación fue que la resolución de la autoridad administrativa resultaba inconstitucional, pero también teníamos que ver qué pasaba con los efectos, porque la autoridad administrativa le había dicho, no tienes derecho al beneficio, y nosotros al revocar la sentencia del juez, al considerar que no procedía el recurso que establecía la ley porque esta se apoyaba precisamente en un artículo inconstitucional, teníamos que señalar, qué es lo que iba a pasar con esa petición, es decir, no bastaba con que le dijéramos a la autoridad, te apoyaste en una ley que es inconstitucional, porque entonces se hubiera quedado ahí la determinación y no tendría ningún efecto práctico o útil para el gobernado. Al gobernado no le hubiera servido de nada que nosotros le dijéramos, la autoridad que te contestó no tiene competencia constitucional, si el gobernado nos iba a decir, sí, y eso a mí qué me importa, yo lo que quiero es que me contesten si puedo salir o no, entonces ahí fue donde les propuse a los compañeros que reencauzáramos la petición original, es decir que le dijéramos a la autoridad que no tenía competencia y que lo remitiera a quien constitucionalmente sí tiene competencia, que es el juez penal. Entonces en este asunto, aplicando el control de convencionalidad *ex officio* y las normas constitucionales de manera directa resolvimos, aún sin que existiera la Ley de Amparo que ahora conocemos, que sí permite todo ello. Entonces fue un asunto en el que se concedió el amparo para el efecto de que el director de ejecución de penas dejara insubsistente el oficio “X” y en su lugar emitie-

ra otro en el que se pronunciara al respecto y remitiera hacia la autoridad judicial competente. Se emitió esa resolución en 2013, cuando aún no existía la ley, y ahí pues sí estuvieron de acuerdo conmigo los compañeros y sacamos una tesis aislada que, como no ha sido reiterada, no es jurisprudencia pero de todas maneras el esfuerzo ahí quedó. Sí podemos llevar a cabo un control *ex officio*, un control constitucional pleno y para ello simplemente es necesario hacer la contrastación de la norma, cuando la norma no te da para construir esa decisión de inconstitucionalidad pues no hay necesidad, de no hacer ningún pronunciamiento sobre la inconstitucionalidad o inconvencionalidad, cuando no nos genere ninguna sospecha, así dice la Suprema Corte, no tienes obligación de hacer absolutamente ningún pronunciamiento, pero en este caso, simplemente bastaba leer el oficio de la autoridad responsable, leer lo que decía la Constitución y este artículo para determinar que era evidentemente inconstitucional el artículo. Esa fue una resolución que tomamos en este circuito.

En el segundo caso se estudia la constitucionalidad de la ley aplicada en la sentencia de amparo, sobre una norma general de carácter sustantivo. Es sumamente interesante porque fue propuesto por el tercero interesado, es decir, cuando yo les empecé a hablar del tradicional amparo contra leyes, pues todos ubicamos que es el quejoso quien plantea la inconstitucionalidad, esa es la idea que tenemos porque así lo refiere la ley, sin embargo, en este asunto a efecto de no generar un cuadro de denegación de justicia, aquí el magistrado Juan José Olvera López propuso al pleno una resolución muy interesante porque aquí el quejoso era el ofendido, recuerden que en materia penal el presunto responsable generalmente es quien promueve el amparo, pero hay asuntos en los que el ofendido o la víctima también tienen legitimación para promover el juicio de

amparo, con base en la nueva ley ya está más que claro, pero en esa ocasión se presenta el amparo porque se pide una orden de aprehensión, la niega el tribunal superior y confirma la negativa de la orden de aprehensión y el denunciante o víctima es quien promueve el amparo indirecto. En el amparo indirecto el juez de distrito estudia y le dice a la víctima o promovente o denunciante: tienes razón, el tribunal superior indebidamente confirmó la negativa, y en este caso, del análisis de las pruebas se advierte que sí hay elementos para acreditar el cuerpo del delito y la probable participación, y por tanto, el juez de distrito concede el amparo, para que el tribunal superior gire la orden de aprehensión. Contra la resolución del juez de distrito, el que promueve la revisión, es ahora el presunto responsable en contra de quien se libra la orden de aprehensión, y es en ese acto, en la revisión, el momento en el cual el presunto responsable le dice al tribunal colegiado, el juez de distrito consideró que se acreditó el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y estimó que se tipificaba mi conducta en tal norma del código penal, entonces el juez de distrito me está aplicado la norma del código que establece “X” delito, y yo te pido tribunal colegiado que entres a analizar la constitucionalidad del tipo penal, y además de ello, te planteo agravios para que tú, tribunal colegiado, revoques la sentencia en caso de que no declares inconstitucional la ley porque valoró indebidamente las pruebas. Entonces, ante esta situación lo primero que se nos viene a la mente es que no es un amparo contra leyes, porque no se había reclamado la ley. Entonces, ¿debía o no entrarse a estudiar la inconstitucionalidad de la norma? y aquí partiendo de la sentencia del caso Radilla, de la resolución 912 de la Corte, de la aplicación directa de los preceptos constitucionales, el tribunal colegiado dice, en este caso vamos a analizar la constitucionalidad del artículo tal del código penal, fue lo primero que hizo el tribunal co-

legiado, revisa el tipo penal y en su opinión no contravenía ninguna disposición de derechos humanos ni de la constitución ni del orden constitucional y determina el tribunal colegiado, el tipo penal no es inconstitucional, es decir, la ley es constitucional en lo que se refiere a la tipificación de tal conducta como delito, luego, dice el tribunal colegiado, vamos a estudiar los restantes agravios, ¿cuáles son los restantes agravios? pues aquellos en los cuales el juez de distrito entró a analizar el cuerpo del delito y la probable responsabilidad, y el juez de distrito considera que el tribunal superior sí debía liberar la orden; el tribunal colegiado lleva a cabo la valoración y corrobora la conclusión a la que llegó el juez de distrito, es decir, de que se debía amparar al denunciante, ¿para qué se debía amparar? para que el tribunal superior revocara la negativa de la orden y librara una orden de aprehensión. Pero, ¿por qué el tribunal colegiado decidió entrar a analizar la inconstitucionalidad de la ley en un asunto en el cual es por demás evidente que no es un amparo contra leyes?, pues precisamente, para que no quedara en estado de indefensión el presunto responsable o no quedara inaudito en la posibilidad de impugnar la inconstitucionalidad de la ley. En mi opinión, este es un ejemplo muy claro de lo que es el control constitucional pleno en la jurisdicción de amparo, yo no encuentro otro ejemplo más claro en el cual no se promovió el juicio de amparo contra leyes; no obstante, se entra a analizar la inconstitucionalidad de una ley y todavía más, ni siquiera es el quejoso el que lo plantea, es el tercero interesado, entonces es un supuesto que en la práctica obviamente es muy raro, pero la solución que dio el magistrado y que el pleno aprobó, se me hace justa y correcta, tiene la finalidad de no denegar justicia, de dar un efectivo acceso a la justicia a los gobernados.

El tercer caso es el recurso de reclamación 130/2011, derivado del amparo directo en revisión 551/2011, del Tribunal Pleno de



la Suprema Corte de Justicia de la Nación, bajo la ponencia de la ministra Margarita Beatriz Luna Ramos. Aquí se hace un estudio de la constitucionalidad de la Ley de Amparo dentro del juicio de garantías, se establece cuál es la viabilidad, los requisitos y los efectos, es decir, aquí en estricta relación con la sentencia en comento, la Suprema Corte de Justicia de la Nación aprobó en el 2014 la contradicción de tesis 468/2013, que dio origen a la jurisprudencia cuyo rubro es: “Revisión en amparo indirecto. Procede a analizar los planteamientos sobre la inconstitucionalidad de las disposiciones de la Ley de Amparo aplicadas por el juez de distrito en la sentencia recurrida.”

Aquí esta contradicción, se refiere a la revisión, pero el primer asunto o uno de los primeros asuntos que resolvió la Suprema Corte fue en un recurso de reclamación. Aquí, en el amparo directo en revisión, las sentencias de amparo directo son terminales, por regla general, definitivas e inatacables; sin embargo, por excepción, se puede promover el recurso de revisión, del cual conocerá la Suprema Corte cuando subsista el problema de constitucionalidad o se realice una interpretación directa de un precepto constitucional por el tribunal colegiado; en este caso se promueve la revisión y el presidente de la Suprema Corte la desecha y además le impone una multa al promovente, el promovente recurre esa determinación del presidente de la Suprema Corte, a través del recurso de reclamación, que es lo procedente. En este recurso de reclamación el gobernado plantea la inconstitucionalidad de la Ley de Amparo en la porción normativa en la que se le impone la multa, porque aduce que no tiene otra posibilidad jurídica o no existe otro momento procesal, es decir, no existe ninguna vía para que él se inconforme en contra de esa resolución, toda vez que no puede promover amparo en contra de las resoluciones que dicta la

Suprema Corte de Justicia de la Nación, por esa razón plantea en sus agravios no solo la ilegalidad de la determinación del presidente de la Suprema Corte que le desechó el recurso, sino plantea la inconstitucionalidad de la propia Ley de Amparo, y es aquí donde la ministra ponente, Margarita Luna establece los parámetros a partir de los cuales surge esa jurisprudencia, que permite ahora que los litigantes en amparo puedan tildar de inconstitucional la propia Ley de Amparo, siempre y cuando esta sea aplicada en el mismo juicio. No puede ser en abstracto sino que debe derivar de un acto de aplicación. La Suprema Corte declaró infundado el recurso de reclamación, pero estableció cuáles eran los lineamientos por los que podía llagarse a hacer ese estudio, dice la señora ministra; posteriormente la jurisprudencia ya lo reitera:

Conforme al texto vigente del artículo 1° de la Constitución federal y a lo dispuesto en el artículo 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos. El Estado mexicano está obligado a proporcionar a los justiciables un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los jueces o tribunales competentes que los ampare contra actos que violen sus derechos fundamentales reconocidos por la Constitución federal, la ley o dicha Convención lo cual implica que es obligación de los tribunales procurar que ninguna disposición secundaria quede al margen de la posibilidad de someterla a su contracte con dicha constitución, pues esta es una de las formas de favorecer la protección más amplia de las personas en la medida en que tendrán legitimación para proponer que esta Suprema Corte revise si efectivamente el ordenamiento garante de sus derechos humanos cumple o no con los lineamientos procesales que marca la norma fundamental en sus artículos 103 y 107 o en cualquiera otra de sus disposiciones.

A partir de estas consideraciones serían tres las condiciones esenciales para que, a instancia de parte proceda excepcionalmente el examen de las disposiciones legales de la Ley de Amparo aplicadas dentro del juicio de amparo:

A) La emisión de autos o resoluciones concretas de los órganos que conozcan el juicio de amparo;

B) la impugnación de las normas de la Ley de Amparo cuya aplicación se actualice efectivamente dentro de la competencia de los órganos jurisdiccionales que conocen del juicio de amparo y que trasciendan al sentido de la decisión adoptada; y

C) la existencia de un recurso procedente contra el acto de aplicación de las normas de la Ley de Amparo tildadas de inconstitucionales, en el cual pueda analizarse tanto la legalidad de su acto de aplicación como la regularidad constitucional de esas normas en su caso.

Asimismo, conviene precisar que el efecto de la posible declaración de inconstitucionalidad de alguna disposición de la Ley de Amparo estaría limitado a la inaplicación de la norma del asunto concreto, en la medida en que el precepto relativo que fuese examinado no pueda constituir un acto reclamado en el juicio; por lo tanto, no podía dejar de aplicarse en casos futuros al propio quejoso.

Bajo estas consideraciones la Suprema Corte empieza a analizar el artículo 90 de la Ley de Amparo y concluye que no es inconstitucional. Después analiza la correcta determinación de la legalidad de la multa. Por último, concluye con la declaratoria de que el recurso es infundado. Aquí, lo que hizo la Suprema Corte fue generar un criterio protector hacia los gobernados en asuntos en lo que es evidente que no procede el juicio de amparo.

Ustedes habrán advertido que el tradicional amparo contra leyes es imposible que se pueda promover en contra de esa deter-

minación de la Suprema Corte. Lo que determinaron los ministros fue establecer una equiparación a un amparo contra leyes a través de los recursos que establece la propia Ley de Amparo para impugnar la inconstitucionalidad de esta legislación en los juicios de amparo, es decir, hizo la analogía y dijo, bueno como el gobernado no puede promover el juicio de amparo, el tradicional amparo contra leyes, la Suprema Corte dice, te lo voy a permitir, te voy a homologar para que tú puedas tramitar, entre paréntesis, un control constitucional de la Ley de Amparo ante nosotros mismos. Hizo un pequeño juicio de amparo en un recurso que puede ser reclamación o revisión, lo cual es una situación que es obligatoria, toda vez que generó posteriormente una jurisprudencia.

Estos son los tres asuntos en los que, desde mi opinión, el tradicional juicio de amparo ha evolucionado al grado tal que existe ahora un control constitucional pleno de las normas generales en la jurisdicción de amparo. No es inaplicable o no deja de tener vigencia estas consideraciones por la resolución que emitió la Suprema Corte en el amparo directo en revisión 1046/2012. Porque estas precisiones son derivadas de jurisprudencias, la mayoría de las opiniones que he estado reseñando aquí son derivadas de jurisprudencias; y la limitación al control constitucional o al control difuso que estableció la Suprema Corte fue en un asunto en el cual no declaró que se interrumpía ninguna jurisprudencia, no he leído el engrose ni existe ninguna tesis, aunque todos nosotros sabemos que la jurisprudencia de la Suprema Corte es por reiteración de criterios, por contradicción y por sustitución, pero no se emitió ningún pronunciamiento de ese tipo. La Suprema Corte tampoco dijo que se dejaba insubsistente o que interrumpía ninguna jurisprudencia ni que abandonaba algún criterio; lo que hizo fue resolver un asunto aislado por mayoría de siete votos, en la

que no pudieron ponerse de acuerdo exactamente en los efectos, porque les repito, este tema es muy complejo y pues obviamente los creadores de la jurisprudencia obligatoria para todos nosotros son los ministros de la Suprema Corte, pero hay temas en los que el límite de la interpretación es muy delgado, incluso aquí. Espero generar alguna opinión al respecto para que se escuche otra idea, así que estos son los ejemplos que les di, algunas ideas generales.



## CAPÍTULO II

### ENFOQUE FILOSÓFICO (AXIOLÓGICO-VALORATIVO)





## LA CONCEPCIÓN DE LA DIGNIDAD HUMANA, COMO PRESUPUESTO BÁSICO DE LOS DERECHOS HUMANOS.

Rafael Leyva Mendívil\*

En la actualidad es satisfactorio constatar el cambio fundamental que significó la Declaración Universal de Derechos Humanos, aprobada hace 67 años (10 de diciembre de 1948) en el escenario de la segunda posguerra, en un mundo lacerado por el Holocausto, dividido por el colonialismo y carcomido por la desigualdad, la elaboración de un instrumento declarativo en el que se estableciera el primer compromiso solemne y mundial con la dignidad y la igualdad inherentes a todos los seres humanos, independientemente de su color, sus creencias o su origen, era una empresa valiente y audaz cuyo éxito parecía dudoso. El hecho de que esto haya dado lugar a la creación de una amplia infraestructura de protección de todas las libertades fundamentales, a las que todos tenemos derecho, es un homenaje a la visión de quienes redactaron la Declaración y a los numerosos

\* Profesor de la Facultad de Derecho-Mexicali de la Universidad Autónoma de Baja California. Correo electrónico: [rafaeleyva@uabc.edu.mx](mailto:rafaeleyva@uabc.edu.mx)

defensores de los derechos humanos que han luchado durante los últimos 67 años para que esa visión sea una realidad. La lucha está muy lejos de haber terminado, y en ello estriba la fuerza de la Declaración: en que es un documento vivo que seguirá inspirando a las generaciones venideras.

#### IMPORTANCIA ÉTICO-JURÍDICA DE LA DECLARACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS DE LA ONU

Es de considerarse que el movimiento contemporáneo de los derechos humanos tuvo su origen inmediatamente después de concluida la Segunda Guerra Mundial, la cual dejó una estela de muerte y destrucción entre los integrantes de los ejércitos contendientes, precediendo a ello la persecución injusta y arbitraria así como la reclusión en los campos de concentración de seres humanos, víctimas del odio y la discriminación de otros tantos seres humanos cuyos líderes propiciaron dichos actos hasta llegar casi al exterminio, atentando de manera absurda contra la dignidad. No es gratuito que al término de esta conflagración se tomara la decisión de formar una estructura de alcance internacional denominada Organización de las Naciones Unidas (ONU), para evitar que se repitiera esa amarga experiencia. Para ello se redactó un documento fundacional que recibió el nombre de Carta de las Naciones Unidas, documento que si bien, reiteradamente, hace referencia a los derechos humanos, no describe el significado práctico de tales derechos.

No fue sino hasta transcurridos tres años de estos eventos (diciembre de 1948) que se redactó y proclamó un segundo documento denominado Declaración Universal de los Derechos Humanos, el cual

vino a precisar el contenido de tales derechos, destacando como presupuesto básico de los mismos el valor de la dignidad humana.

En efecto, el primer considerando de su preámbulo establece que la libertad, la justicia y la paz en el mundo tienen por base el reconocimiento de la dignidad intrínseca y de los derechos iguales e inalienables de todos los miembros de la familia humana. Por su parte, el artículo 1° del referido ordenamiento señala que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

De lo anterior se desprende el reconocimiento de un derecho y una obligación, consistentes, por un lado, en la igualdad de los seres humanos a partir de su idéntica dignidad y, por el otro, en el deber de conducirse de manera congruente con ese reconocimiento. A mayor abundamiento, se puede afirmar que la dignidad, proclamada en el instrumento declarativo de referencia, es un reflejo de lo valioso, lo bueno, lo justo, por lo que se materializa en un imperativo traducido en un debo respetar a las demás personas.

De este dato empírico, reconocido en la Declaración Universal de los Derechos Humanos de la ONU, se desprende que el titular del derecho resulta el primer obligado a reconocer y respetar los derechos de los otros. Dicho en otros términos: sin la participación primaria del titular del derecho no sería posible la realización de sus propios derechos, ni tampoco los de los demás.

El mutuo respeto, y reconocimiento a la personalidad, como sustento de la dignidad humana

Para lograr la realización de los derechos humanos, es decir, su vigencia social, resulta de suma importancia tener presente la calidad ética de las personas que los viven. Por ello, aunado a la coacción social, inmersa en términos de eficacia de las disposi-

ciones jurídicas que rigen a la comunidad, es necesario convencer a los destinatarios de todo orden jurídico de los méritos que poseen los principios éticos en los que se apoyan sus disposiciones normativas, poniendo énfasis en su idoneidad para configurar una convivencia genuinamente humana.

El principio básico en el que se fundamentan los derechos humanos es, pues, el reconocimiento y respeto a la dignidad del ser humano, que consiste en tomar en cuenta la conformación integral de su naturaleza, es decir, considerarlo como persona, en toda la extensión de la palabra.

Sabido es que en la antigüedad no todo ser humano era catalogado como persona (v. gr. en los regímenes esclavistas); sin embargo, con el advenimiento del cristianismo, así como de los movimientos humanistas, empezaron a permear las ideas igualitarias de contenido filosófico, las que desembocaron en el reconocimiento de la personalidad humana, asignándosele ciertas características éticas, dentro de las que destaca el concepto de DIGNIDAD que nos ocupa, mediante el cual se plantea que las personas deben ser tratadas según sus decisiones, intenciones o manifestación de consentimiento, ya que el ser humano se caracteriza por su actuar intencional. Aunado a ello, también se le atribuye un estado de autoconciencia, consistente en que tiene la capacidad reflexiva para entender su propia existencia y pensamiento, lo que lo distingue de los demás seres vivos; y como tercera característica, goza de autonomía, en el sentido de que no es un medio para alcanzar un fin, ni está atado a ninguno, sino que es fuente generadora de iniciativas y responsable de sus propios fines; es decir, el ser humano es un fin en sí mismo.

En resumen, en el campo filosófico, la persona se define no únicamente por sus características ontológicas, también se le define, pri-

mordialmente, por su incursión en el ámbito de los valores éticos, como ente sobre el cual gira un deber ser, una misión moral a cumplir por sí misma, por su propia iniciativa y por su propia responsabilidad.

#### LA DIGNIDAD HUMANA, VISUALIZADA EN LOS INSTRUMENTOS JURÍDICOS INTERNACIONALES

A partir de la Declaración Universal de los Derechos Humanos, adoptada y proclamada por la Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas el 10 de diciembre de 1948, se han generado diversos instrumentos jurídicos complementarios, y vinculantes para los Estados miembros fundadores y adherentes, como son, entre otros, los dos Pactos Internacionales, uno sobre Derechos Políticos y Civiles y el otro sobre Derechos Económicos, Sociales y Culturales, ambos de 1966, y que integran el denominado Sistema Universal de Derechos Humanos. Asimismo, por lo que atañe al ámbito regional, en nuestro continente se cuenta con la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre, precedida por la Carta de la Organización de los Estados Americanos, instrumentos jurídicos de los cuales deriva, entre otros, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, de 1969 (documento también conocido como Pacto de San José), que conjuntamente integran el denominado Sistema Interamericano de Derechos Humanos, observándose que, en su contenido, tienen como denominador común el reconocimiento de la dignidad humana como presupuesto de la titularidad de los derechos humanos.

En lo que corresponde al Estado mexicano, este fue signatario de la Carta de la Organización de los Estados Americanos como cofundador, en el año de 1948, y se adhirió a la Convención Ame-

ricana sobre Derechos Humanos en el año de 1981, habiendo aceptado la competencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en el año de 1998.

#### EL CONCEPTO DE DIGNIDAD HUMANA, INCORPORADO EN LA VIGENTE CONSTITUCIÓN MEXICANA

Por lo que toca al derecho fundamental de nuestro país, en relación con el concepto DIGNIDAD, el mismo lo encontramos incorporado, expresamente, en varios de sus preceptos, entre los que se encuentra, en primer término, el renovado artículo 1º, párrafo quinto, que al efecto establece:

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

Por su parte, el artículo 2º, apartado A, fracción II señala, en lo conducente:

Esta Constitución reconoce y garantiza el derecho de los pueblos y las comunidades indígenas a la libre determinación y, en consecuencia, a la autonomía para: Aplicar sus propios sistemas normativos en la regulación y solución de sus conflictos internos, sujetándose a los principios generales de esta Constitución, respetando las garantías individuales, los derechos humanos y, de manera relevante, la dignidad

e integridad de las mujeres. La ley establecerá los casos y procedimientos de validación por los jueces o tribunales correspondientes.

Asimismo, el artículo 3º, párrafo segundo, fracción II, inciso c), preceptúa:

La educación que imparta el Estado tenderá a desarrollar armónicamente, todas las facultades del ser humano y fomentará en él, a la vez, el amor a la Patria, el respeto a los derechos humanos y la conciencia de la solidaridad internacional, en la independencia y en la justicia. Además: contribuirá a la mejor convivencia humana, a fin de fortalecer el aprecio y respeto por la diversidad cultural, la dignidad de la persona, la integridad de la familia, la convicción del interés general de la sociedad, los ideales de fraternidad e igualdad de derechos de todos, evitando los privilegios de razas, de religión, de grupos, de sexos o de individuos.

Por otra parte, tenemos el artículo 25 constitucional que, en su primer párrafo, establece lo siguiente:

Corresponde al Estado la rectoría del desarrollo nacional para garantizar que este sea integral y sustentable, que fortalezca la Soberanía de la Nación y su régimen democrático y que, mediante la competitividad, el fomento del crecimiento económico y el empleo y una más justa distribución del ingreso y la riqueza, permita el pleno ejercicio de la libertad y la dignidad de los individuos, grupos y clases sociales, cuya seguridad protege esta Constitución.

En la Constitución mexicana encontramos también otros numerales que aunque no contienen literalmente la expresión dignidad

humana, sí hacen referencia al concepto digno, como un adjetivo calificativo de los correspondientes sustantivos, en los términos siguientes: Artículo 4º, párrafo octavo: “Toda familia tiene derecho a disfrutar de vivienda **digna** y decorosa. La Ley establecerá los instrumentos y apoyos necesarios a fin de alcanzar tal objetivo”.

Igualmente, en el primer párrafo del artículo 123, se estatuye “Toda persona tiene derecho al trabajo **digno** y socialmente útil; al efecto, se promoverán la creación de empleos y la organización social de trabajo, conforme a la ley”.

En efecto, no obstante que en los dos preceptos constitucionales previamente aludidos no hay referencia expresa a la dignidad humana, sino a la vivienda digna y al salario digno, es obvio que tanto la vivienda como el trabajo se encuentran en función de las personas, para que estas se desarrollen en un ambiente social de respeto y consideración, conforme a su calidad de seres racionales y con voluntad propia.

Finalmente, y en esta breve revisión del texto constitucional, conviene citar, en primer término, el artículo 22, en cuyo primer párrafo se establece:

Quedan prohibidas las penas de muerte, de mutilación, de infamia, la marca, los azotes, los palos, el tormento de cualquier especie, la multa excesiva, la confiscación de bienes, y cualesquiera otras penas inusitadas y trascendentales. Toda pena deberá ser proporcional al delito que sancione y al bien jurídico afectado.

En segundo lugar, en el numeral 29 se contempla, en su parte relativa, que:



En los casos de invasión, perturbación grave de la paz pública, o de cualquier otro que ponga a la sociedad en grave peligro o conflicto, solamente el Presidente de los Estados Unidos Mexicanos, con la aprobación del Congreso de la Unión o de la Comisión Permanente cuando aquel no estuviere reunido, podrá restringir o suspender en todo el país o en lugar determinado el ejercicio de los derechos y las garantías que fuesen obstáculo para hacer frente, rápida y fácilmente a la situación [...]

En los decretos que se expidan, no podrá restringirse ni suspenderse el ejercicio de los derechos a la no discriminación, al reconocimiento de la personalidad jurídica, a la vida, a la integridad personal, a la protección a la familia, al nombre, a la nacionalidad; los derechos de la niñez; los derechos políticos; las libertades de pensamiento, conciencia y de profesar creencia *religiosa alguna*; el principio de legalidad y retroactividad; la prohibición de la pena de muerte; la prohibición de la esclavitud y la servidumbre; la prohibición de la desaparición forzada y la tortura; ni las garantías judiciales indispensables para la protección de tales derechos.

En cuanto a los anteriores numerales, transcritos parcialmente, si bien es cierto que en ninguna parte de su contenido se observan explícitamente los términos digno o dignidad, también lo es que, de llevarse a cabo la ejecución de las penas señaladas como prohibidas por el artículo 22 constitucional, se atentaría, flagrantemente, contra la dignidad humana. Igualmente, el artículo 29 de la Constitución, al prohibir la restricción o suspensión de los derechos y libertades ahí mencionadas, está protegiendo, preventivamente, la dignidad de los gobernados, dada la naturaleza de los valores que ahí se tutelan.

## FUNDAMENTACIÓN AXIOLÓGICA DE LA DIGNIDAD HUMANA

De lo desarrollado hasta este punto, es de establecerse que la DIGNIDAD, en el ámbito de los derechos humanos, es un atributo inherente a las personas, traducido en la capacidad de tomar decisiones de manera libre y racional en cuanto a su conducta, con la consecuente obligación, bajo el principio de reciprocidad, de que los demás, también, les deben respeto y reconocimiento.

Los seres humanos se distinguen de los demás seres vivos en virtud de que su existencia y desarrollo se da en un entorno socio-cultural, lo que hace necesario la creación de un sistema jurídico, social y económico puesto a su servicio, que contribuya a cultivar su personalidad. Por ello, reiteramos, la DIGNIDAD humana requiere de que las personas, se conduzcan conforme a su conciencia y libre elección, por lo que bajo esa premisa, siendo más conscientes de que poseen ese atributo inherente, se respetarán unos a otros.

La idea de la DIGNIDAD se ubica dentro de un contexto axiológico, es decir, conlleva un criterio valorativo. Esto implica que la cualidad valorativa que atribuimos a cada ser humano es única, lo que significa que bajo esta perspectiva no podemos sustituir a una persona por otra. Además, la DIGNIDAD da sustento a una serie de aspectos relacionados con la autonomía de la voluntad, la libertad personal física e ideológica, la igualdad, así como la seguridad jurídica. En este sentido, la DIGNIDAD humana se presenta, en lenguaje metafórico, como el piso y el techo de una edificación, es decir, por un lado, es una base y punto de partida de todos los derechos humanos y, por el otro, es como un punto de confluencia para el ejercicio y disfrute de tales derechos, que da la pauta para interpretarlos y entenderlos.

## A MANERA DE CONCLUSIONES

- La DIGNIDAD, antes que un principio jurídico-normativo, es un atributo de la personalidad humana, de carácter esencial e inmutable. Le corresponde a todo ser humano en atención a su naturaleza, como ente racional y autónomo.
- La DIGNIDAD es perenne, siempre presente en la persona humana, en cuya naturaleza concurren dos componentes: la esencia física o corpórea y la esencia anímica o espiritual, que conforman una unidad, en una permanente búsqueda de su perfeccionamiento moral y material.
- La DIGNIDAD humana nos exige tratar y apreciar a nuestros congéneres, primordialmente, por su conducta moral y no en consideración a lo que, de manera contingente, son en cuanto a las características relacionadas con su origen, su situación social y económica, su género, la nacionalidad, la edad, etcétera. Ya que todas las personas contamos con dichas características, dándose por hecho que no serán motivo de trato discriminatorio ni desigual.
- Las instancias creadoras de los instrumentos jurídico-normativos, tanto de índole internacional como las de derecho interno, conscientes del valor supremo de la DIGNIDAD humana, han incorporado dicho concepto, explícita e implícitamente, en los correspondientes textos jurídicos que rigen las relaciones intergubernamentales e interhumanas, como un anhelo que, potencialmente, hace posible la plena realización de todos los seres humanos.

## REFERENCIAS

- Bidart, C. G. (1997). *Teoría general de los derechos humanos*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. Editorial Sista. México: 2015.
- Convención Americana sobre Derechos Humanos. OEA, 1969.
- Declaración Universal de los Derechos Humanos. ONU, 1948.
- García R.S. (1997). *Los valores en el derecho mexicano*. México: Fondo de Cultura Económica.
- González P. J. (1987). *La Dignidad de la Persona*. Madrid: Civitas.
- Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos. ONU, 1966.
- Pacto Internacional de los Derechos Sociales, Económicos y Culturales. ONU, 1966.
- Peces-Barba M. G. (1985). *Los valores superiores*. Madrid: Tecnos.
- Recaséns S. L. (2013). *Tratado general de filosofía del derecho*. México: Porrúa.
- Revista Dignitas (2013, enero-abril). México: Comisión de Derechos Humanos del Estado de México.

## EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA COMO FUNDAMENTO FILOSÓFICO DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Luis Enrique Concepción Montiel\*

### INTRODUCCIÓN

¿Por qué buscar una fundamentación filosófica a los derechos humanos?, algunos piensan que esto es perder el tiempo y que mejor sería protegerlos, otros consideran que no hay tales fundamentos como lo sugiere la llamada “posmodernidad”. Lo importante de buscar una fundamentación en los derechos humanos consiste en indagar la razón suficiente por las cuales se aceptan los derechos y las leyes (Beuchot & Saldaña, 2000).

Como inéditas han sido calificadas las reformas constitucionales en materia de derechos humanos que modifica el capítulo 1 del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos publicadas el 10 de junio de 2011 en el *Diario Oficial de la Federación*. Estas reformas modernizan la Constitución en materia de derechos humanos con

\* Profesor de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales Campus Ensenada, Universidad Autónoma de Baja California. Correo electrónico: [enriquepolitik@uabc.edu.mx](mailto:enriquepolitik@uabc.edu.mx)

el fin de avanzar en su justiciabilidad, y responden a un clamor de la sociedad nacional e internacional para arribar a un auténtico estado dinámico de derecho.

Las reformas han suscitado una serie de estudios por especialistas en la materia los cuales abordan diversos puntos de vista desde diferentes perspectivas y metodologías. El presente trabajo es un breve estudio que intenta fundamentar filosóficamente las reformas en derechos humanos en México en junio de 2011.

El objetivo de este trabajo se centra en identificar algunos rasgos conceptuales de la nueva visión del derecho y de la corriente iusnaturalista racional como fundamento de los cambios a la Constitución Política Mexicana en derechos humanos.

Es importante destacar que cada Constitución tiene una fundamentación filosófica que corresponde a una situación histórica, que refleja el momento social, político y económico del país, así como el aspecto ideológico. Aquí abordaremos el iusnaturalismo racional como fundamento de los derechos humanos.

El desarrollo de este trabajo está dividido en tres partes: la primera replantea algunas cuestiones sobre el concepto y la definición del *derecho*; la segunda hace un énfasis en la relación entre derecho y moral como una relación ineludible; y la tercera parte desarrolla la dimensión iusnaturalista racional de los derechos humanos para profundizar en las reformas de 2011, centrados en el artículo 1º de los textos constitucionales en materia de derechos humanos.

#### EL CONCEPTO DE *DERECHO* Y EL REPLANTEAMIENTO DE SU TRIDIMENSIONALIDAD

Para comprender mejor las reformas hechas a la Constitución en materia de derechos humanos en México en 2011 –que por cierto

significaron un cambio profundo en la perspectiva del derecho—, resulta ineludible replantearse el concepto mismo del *derecho* y ubicarse en alguna corriente en específico.

El concepto del *derecho* es multidimensional y presenta dificultades para definirlo ya que es una realidad dinámica. Según Atienza (2004) hay diferentes tipos de definiciones en el mundo del derecho: 1) *definiciones legislativas*, las cuales sirven para dar mayor claridad y precisión a los textos normativos, operando como mecanismos de distribución de poder; 2) *definiciones doctrinales* (de análisis conceptual) son las que se derivan de análisis conceptuales previos que pueden utilizarse como herramienta de exposición y clarificación teórica; y 3) *definiciones reales*, aquellas que tienen una función práctica consistente en resolver un problema de interpretación o integración de normas, mediante la conexión de las palabras con realidades, sean objetos físicos o no.

De esto surge una pregunta importante: ¿Qué tipo de definición sirve mejor para comprender al derecho? La respuesta a la pregunta dependerá del punto de vista filosófico que se adopte. Por ejemplo, un enfoque *filosófico esencialista* (realismo verbal) siempre optará por una definición “real”, en la idea de que los conceptos no hacen más que reflejar o detectar la “esencia” de las cosas, y que las palabras son únicamente el vehículo de los conceptos. Para el realismo verbal solo hay una definición válida para una palabra, y es la que se obtiene por intuición intelectual de la naturaleza intrínseca de los fenómenos denotados en la expresión.

Sin embargo, un enfoque *filosófico analítico* (convencionalismo verbal) siempre optará por una definición de análisis conceptual, en la idea de que la relación entre lenguaje y realidad es arbitrariamente establecida por los seres humanos, aunque haya

al respecto un acuerdo consuetudinario para el uso de tal lenguaje que evita confusiones. Las cosas solo tienen propiedades esenciales en la medida en que los hombres hagan de esas propiedades condiciones necesarias para el uso de la palabra, decisión que desde luego puede variar en el tiempo y el espacio.

Desde luego, la idea de tener una definición real de *derecho* es muy atractiva, pero los filósofos analíticos han planteado serias objeciones al respecto, como por ejemplo: ¿Cómo podemos saber, con absoluta seguridad, cuáles son los aspectos “esenciales” de la realidad? ¿Qué criterio objetivo podemos usar para distinguir lo esencial de aquello que no lo es?

Por lo anterior, se puede concluir con Atienza (2004) que las definiciones deben considerarse como instrumentos de clarificación lingüística o de análisis conceptual. Sirven para informar cómo se usa una palabra, proponer algún nuevo uso, o precisar alguno ya existente; y en ocasiones son el resultado de un análisis conceptual o el instrumento para ello. *Pero no son procedimientos para arribar a la esencia de las cosas, a la realidad.*

Además de lo anterior, afirma Atienza (2004), el concepto de *derecho* enfrenta los problemas de ambigüedad y vaguedad.

Por lo que se refiere a su *ambigüedad*, esta es entendida como la susceptibilidad de asumir diversos significados, generalmente distinguibles por el contexto. El concepto de *derecho* puede asumir cuatro significados distintos, según se trate de un: 1) derecho objetivo, 2) derecho subjetivo, 3) derecho como ciencia, y 4) derecho como valor o sentimiento: sinónimo de “lo justo”.

Por lo que hace a la *vaguedad*, debemos tener presente que todo concepto tiene una *intensión* (con “s”) y una *extensión*. Entendiendo por *intensión* el conjunto de propiedades que caracterizan a un concepto. Y por *extensión* el campo de aplicabilidad de un concepto.



El significado de un concepto se determina estableciendo su intensión y su extensión.

El problema de la vaguedad de un concepto consiste, precisamente, en que no es posible determinar bien su intensión o extensión.

De lo anterior se infiere que el concepto de *derecho* tiene una significación tan rica que tratar de expresarla con una definición lo suficientemente breve como para que tenga sentido seguir hablando de definición, puede verse como una simplificación excesiva que oculta más problemas de los que ilumina.

A pesar de las dificultades de ambigüedad y vaguedad del derecho es importante abordar sus dimensiones. Según Reale (1997), el fenómeno jurídico puede ser visto desde tres manifestaciones, es decir, identifica tres dimensiones: una dimensión *fáctica*, como hecho social; una dimensión *normativa*, como norma jurídica; y una dimensión *axiológica*, como valor. *La dimensión fáctica*: en esta dimensión se denota al fenómeno jurídico como un hecho o acontecer presente en la realidad social. *La dimensión normativa*: en esta dimensión se aprecia al fenómeno jurídico como la norma o el conjunto de normas coactivas que prescriben la conducta social debida. *La dimensión axiológica*: en esta dimensión se concibe al derecho como un valor y portador y garantizador de otros valores superiores.

Lo interesante del *replanteamiento de la teoría tridimensional*, según Álvarez (2010: 58-74), consiste en que: 1. ofrece una visión más rica y completa del derecho, como un fenómeno vivo que se desenvuelve junto a otros sistemas normativos y en un ambiente social, cultural, político, histórico y económico cuyas circunstancias lo afectan; 2. esta teoría nos ayuda a evitar confundir los planos en los que el derecho se expresa, y con ello las controversias inútiles originadas por visiones unilaterales desde las que intenta

concebirse y aplicarse el derecho; y 3. las tres dimensiones siempre interactúan y están interrelacionadas. Cada dimensión siempre aparece necesariamente enlazada con las otras.

A continuación se considera al derecho como valor, es decir, desde el punto de vista axiológico, lo que permite hacer una ubicación en el nuevo enfoque de los derechos humanos en México.

### EL DERECHO COMO AXIOLOGÍA

Cuando nos referimos al derecho desde la perspectiva axiológica, es decir, en su dimensión valorativa, de manera insoslayable tenemos que hacer algunas anotaciones a la relación entre moral y derecho. Un tema amplio y profusamente discutido por los teóricos del derecho (filosofía del derecho) y por los filósofos antiguos y contemporáneos.

Es más, según Alexy (2004), la relación entre derecho y moral es el problema central que se tiene que resolver en la polémica acerca del concepto del *derecho*.

Esto ha llevado, por una parte, a definir el campo propio de la moral y el campo propio del derecho, lo que ha permitido distinguirlos y encontrar al mismo tiempo puntos coincidentes. Esta búsqueda ha derivado en una serie de teorías acerca del derecho y acerca de la moral, pero al mismo tiempo se han dado reflexiones que excluyen a la moral del derecho (por lo menos cierto tipo de moral) y al derecho de la moral. Lo cierto es que entre moral y derecho se establece una relación íntima, aunque no una vinculación necesaria, como afirma Hart (1963). Sin embargo, hay algunos que han visto a la moral y al derecho como una sola cuestión.

Lo cierto es que para responder a preguntas persistentes en el derecho como qué es el derecho y qué debe ser el derecho el ele-

mento moral es indiscutible. Por ejemplo, a la pregunta ¿qué debe ser el derecho?, la respuesta puede darse en dos sentidos: como una cuestión moral o como una cuestión jurídica (Laporta, 1995). Como una cuestión moral impuesta por las normas jurídicas o como una cuestión jurídica que legaliza lo moral. Hay una discusión interesante que se genera a partir del siglo XVIII donde se llega con Kant a distinguir un *forum internum* y un *forum externum* como criterio de división de las obligaciones en su ámbito de aplicación. Así, se consigue diferenciar dos tipos de obligaciones: la moral y la jurídica. Destacando el valor y fundamento de cada una de ellas.

Se da un movimiento ético-político que tiene como propósito “formular un nuevo fundamento moral para el Estado político: solo es legítimo aquel sistema de gobierno que no trata de regular la conciencia individual” (Laporta, 1995: 47).

La discusión generada se basa en el liberalismo europeo del siglo XIX, sobre todo en el principio de Stuart Mill (*On Liberty*). Este principio se basa en la protección. “Consiste en afirmar que el único fin por el cual es justificable que la humanidad, individual o colectivamente, se entremeta en la libertad de acción de cualquiera de sus miembros es la propia protección” (Stuart, 1984: 37). Es decir, es válida toda conducta que no dañe a los demás y solo puede ser normada jurídicamente aquella que cause un daño a los otros. Por lo demás, se le debe respetar su libertad. Así, la justificación de la imposición coactiva de una conducta es evitar un daño a los otros. En palabras del autor que la reformula: “cuando una acción u omisión no dañe a los otros, las normas jurídicas no puede prohibirla o legítimamente imponerla a nadie contra su voluntad” (Laporta, 1995: 48).

De este principio se desprende una discusión que genera posturas, por ejemplo, como el moralismo legal y el paternalismo.

Asimismo, habría que tener en cuenta que al buscar la naturaleza (esencia) del derecho ha surgido una serie de discusiones y posturas a lo largo de la historia. Algunos centran la esencia del derecho en las normas (normativismo), así el derecho consiste esencialmente en normas, y son estas las que explican satisfactoriamente a todos los fenómenos denominados jurídicos. Esta es la concepción predominante.

Otra postura (Atienza, 2004) que es alternativa al normativismo, tiene que ver con el realismo jurídico, el cual identifica al derecho no con las normas sino con la conducta humana, y específicamente la de aquellos jueces y funcionarios que resuelven problemas jurídicos. Por su parte, los marxistas identifican al derecho como la forma que revisiten las relaciones sociales ya sean familiares, laborales o de negocios.

Los iusnaturalistas, por su parte, asocian el derecho a la idea de justicia. Por lo que aceptarían una definición del *derecho* que lo concibiera como un conjunto de normas que regulan con justicia el comportamiento social de los individuos.

Por lo que respecta a la moral, también se puede descubrir una serie de posturas, así identificamos una moral natural, que tiene como fuente una fuerza divina o natural, de este modo, la ley proviene de la naturaleza o de Dios. En contraposición, encontramos la moral positiva que tiene su fuente en la razón, y en los fenómenos sociales. Aunque habría que incluir una moralidad crítica.

Es interesante la discusión que se generó con el discurso de Devlin que confunde la justificación moral del derecho y el reforzamiento de la moral positiva. Devlin había concluido que “la moralidad positiva era una moralidad justificada, y de ahí había inferido que el derecho debía reforzar esa moralidad” (Laporta, 1995: 52). Hart responde a esta conclusión distinguiendo entre moralidad positiva y moralidad crítica. Se trata no de privar al derecho de toda moralidad, sino de in-

corporar la moralidad crítica. El asunto no es si las leyes son morales o no, que deben serlo como todos los actos humanos, sino qué tipo de moralidad y qué principios deben ser incorporados por las leyes. Esto no significa que derecho y moral sean una misma cosa. Entre derecho y moral hay diferencias y coincidencias.

En cuanto a las coincidencias, en primer lugar, derecho y moral se pueden definir como un conjunto de normas. La diferencia consiste en que las normas jurídicas establecen una sanción de carácter externo que puede ser, y que en último término es, coactiva (aplicación de la fuerza física), y que está institucionalizada (es decir, que hay órganos del Estado encargados de aplicarlas).

En cambio, la moral no utiliza la fuerza física para hacerse obedecer y aunque pueda considerarse que hay una sanción, esta no deja de ser interna, queda en el fuero interno, en la conciencia.

Según Atienza (2004), en cuanto a la problemática entre normas jurídicas y otras normas que no lo son se pueden hacer las siguientes distinciones: *a)* la norma moral suele mandar hacer el bien, y la jurídica prohíbe hacer el mal; *b)* la norma moral regula el comportamiento interno, y la jurídica el externo; *c)* la norma moral tiende a ser categórica, y la jurídica hipotética; *d)* la norma moral (crítica) es autónoma, y la jurídica (junto con la moral positiva) heterónoma; *e)* en la ocasión espacio-temporal, la norma moral tiene carácter difuso, y la jurídica definido; y *f)* en la promulgación, la norma moral no requiere formalidades, y la jurídica sí.

#### ALGUNOS RASGOS DEL IUSNATURALISMO RACIONALISTA

Llama la atención y habría que intuir que muchas cosas importantes tuvieron que ocurrir para que el derecho natural racionalista

se convirtiera en la base teórica que inspiró y estimuló las revoluciones burguesas en el siglo xvii. La bandera bajo la cual los revolucionarios lograron cambiar muchos de los ámbitos de la realidad social fue una derivación de aquella teoría iusnaturalista fundamentada en la razón humana, en los derechos naturales del hombre, tan evidentes y universales como la propia razón.

Hubo convergencia entre un grupo de filósofos, juristas y pensadores y las necesidades de seguridad, autonomía, libertad e igualdad de un importante y numeroso sector de la población humana que los llevaron a efectuar cambios importantes.

El iusnaturalismo racionalista tiene su fuente en la filosofía moderna, la cual tiene diferentes etapas: la filosofía del Renacimiento, época de Las Luces o Ilustración y Kant y los poskantianos. La filosofía del Renacimiento está integrada por el periodo del humanismo así como por el racionalismo de Descartes y sus discípulos.

La filosofía racionalista que dominó Europa a partir del Renacimiento implica, sobre todo, un cambio de mentalidad. Se fundamenta en un principio de necesidad (racional), por tanto, no hay azar ni contingencia. Se da una separación entre filosofía y teología. Al mismo tiempo que se produce una revalorización de las ciencias naturales. El método para alcanzar la verdad es racional a partir de un conocimiento sensible.

Por lo que se refiere al derecho natural (iusnaturalismo) racionalista, se puede caracterizar de la siguiente manera: en primer lugar, la fuente misma de moral es la naturaleza racional de hombre y no Dios; en segundo lugar, se da la construcción del derecho natural por la razón mediante operaciones lógico-deductivas; tercero, se da un pacto social. Se pasa del estado de naturaleza del hombre (*status naturalis*) previo a su convivencia político-social (*status civilis*). En cuarto lugar, se considera la naturaleza empíri-

ca del hombre: a partir de Hugo Grocio (1583-1645) se atiende la naturaleza empírica del hombre, fijándose en sus consideraciones sociológicas. Samuel F. Von Pufendorf (1632-1694) se centra en la tendencia natural hacia la sociabilidad; Tomasio, hacia la apatencia de felicidad; Hobbes, el egoísmo; Rousseau, la bondad.

En quinto lugar, se da una separación entre moral y derecho que no es más que una consecuencia de la separación entre filosofía y teología. La moral queda como un conjunto de actos internos del sujeto.

Es Etienne Chauvin quien al definir el *iusnaturalale*, en su *Lexicón Philosophicum* (1692), como “el que se deriva de la sola razón, es decir, que no difiere de la razón misma”, proporcionara un nuevo espíritu al pensamiento ético, político y jurídico. La teoría del derecho natural racionalista no solo será la filosofía de los derechos naturales y la bandera de las revoluciones burguesas, sino también una nueva manera de acercarse al estudio de la sociedad y de sus construcciones morales, políticas y jurídicas. Pero, ¿cuáles son los rasgos del pensamiento del derecho natural racionalista hacia finales del siglo xvii?

A continuación se describen algunos rasgos que según Fernández (en Peces-Barba y Fernández, 1998) caracterizan a la corriente de pensamiento del derecho natural racionalista.

1 El iusnaturalismo racionalista representa, en el ámbito de la historia del pensamiento filosófico-jurídico, la consecución de un hito muy importante dentro del movimiento de secularización del mundo moderno. El derecho natural, por tanto, se ha secularizado. La naturaleza humana y social será, a partir de ahora, el fundamento ético de un derecho natural que, como la razón humana, es universal y de validez imperecedera. Una prueba del carácter secularizador del de-

recho natural racionalista nos la aporta el hecho de que sus creadores, expositores y defensores son filósofos y juristas, no teólogos.

2. Se muestra una significativa afinidad con el método deductivo cartesiano y la filosofía de las ciencias naturales que hacen que el concepto de razón y de naturaleza humana, lo mismo que la metodología utilizada por los creadores y divulgadores del derecho natural racionalista, estén en el mismo tenor.

Las distintas obras de los representantes de la escuela del derecho natural moderno, y especialmente su reflexión sobre los fundamentos del derecho, expresan claramente una atracción por el método de Descartes y Galileo.

3. Pero aun contando con esta no disimulada admiración de los filósofos y juristas del iusnaturalismo racionalista por la nueva manera de ver el mundo y los medios para conocerle, propia de los creadores de la ciencia y la filosofía de la ciencia moderna, un estudio histórico más pausado ha hecho ver que la innovación ha coincidido con la dependencia de formas de pensamiento más tradicionales. Todos los grandes pensadores que han constituido la filosofía moderna (Descartes y Leibniz, Bacon, Hobbes y Locke, Grocio y Pufendorf) habían recibido una formación escolástica, por lo que este tipo de ideas persistiría y, por tanto, “el desarrollo de la teoría del derecho natural moderno ha de considerarse en esta conexión”.

4. Considerar en su justa medida estas influencias tradicionales, aunque lo más relevante a destacar, lo cual está suficientemente claro, es que corrían nuevos tiempos para el derecho natural y se encontraban muy lejos de la ley natural en su dimensión escolástica y suficientemente independizada de la neo-escolástica como para poder hablar de un nuevo modelo teórico. Las características a acentuar en la naturaleza humana van a recibir un vuelco muy



significativo. Lo mismo ocurrirá con el papel asignado a la razón humana y a los principios y contenidos del derecho natural deducidos de ella.

5. Hay que destacar también que otra característica de la corriente del iusnaturalismo racionalista es el papel predominante que van a adquirir las ideas de naturaleza y razón humana. No solo el papel predominante de ellas sino el de la autonomía lograda por ellas.

6. Del grado de autonomía alcanzado por la razón humana, base de una nueva ética social, se logrará pasar, y sin duda que este paso no tiene nada de mecánico, al reconocimiento del valor de la autonomía individual. Y de ahí también se dará un nuevo paso hacia la adquisición de la idea de que los individuos tienen derechos naturales que les son innatos.

7. Finalmente, hay que recordar que el iusnaturalismo racionalista no solo representa la versión moderna y secularizada del derecho natural y será el fundamento de las teorías de los derechos naturales, sino que, una vez asumidas estas teorías por la burguesía ilustrada europea, se convertirán en el pensamiento casi predominante en el mundo jurídico, económico y político de la edad moderna.

Con estas características quedan, por tanto, reflejados los motivos por los cuales el iusnaturalismo racionalista va a conformar la filosofía moral, jurídica y política del pensamiento revolucionario burgués. La lista de los derechos naturales que irá apareciendo será una plasmación en el ámbito moral, político y jurídico de las necesidades humanas en su camino hacia una mayor autonomía, seguridad, libertad e igualdad (Fernández & Peces-Barba, 1998: 575-585).

## EL IUSNATURALISMO RACIONALISTA COMO FUNDAMENTO DE LOS DERECHOS HUMANOS

Las reformas a la Constitución en materia de derechos humanos, en junio de 2011, constituyeron una vuelta al iusnaturalismo racionalista. El cual se basa en los principios y valores que se desprenden de la razón.

Antes de la reforma se reconocía que en México había un reza-  
go histórico en materia de los derechos humanos debido a una serie  
de deficiencias estructurales que obstaculizan su plena eficacia; por  
ejemplo, “el mismo concepto de garantías individuales ya no es su-  
ficiente; la misma falta de sistematización y coherencia del referido  
capítulo I; la carencia de una perspectiva de género; la débil incorpo-  
ración de los tratados internacionales en la materia, y las limitaciones  
que actualmente afectan a las garantías y mecanismos para su pro-  
tección” (*Propuesta constitucional en derechos humanos*, 2008: 12).

Las reformas (junio de 2011) en materia de derechos huma-  
nos buscaron alcanzar seis objetivos fundamentales: 1. introducir  
plenamente el concepto de *derechos humanos* en la Constitución  
mexicana; 2. garantizar la más alta jerarquía y eficacia normativa  
a los instrumentos internacionales de derechos humanos dentro  
del orden jurídico mexicano; 3. introducir explícitamente algu-  
nos derechos humanos que hasta ahora no se encuentran recono-  
cidos en la Constitución; 4. fortalecer la protección de algunos  
de los derechos ya reconocidos por la Constitución a la luz del  
derecho internacional de los derechos humanos; 5. introducir la  
perspectiva de género en la manera en que la Constitución protege  
y reconoce los derechos humanos; y 6. reforzar las garantías y  
mecanismos de protección de los derechos humanos (*Propuesta  
constitucional en derechos humanos*, 2008: 13).

El texto reformado es el siguiente:

Título Primero

Capítulo I

De los Derechos Humanos y sus Garantías

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

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

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

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

Queda prohibida toda discriminación motivada por origen étnico o nacional, el género, la edad, las discapacidades, la condición social, las condiciones de salud, la religión, las opiniones, las preferencias

Estas reformas se llevaron a cabo con una nueva visión del derecho considerado en sus múltiples dimensiones. Tomando en cuenta las tendencias internacionales en lo que se refiere a la justiciabilidad de los derechos humanos, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia.

Con las reformas de 2011 en materia de derechos humanos lo primero que advertimos en el texto constitucional es el cambio en la terminología del encabezado del artículo 1º: “De las garantías individuales” a “De los derechos humanos y sus garantías”.

Un cambio importante es la introducción en el artículo 1º de la expresión: Reconocimiento de derechos. “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales”.

La justificación de este cambio, según la Propuesta (2008), se centraba en que la Constitución es el lugar idóneo en el que debe hacerse un reconocimiento explícito del catálogo de derechos humanos y de ese modo se le dan a los derechos humanos la máxima jerarquía en el orden jurídico, asimismo, se garantiza que todas las actividades del Estado deban dirigirse como objetivo central a la consecución de esos derechos.

Por otra parte, es importante señalar que en los cambios constitucionales se habla de “reconocer” y no de “otorgar”. En el texto anterior dice: “todos los individuos gozarán de las garantías que otorga la Constitución”. Aunque en este texto se reconocen los derechos humanos, la terminología que se emplea es limitativa: porque al emplear el verbo “otorgar” y no “reconocer”, “se da a entender que el Estado es la única fuente de los derechos y no que los derechos son inherentes a las personas y el Estado simplemente reconoce su existencia” (*Propuesta constitucional en derechos humanos*, 2008: 17).

Lo mismo habría que decir del empleo del término “individuo” en el texto constitucional de 1917, pues su limitación consistía en que los únicos titulares de los derechos son los individuos aislados y se deja fuera a las personas jurídicas o morales y a los grupos de personas (pueblos y comunidades indígenas). El cambio del término “individuo” a “persona” vendría a corregir esta limitación y al mismo tiempo evita una discusión de género al ser un término neutral.

También resulta relevante que el texto reformado haga referencia a los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales que han sido ratificados por el Estado mexicano, forman parte del sistema jurídico mexicano y han sido reconocidos. De esta manera, no solo se reconocen los derechos humanos contenidos en la Constitución sino también aquellos contenidos en los tratados internacionales ratificados por el Estado mexicano y en las normas del derecho internacional general. Lo que amplía el reconocimiento de estos derechos.

Esto se debe a que la reforma de la Constitución incluye otros elementos que están vigentes en el mundo por lo que respecta a los derechos humanos, como es tomar en cuenta los tratados internacionales al respecto. Sobre todo que se toman en cuenta no solo en el reconocimiento de los derechos humanos, sino en cuanto a su interpretación. Este último punto es muy relevante porque evitará la discrecionalidad.

El tema de la esclavitud que fue tratado en las primeras constituciones del Estado mexicano se retoma dos siglos después, ya que la esclavitud no ha desaparecido en su nueva modalidad. Hay una esclavitud moderna muy fuerte. Y la discriminación que parece haberse superado con el advenimiento de la democracia todavía no se ha erradicado.

## CONCLUSIONES

Si consideramos que para comprender mejor las reformas constitucionales de 2011 en materia de derechos humanos habría que revisar el mismo concepto del *derecho*, encontramos una respuesta interesante en el replanteamiento de la teoría tridimensional del derecho que hace Atienza (2004) que concibe al fenómeno jurídico desde tres manifestaciones: una dimensión “fáctica”, como hecho social; una dimensión “normativa”, como norma jurídica; y una dimensión “axiológica”, como valor. En esta última dimensión se concibe al derecho como un valor y un portador y garantizador de otros valores superiores. Las disciplinas que intervienen, en lo general, en esta dimensión axiológica, son la filosofía, la ética y la lógica. En esta dimensión es donde se da la discusión teórica entre moral (ética) y derecho.

La teoría tridimensional nos ofrece una visión más rica y completa del derecho, como un fenómeno vivo que se desenvuelve junto a otros sistemas normativos y en un ambiente social, cultural, político, histórico y económico cuyas circunstancias lo afectan; también, nos ayuda a evita confundir los planos en los que el derecho se expresa. Las tres dimensiones siempre interactúan y están interrelacionadas. Cada dimensión aparece necesariamente enlazada con las otras. Por lo que la dimensión moral o valorativa está presente en este enfoque.

Se puede concluir, también, que la relación entre derecho y moral no puede soslayarse para su discusión y reflexión analítica. Que las definiciones que se han generado sobre el derecho a través de la historia han incluido los aspectos morales, ya sea para distinguirlo o para complementarlo. Que la discusión entre derecho y moral no consiste en cuestionar la moralidad del derecho, como no está en discusión la naturaleza moral del ser humano; sino que

la discusión central es qué tipo de moralidad o qué contenido moral es el que debe asumir el derecho. Lo cierto es que cualquier filosofía moral que se pueda asumir en el derecho debe considerar al hombre como un fin y no como un medio (Kant, 1913/2007: 48). Que cualquier sistema jurídico (derecho) es dinámico y perfeccionable, lo mismo que la moral o el sistema ético asumido.

La influencia del iusnaturalismo racionalista en las declaraciones de derechos que tuvieron lugar en América y Europa en el último tercio del siglo XVIII es evidente. Lo mismo que los valores que se propiciaron con las revoluciones burguesas y liberales que conforman el acervo histórico común y general de una filosofía de los derechos humanos para nuestro tiempo.

Las reformas constitucionales de 2011 en la Constitución federal nos ponen de nuevo al día con el tema del reconocimiento de los derechos humanos y sus garantías. Al mismo tiempo que introducen una nueva perspectiva del derecho y retoman la línea del iusnaturalismo racionalista. Habrá que darle seguimiento a los tratados y la jurisprudencia que de aquí se desprenderán.

También ponen de manifiesto —al hacer una comparación— la riqueza de la Constitución de 1857 que en términos sustantivos había reconocido los derechos del hombre. Así como la insuficiencia del texto constitucional de 1917 para la justiciabilidad de los derechos humanos.

Las modificaciones constitucionales de 2011 son relevancia para todos, y sin duda, los teóricos y los especialistas en el derecho constitucional y en los derechos humanos estarán por descubrir el alcance de estas reformas, su interpretación y aplicación así como la manera de administrar justicia de parte del Estado mexicano y sus órganos competentes.

## BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (2004). *El concepto y validez del derecho*. Barcelona: Gedisa.
- Álvarez, M. (2010). *Introducción al derecho* (2ª. ed.). México: McGraw-Hill.
- Atienza, M. (2004). *El sentido del derecho* (2ª. ed. Revisada). México: Ariel.
- aa. vv. (2008). *Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y por académicas y académicos especialistas en derechos humanos*. México: Taller Mar de Letras. Recuperado de [www.infosal.uadec.mx/derechos\\_humanos/archivos/18.pdf](http://www.infosal.uadec.mx/derechos_humanos/archivos/18.pdf)
- aa. vv. (2010). *Leyes y documentos constitutivos de la nación mexicana*, t. II y t. III. México: Poder Judicial de la Federación.
- Beuchot, M. & Saldaña, J. (2000). *Derechos humanos y naturaleza*, México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cienfuegos S., David. (2008). *La Constitución de 1857 y los derechos humanos*, Ciclo de Conferencias las Constituciones Mexicana 1957-1917. México: Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación. Recuperado de [www.trife.gob.mx/documentacion/.../constituciones\\_mexicanas.pdf](http://www.trife.gob.mx/documentacion/.../constituciones_mexicanas.pdf)
- Clavero, B. (2011). “México: Reforma constitucional, derechos humanos y pueblos indígenas”. Recuperado de <http://clavero.derechosindigenas.org/wp-content/uploads/2011/03/México-DDHH-PPII1.pdf>
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos*. Recuperado de [www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf](http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf)
- Contreras, J. (2014). *La filosofía del derecho en la historia*. Madrid: Tecnos.



- Fernández, E. (1998). El iusnaturalismo racionalista hasta finales del siglo xvii. En Peces-Barba Martínez, G. & Fernández, E. (eds.), *Historia de los derechos fundamentales. t. I. Tránsito a la modernidad. Siglos xvi y xvii*, Madrid: Universidad Carlos III, Dykinson. Recuperado de [http://earchivo.uc3m.es/bitstream/10016/8661/1/iusnaturalismo\\_fernandez\\_1998.pdf](http://earchivo.uc3m.es/bitstream/10016/8661/1/iusnaturalismo_fernandez_1998.pdf)
- Gómez, M. (2011). “Pueblos indígenas y derechos humanos”. Recuperado de <http://www.jornada.unam.mx/2011/03/15/index.php?section=opinion&article=022a1pol>
- Hart, H. (1961). *El concepto de derecho*. Buenos Aires: Ableledo-Perrot.
- Kant, M. (2007). *Fundamentación de la metafísica de las costumbres* (1ª. ed. 1913). México: Porrúa.
- Laporta, F. (1995). *Entre el derecho y la moral*. México: Distribuciones Fontamara (Biblioteca de Ética, filosofía del derecho y política, núm. 26).
- Reale, M. (1997). *Teoría tridimensional del derecho*. Madrid: Tecnos.
- Stuart, M. (1984). *Sobre la libertad*. Madrid: Sarpe.



## DERECHOS HUMANOS: IMPORTANCIA Y TRASCENDENCIA EN LA ACTUALIDAD

Fidel Alfaro Meléndrez\*

### INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son derechos inherentes a todos los seres humanos, sin distinción alguna de nacionalidad, lugar de residencia, sexo, origen nacional o étnico, color, religión, lengua o cualquier otra condición. Estos derechos son interrelacionados, interdependientes e indivisibles. Son inalienables. No deben suprimirse, salvo en determinadas situaciones y según las debidas garantías procesales. Por ejemplo, se puede restringir el derecho a la libertad si un tribunal de justicia dictamina que una persona es culpable de haber cometido un delito.

En el presente ensayo abordaremos la importancia de los derechos humanos así como el estudio de su control convencional en México. Veremos cómo los derechos humanos en su conjunto constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional;

\* Profesor de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California. Correo electrónica: [firmadeabogadosalfaroysalazarsc@hotmail.com](mailto:firmadeabogadosalfaroysalazarsc@hotmail.com)

es decir, jerárquicamente se les otorga supremacía en el orden jurídico mexicano, lo cual consiste en el encubrimiento de la Constitución como norma fundamental. En otras palabras, por su importancia y transcendencia, los derechos humanos son el objeto principal de estudio de las autoridades de justicia en este país.

### JUSTIFICACIÓN

Este artículo tiene su real importancia en el hecho de que a partir de una reforma constitucional se cambió todo el orden jurídico mexicano, el cual revolucionó la manera de procurar e impartir justicia, por lo que ahora constituye un deber y una obligación de las autoridades de este país respetar y proteger los derechos humanos reconocidos por la Constitución y por los tratados internacionales.

Con este trabajo se trata de interesar al lector en el conocimiento del nuevo derecho constitucional, en cómo se deben tramitar ahora las estrategias jurídicas del juicio de amparo y, para los jueces ordinarios normales, cómo desaplicar leyes ordinarias que contravengan la Constitución a partir del control difuso, el cual es muy diferente al juicio de amparo.

Es importante conocer este punto porque constituye la herramienta adecuada para abundar en los temas de los derechos humanos, ya que sin ello solo estaríamos invocando su violación, pero desconoceríamos el núcleo esencial de los mismos, ya que son los elementos básicos de los derechos humanos que se deben invocar al momento de acudir a ellos, indicando los elementos externos que las autoridades están incumpliendo de ese derecho humano.

En la medida que avancemos en el conocimiento y la cultura jurídica del respeto entre unos y otros al derecho humano, mejorare-

mos la vida en común y fortaleceremos la forma de hacer justicia, ya que no podemos tener contemplado un derecho humano en la Constitución y que en la práctica los policías y las autoridades encargadas de procurar justicia lo ignoren, como desgraciadamente ocurre en nuestros días.

## LOS DERECHOS HUMANOS

Como vimos, los derechos humanos son los atributos inherentes a la persona por el solo hecho de serlo, como el derecho a la vida, la salud, la libertad, la educación y, en sí, todos los derechos previstos en los primeros 29 artículos constitucionales que como norma suprema son reconocidos por nuestra Constitución. Estos son de suma importancia en un estado social, democrático y de derecho, si bien México ocupa un vergonzoso lugar en América Latina en cuanto a la violación de los mismos.

Sin duda, los derechos humanos forman parte activa dentro de nuestros sistemas de justicia pues por su importancia y trascendencia son el objetivo principal de los estudiosos del derecho, en donde nos encontramos frecuentemente con diversas opiniones sobre su aplicación *ex officio*: cuándo sí o cuándo no se violan esos derechos humanos, qué restricciones tienen, qué relación jurídica hay entre la Constitución y los tratados internacionales, si hay interrelación entre unos y otros, etcétera.

Estos temas son los que se abordarán en este ensayo, empezando por el principio de *juricidad* que hay en nuestro país, ya que todo está regulado por la ley; en este orden de ideas, podemos sostener que la Constitución y los tratados internacionales son la ley suprema de este país (supremacía constitucional). Aquí encon-

tramos el principio de *jerarquía normativa*, en donde entre una colisión de normas siempre prevalecerá la norma superior sobre la inferior, dada la teoría pura del derecho de Hans Kelsen, pero esto, atendiendo a su fuente exclusivamente.

En cuanto al principio de juricidad, el artículo 1º constitucional, primer párrafo, claramente establece que se reconocen los derechos humanos previstos en la Constitución y en los tratados internacionales, así como las garantías para su protección. Este principio nos da seguridad y certeza jurídica, algo importante y transcendental para el control constitucional y el control convencional en México. (Nota, no es lo mismo el derecho humano como su garantía.)

¿Pero qué es “control”? El control se identifica con las voces latinas *inspection*, *inquisitio*, *espactatio*, *–onis– juricum*, que a su vez se identifican con ‘examen’, ‘limitación’, ‘regulación’, ‘dispositivo’, ‘verificación’, ‘tutela’, ‘dominio’ y ‘supremacía’. Así, control es la actividad de carácter técnico encomendado a una función pública por el orden jurídico.

Todos hablamos de los derechos humanos y sus mecanismos o medios de control, pero ¿qué son?, ¿cuándo se puede exigir su aplicación?, ¿a quién y a quiénes?, ¿en qué forma?, ¿cuál es su metodología?, ¿cuáles son sus restricciones?, ¿de qué manera nos vinculan con los tratados internacionales?, ¿cuáles son sus atributos o notas distintivas? Con solo invocar un derecho humano ante autoridades, deberán de aplicarse y hacer a un lado la norma general. En este artículo se desarrollará el control difuso de la *constitucionalidad* y el control difuso de la *convencionalidad*, pero sobre todo cómo debe plantearse un derecho humano ante una autoridad u órgano jurisdiccional según sea el caso que corresponda.

Además, hay que entender que los derechos humanos no son absolutos, tienen restricciones, como por ejemplo la libertad de

trabajo: aun esta tiene restricciones en todo lo largo y ancho del país en distintos ordenamientos jurídicos, cuando se limitan actividades o restringen permisos de uso de suelo con base en leyes y reglamentos –sin perder de vista que esas limitaciones o restricciones a la libertad de trabajo (que es un derecho fundamental) deben observar ciertos requisitos constitucionales; es decir, deben ser necesarias, admisibles y eficientes, de lo contrario dichas leyes o reglamentos ordinarios serían inconstitucionales.

También tenemos principios en los medios de control que no son absolutos, si bien hay excepciones, como el principio de definitividad; por esa razón no podemos declarar la inconstitucionalidad de un principio o su inconvencionalidad cuando, por ejemplo, se solicita un amparo, ya que el acto reclamado no se puede suspender conforme a la ley que regula dicho procedimiento ya que, con base en el artículo 1º constitucional, todas las autoridades tienen la obligación de proteger, promover, respetar y garantizar los derechos humanos previstos en la Constitución, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, otorgando protección especial a los derechos de la infancia, de las personas mayores, comunidades indígenas y personas incapaces.

Sin embargo, los derechos humanos en su conjunto constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, o sea, jerárquicamente, se les otorga supremacía en el orden jurídico mexicano, que consiste en el encubrimiento de la Constitución como norma fundamental; por esta razón cuando hay alguna restricción en la Constitución a algún derecho fundamental, se debe recurrir a lo que establece la misma, puesto que, como dijimos, los derechos humanos no son absolutos, tienen restricciones. Veamos un ejemplo:

La figura del arraigo que se prevé en nuestra Constitución y en la Convención Americana de Derechos Humanos prohíbe exista una colisión de dos normas supremas; así lo ha resuelto la Suprema Corte de Justicia de la Nación en jurisprudencia definida 2006224.

El principio de supremacía constitucional se desenvuelve en dos concepciones diferentes: *a)* una relativa a la protección al sistema de fuentes conocida como “principio de jerarquía de fuentes”; *b)* la segunda relacionada al *principio de subsidiariedad*, con la protección coherente de la unidad de principios objetivos del ordenamiento jurídico (mayor protección a los derechos humanos).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN) ha construido la doctrina de que la Constitución es, ante todo, una norma jurídica, los tratados internacionales se encuentran por encima de las normas generales ya sean federales o estatales y, por ende, la solución de un conflicto normativo o antinomia corresponde a una cuestión de legalidad, que corresponde resolver a los tribunales jurisdiccionales del régimen interior (órganos del Poder Judicial federal). Pero cuando en esa antinomia hay una confrontación que afecta un derecho humano o se trata de una interpretación directa a la norma convencional (tratado internacional) o un artículo constitucional que fija relaciones o posiciones jurídicas en relación con un derecho humano, en esos casos sí existe una cuestión de constitucionalidad que debe resolver nuestra SCJN en recurso de revisión en un amparo directo, como también ante la omisión de estudio de un control difuso planteando dentro de un amparo directo.

Ahora bien, ya entendiendo que nuestra Constitución como norma suprema y de máximo lugar jerárquico se encuentra por encima de todas las leyes, esta no puede ser sujeto de una interpretación conforme se le da a las normas generales; es decir, no hay un orde-



namiento superior a nuestra Constitución, el cual debe ser utilizado para favorecer en todo momento a las personas. Por eso es esencial este principio en los derechos humanos y se encuentra reconocido en el artículo 1º constitucional, segundo párrafo, y es una técnica humanística por medio de la cual los derechos humanos son armonizados con los valores, principios y normas contraídos en los tratados internacionales e incluso en nuestra propia Constitución.

Es decir, las normas de derechos humanos deben interpretarse de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales, y si la norma proviene de un tratado, hay que armonizar dicha norma con lo que dice o contempla nuestra Constitución, así se salva el concepto de *soberanía*. A propósito de esta última idea:

- a). Si el Estado mexicano es demandado, dicha resolución emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) es obligatoria para México.
- b). Las resoluciones de la CIDH donde el Estado mexicano no es demandado son orientadoras solamente para el Poder Judicial federal.
- c). Las resoluciones de la CIDH donde el Estado mexicano no es parte, son vinculantes para los jueces ordinarios.

El derecho humano, cual sea este, tiene un núcleo esencial conocido como “elementos esenciales del derecho”, los cuales son la *disponibilidad*, la *accesibilidad*, la *calidad* y la *apreciabilidad*; por esa razón debemos identificar cuáles son los sub-derechos humanos de cada derecho, porque puntos o aspectos del núcleo se están afectando para poder invocarlos y precisar nuestros reclamos.

Por otra parte, y enfocando este artículo al derecho al medio ambiente previsto en los artículos 1º y 4º constitucionales, el derecho de toda persona a un medio ambiente adecuado para su desarrollo y bienestar es competencia de la federación, estados y municipios.

A escala internacional, este derecho también está previsto en diferentes tratados y en el Pacto de San José en su artículo 63.1, y artículos 1, 4 y 11 del protocolo adicional a la Convención Americana de Derechos Humanos.

El problema central se plantea bajo la perspectiva de analizar si la normatividad ecológica al medio ambiente, federal, estatal y municipal cumple con los artículos 1º y 4º constitucionales, de prevenir, investigar, sancionar y reparar la vulneración de este derecho, y si este se cumple realmente a cabalidad por el Estado, ya que es un deber específico de este su protección. Este deber de prevención fue desarrollado por la CIDH en el caso *González (campo algodone-ro) vs. México* con número de registro 2005003; también trata este tema la Convención de Estocolmo sobre contaminación.

Sin duda, un problema del derecho al medio ambiente es que este para su valoración requiere de datos técnicos, así sucede cuando se trata de otros derechos como el de la propiedad privada. En el derecho ecológico es muy importante lo que digan los peritos, porque los dictámenes periciales son esenciales para saber si la normatividad ecológica cumple con la protección al medio ambiente (Luperna, 1998: 57).

En este punto del tema ambiental, a menudo se requiere acudir a un sinnúmero de disposiciones normativas, como son las normas oficiales mexicanas y la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental, o a normas de menor jerarquía como leyes, estatutos y reglamentos municipales —piénsese que en materia ambiental tenemos 24 leyes, 20 normas oficiales mexicanas, 4 convenciones internacionales y varios tipos penales tanto federales como estatales.

Por lo anterior, los tipos penales ambientales son tipos penales en blanco, ya que nos remiten a instrumentos de carácter administrativo indispensables para recabar los elementos técnicos que

requerimos a fin de determinar si la conducta es delictuosa o no. Por eso Bezares (2000: 63 y 64) sostiene que los delitos contra el ambiente requieren de un mayor grado de tecnificación que otras categorías del delito.

El núcleo del derecho a un medio ambiente sano lo encontramos reconocido en el artículo 4º, cuarto párrafo constitucional, con las siguientes palabras:

Toda persona tiene derecho a un medio ambiente sano para su desarrollo y bienestar. El Estado garantizará el respeto a este derecho. El daño y deterioro ambiental generará responsabilidad para quien lo provoque en términos de lo dispuesto por la ley.

El derecho al medio ambiente, en su núcleo esencial, nos lleva a que el Estado garantice ese derecho, pero pregunto: ¿Cómo lo garantiza? ¿Con solo crear normas ecológicas será necesario? ¿Con la creación de normas se cumple con ese deber de cuidado de garantizar al medio ambiente? Creemos que no, por esa razón el poder punitivo del Estado para salvaguardar y garantizar el derecho al medio ambiente debe ser real, cierto y efectivo; es decir, debemos acudir en ciertos casos y con ciertos requisitos al amparo indirecto, y cuando no proceda el juicio de amparo, acudir al derecho jurisdiccional, en este caso la Ley Federal de Responsabilidad Ambiental que prevé en su artículo 28 lo siguiente:

Se reconoce derecho e interés legítimo para ejercer acción y demandar la responsabilidad ambiental, la reparación y compensación de los daños ocasionados al ambiente, el pago de la sanción económica, así como las prestaciones a las que se refiere el presente título a:

- i. Las personas físicas, habitantes de la comunidad adyacente al daño ocasionado al ambiente;
- ii. Las personas morales privadas mexicanas, sin fines de lucro, cuyo objeto social sea la protección al ambiente en general, o de alguno de sus elementos, cuando actúen en representación de algún habitante de las comunidades previstas en la fracción i;
- iii. La federación a través de la Procuraduría, y
- iv. Las procuradurías o instituciones que ejerzan funciones de protección ambiental de las entidades federativas y del Distrito Federal en el ámbito de su circunscripción territorial, conjuntamente con la Procuraduría.

Los conflictos ambientales corresponde ser conocidos por un juzgado de Distrito con base en el Acuerdo General 27/2015 del 3 de julio del 2015 emitido por el Pleno del Consejo de la Judicatura Federal; en la Procuraduría General de la República también hay una unidad especializada en investigación en delitos contra el ambiente.

La factibilidad del uso del suelo es la primera autorización que debe de otorgarse cuando se pretende poner un negocio, una fábrica o una industria en cualquier localidad; además, identificar con base en la Ley de Desarrollo Urbano del estado respectivo los distantes usos del suelo que hay, que bien pueden ser, comercial, turístico, habitacional e industrial, o si son predios federales, determinar su uso de suelo o su cambio de uso de suelo.

La razón por la cual mencionamos los permisos de uso de suelo, ya sean federales o estatales, es porque ahí encontramos el origen del problema, ya que la factibilidad del uso de suelo es la petición que hace el gobernado para conseguir una autorización administrativa para poner un negocio, empresa o indus-

tria, y en muchos casos no se cumple con los requisitos legales para que se le expida esa factibilidad, sin embargo se expiden y se entregan incurriendo en violaciones administrativas por los órganos del Estado, que bien se pueden traducir en violaciones al derecho humano al medio ambiente –aún más grave, se omite aplicar la normatividad al medio ambiente para verificar si tal empresa o negocio está cumpliendo con ella, al no llevar a cabo auditorías ambientales.

Por ejemplo, en el estado de Baja California tenemos las siguientes leyes:

a) Nivel federal: Ley General de Equilibrio Ecológico y Protección al Ambiente: artículos 4 y 7.

b) Nivel estado: Ley de Protección para el Ambiente del Estado de Baja California: artículos 2, 39, 176 y 177.

c) Nivel municipio: Reglamento a la Protección al Ambiente para el Municipio de Mexicali: artículos 10, 17, 23, 44, 54, 59 y 60.

Ahora bien, al otorgarse ese permiso de factibilidad de uso de suelo que realizan los órganos de gobierno, estos deben sujetarse a los lineamientos y formalidades establecidos por las leyes federales, estatales y municipales de la materia, ya que dicha operación se encuentra regulada por el Estado.

Adviértase que el artículo 9 de la Ley de Equilibrio Ecológico y Protección al ambiente del estado de Baja California establece que a los municipios les corresponde también preservar y restaurar el equilibrio ecológico y proteger el ambiente en bienes y zonas de su jurisdicción.

## CONCLUSIÓN

Podemos definir a los derechos humanos como los privilegios, garantías, ventajas y beneficios de los que goza un individuo por el simple hecho de ser humano concedidos de manera natural y que puede exigírsele al Estado su respeto para efecto que los garantice y los promueva.

La tarea del Estado será la de combatir con justicia, paz y libertad la desigualdad y discriminación que se pueda presentar en la convivencia social creando las condiciones necesarias para regular la conducta sin transgredir estos derechos, contribuyendo al buen desarrollo personal y delimitando las esferas jurídicas que los comprenden en el ámbito federal, estatal y municipal.

Debemos conocer los derechos humanos para poder utilizarlos en nuestras vidas, en nuestras relaciones interpersonales y exigir a todas las autoridades su respeto y aplicación en esta nueva era que empezó el 10 de junio de 2011, al hacerse la reforma constitucional al artículo 1º constitucional.

Para finalizar, se solicita hacer un paquete tecnológico de los derechos humanos para “desempacarlos” en México, ya que estos vienen en trasatlántico por el océano, pero falta el desembarque de los mismos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Bezares E., M. A. (2000). *Derecho penal ambiental*. México: Porrúa.
- Kelsen, Hans (1986) *Teoría pura del derecho*. (Roberto J. Verdu-go, Trad.). México: UNAM.

- Luperna, D. (1998). Derecho ambiental y aspectos jurídicos del cuidado ambiental. *Memoria del Primer Foro Nacional sobre Procuración de Justicia Ambiental*. México: Cámara de Diputados, 1 de julio.
- Tratados internacionales. Pacto de San José, en sus artículos 1 y 11 del Protocolo Adicional de la Convención Americana de Derechos Humanos.
- Vargas, H. (2007). La legislación mexicana en materia ambiental. *Memorias del primer encuentro internacional de derecho ambiental*. México: Semarnat.





## UN MODELO UNIVERSAL EN DERECHOS HUMANOS O FUNDAMENTALES

María Cristina Cuanalo Cárdenas\*

### INTRODUCCIÓN

Cuando hablamos de derechos humanos o derechos fundamentales hacemos referencia a un tema siempre presente, de continua y vital importancia, entre muchas otras, por tres razones, para nosotros, determinantes: en primer lugar, porque nacieron en la cuna misma de la especie humana, cuando se daba el tránsito de su sentido de inmediatez hacia un paso evolutivo de relaciones mediatas en el tiempo y en el espacio; en segundo lugar, porque le han acompañado al hombre siempre a lo largo de su travesía vital, como un motivo determinante de sus luchas constantes para defenderlos y con ello han ido dibujando la historia de las estructuras jurídico-políticas de gobierno; y porque, en tercera y última instancia, no hay lucha más justificada que aquella que emprendemos para defender y conservar nuestros derechos fundamentales como seres humanos.

\* Doctora en derecho por la Universidad Autónoma de Baja California. Maestra de tiempo completo en la Unidad Valle Dorado. Correo electrónica: [ccuanalo@uabc.edu.mx](mailto:ccuanalo@uabc.edu.mx)

No es posible referirnos a todas las ideas dentro del desarrollo histórico de los derechos humanos, porque no es el motivo central de este escrito, sin embargo, podemos decir que el desarrollo histórico de los derechos humanos va de la mano del cambio de paradigma que marca cada una de las etapas históricas generalmente consideradas; ha sido una lucha emprendida por clases sociales discriminadas para conseguir un trato de igualdad frente al poder político y el reconocimiento de sus derechos y libertades fundamentales, y por este motivo, ha sido un factor determinante en la transformación de las estructuras políticas y el desarrollo del Estado.

Se pueden analizar estos derechos desde muy diversas perspectivas, las que nos han dado las diferentes teorías desarrolladas a lo largo de la historia, desde el iusnaturalismo, que considera que el hombre nace con estos derechos, considerados inamovibles, provenientes de Dios o, según algunos más, de su misma naturaleza; el positivismo, que parte del concepto de norma fundamental para establecer derechos cuya obligatoriedad emana de la autoridad que los crea; el constitucionalismo, que representa la cristalización de la lucha del individuo a través de los años y épocas para lograr el pleno reconocimiento de sus derechos fundamentales ante los abusos de poder y la igualdad frente a sus congéneres, plasmados en una Constitución rígida, solo flexible a la interpretación del juez constitucional, hasta las nuevas teorías neoconstitucionalistas, que buscan la interpretación más favorable a la persona, dentro de un esquema de valoración argumentativa-ponderativa. Lo que es innegable es que el valor que se busca es el establecimiento y la salvaguarda de esos derechos tan largamente buscados por los hombres y por los pueblos.

## JUSTIFICACIÓN

Son también tres las premisas que metodológicamente justifican intentar un análisis científico que nos conduzca a la construcción de un modelo universalmente válido susceptible de actualización —tomando en cuenta que el método científico sigue siendo nuestra mejor posibilidad de certeza para construir estos modelos—: en primer lugar, la confusión de conceptos existentes en torno al tema; en segundo lugar, la necesidad de identificar, delimitar y definir el objeto de estudio en términos antropológico-sociales, ya que una disciplina de estudios o una teoría dentro de un cuerpo determinado de conocimientos, como en nuestro caso los derechos humanos o fundamentales, debe partir de la definición de su objeto de estudio; y, en tercer lugar, la necesidad de un enfoque unificador que nos permita llegar a un concepto universalmente válido a partir de un paradigma definido.

En cuanto a la primera de ellas, la confusión surge a partir de la pérdida de resolución de que nos habla Thomas y que notamos cuando se desdibujan los límites precisos de los términos en la doctrina, en los textos legales y en los discursos, que de tan proliferos se vuelven confusos.

En el caso de la segunda premisa, para cualquier aproximación metodológicamente correcta es fundamental partir de un objeto de estudio claro y definido en términos de la disciplina a que pertenece, en este caso específico en términos antropológico-sociales, ya que se hace referencia precisamente al ser humano, antropológicamente considerado y en su actuar o interacción social, partiendo de la metateorización propuesta por George Ritzer respecto de “revisar los conceptos que sustentan a las diferentes ciencias, cuando la realidad ya no responde a las teorías,

o cuando los conceptos que constituyen un campo conceptual, aparecen entremezclados, confusos e indefinidos” (2004: 602).

En relación con la tercera premisa, un concepto de derechos humanos o fundamentales que pueda proteger a todo ser humano sin fronteras debe ser un concepto construido en torno a un paradigma universal, en términos filosófico-jurídicos que no lo haga descansar sobre consideraciones particulares como procesos culturales o la soberanía de los Estados, ya que paradigma universal y sustento cultural son conceptos diametralmente opuestos y excluyentes.

El presente trabajo pretende exponer la necesidad de un modelo teórico sobre los derechos humanos o fundamentales, en términos filosófico-jurídicos, como modelo universalmente válido susceptible de actualización, que sea el resultado de una investigación científica, que garantice la creación de un sistema jurídico que proteja al ser humano y que, por lo tanto, no se encuentre sujeto a los vaivenes de la política o de la particularidad cultural.

Trataremos de determinar cuál es el paradigma contemporáneo donde se sustenta el concepto de derechos humanos o fundamentales, así como la urgente necesidad de definir el objeto de estudio desde una base antropológico-social, para concluir con una propuesta, que sin pretender constituir una teoría científica, sí establezca la posibilidad de crearla o, al menos, definir y concretar una disciplina de estudio, un modelo teórico que considere los derechos del ser humano en tanto ser humano cuyo valor depende de ello, y no de su inclusión en la norma fundamental —cuál es ese objeto de estudios, no en dónde se encuentra— que establece su protección jurídica.

## PREMISAS METODOLÓGICAS

La confusión de conceptos, como primera premisa metodológica, fue evidente incluso dentro de las conferencias de la Organización de las Naciones Unidas (ONU), y de tal forma, resultó ser imposible llegar a un consenso sobre la definición de derechos humanos, su concepto y aun sobre los derechos susceptibles de integrar esa protección internacional. Paul Gordon Laurent (2008), historiador de derechos humanos de la Universidad de Montana, hace una referencia vía electrónica en “60 años de la Declaración de Derechos Humanos, 1948-2008”, en donde nos dice que las Naciones Unidas habían encomendado a la Comisión de Derechos Humanos la casi imposible tarea de definir el significado de la expresión *derechos humanos*.

Francisco Laporta (1987) hace una muy atinada reflexión sobre la *abundancia* y *ligereza* con que se aumenta cada vez más el catálogo de derechos humanos, haciendo referencia al contenido de derechos sociales, económicos, a las nuevas generaciones de derechos, y nos dice:

Cuanto más se multiplique la nómina de los derechos humanos menos fuerza tendrán como exigencia, y cuanto más fuerza moral o jurídica se les suponga más limitada ha de ser la lista de derechos que la justifiquen adecuadamente.

En este mismo sentido, Laporta (1987) nos habla de los derechos como de algo que está antes que las acciones, pretensiones o exigencias, antes que los poderes normativos, antes que las libertades normativas y antes que las inmunidades de estatus. Para él, los derechos no son componentes privativos de los sistemas

jurídicos y están antes que las normas jurídicas como *vehículos de protección*. Una de sus citas, para nosotros más importantes, es:

Hay una imposibilidad conceptual de afirmar simultáneamente que los derechos humanos son universales y que son producto del orden jurídico positivo, porque la condición de sujeto de un sistema jurídico excluye la noción de universalidad de que estamos hablando (Laporta, 1987: 23-26).

Joaquín García Morillo (2010), por su parte, expresa que la doctrina, la jurisprudencia y el texto constitucional –refiriéndose a la Constitución Española–, usan expresiones distintas como “derechos y libertades”, “libertades públicas”, “derechos humanos”, “derechos del hombre”, “principios rectores”, y resume:

Solo los derechos reconocidos en los arts.14 a 29 de la CE pueden calificarse en sentido estricto de derechos fundamentales, aunque esta terminología se aplique, en ocasiones, también a todo el Capítulo Segundo e, incluso, de forma técnicamente incorrecta, a todo el Título Primero (2010: 417).

Tenemos una historia de opiniones y recopilaciones *ad infinitum*, pero los derechos humanos como contenido temático, como dice Finnis, no tienen historia, se trata de un concepto universal ligado a la esencia misma de la persona y que ha nacido al mismo tiempo que el propio ser humano.

Actualmente se confunden los derechos con su garantía, con la obligación del Estado de proteger el libre desarrollo de los mismos; se confunden con las políticas públicas, etcétera, pero se olvidan de que partiendo del sujeto de dichos derechos, estos

se definen en función de su ser como humano y su derecho de supervivencia como tal, como ser racional, social por naturaleza y por naturaleza también con un código de conducta moral; los derechos humanos y las libertades fundamentales inherentes a la esencia humana son universales.

En estricta lógica jurídica, si no queremos caer en una estéril polémica, si pretendemos argumentar y no yuxtaponer opiniones desordenadas e indefinidas, tanto en materia como en número, debemos emplear argumentos cuya identidad, conmensurabilidad y oportunidad ha sido satisfecha.

La paradoja que nos menciona Laporta es vista por partida doble por Janne Haaland Matlary, profesora en la Universidad de Oslo, exsecretaria de Estado y consejera del Consejo Pontificio, para quien es una urgente necesidad entrar en el caso de definir los derechos humanos, antes que pasar a construir y justificar teorías; una de dichas paradojas se refiere a la condicionante europea para prestar su ayuda y cooperación a otros países, siempre que cumplan con el respeto a los derechos humanos, mientras se niegan a esclarecer objetivamente su significado.

Esta necesidad se refleja en la preocupación de muchos notables autores, que ven el problema ligado al abuso de poder, como Mary Ann Glendon (1991) de la Harvard Law School y President's Bioethics Council, cuyos argumentos resultan irrefutables:

¿Cómo pueden los derechos humanos ser un modelo estándar universal en un clima político donde prevalece el relativismo? Si los derechos humanos no pueden defenderse sobre una base filosófica sólida, entonces se deja la puerta abierta para la manipulación y la deconstrucción que no tienen fin... Y el poder se convierte en un derecho (1991: xi).

Estos argumentos se repiten en autores como Eduardo García Máynez (1958) de la Universidad Nacional Autónoma de México, quien hablando del principio de razón suficiente en cuanto al fundamento suficiente de verdad de todo juicio enunciativo y de validez suficiente de toda norma, referido al contenido y a la fuente de las normas, nos dice respecto de los pensadores iusnaturalistas:

Mientras sus opositores discuten, sin ponerse de acuerdo, cuál es la naturaleza en que tiene su asiento el verdadero derecho, los detentadores del poder formulan los preceptos rectores de la convivencia humana y crean, para asegurar su eficacia, el monopolio de la coacción (1958:39).

Queda claro, en nuestra particular opinión, que para llegar a un ordenamiento jurídico internacional, desde el nuevo paradigma del derecho, basado en el respeto a los derechos fundamentales del hombre, debemos partir de la definición y delimitación o alcance de su objeto de estudio y de sus conceptos básicos. Se ha puesto de manifiesto la urgente necesidad de evitar polémicas estériles, de yuxtaponer opiniones de manera desordenada e indefinida, del debilitamiento a que nos conduce la multiplicación irracional de derechos declarados, y todo esto puede encontrar solución si el método científico encuentra un nuevo enfoque unificador. Lo anterior nos lleva a la segunda premisa metodológica, que se refiere a establecer un objeto de estudio claro y definido en términos de la disciplina a que pertenece.

Partir de una definición es algo de central importancia para toda ciencia que se precie de serlo, así lo mencionan autores como Francisco Laporta (1987) (“me parece necesario reabrir una indagación conceptual suficientemente rigurosa”), y Heinrich Rickert en su *Teoría de la definición*:



Ahora bien, quienquiera haya trabajado científicamente alguna vez sabe que ambos esfuerzos –la búsqueda de la verdad (como brevemente podemos decir) y su formulación verbal para comunicarla a los demás– fallan a menudo su meta. La definición constituye para la metodología el medio de realizar un fin científico (1960: 18-19).

Por otra parte, un problema del conocimiento se considera agotado, provisionalmente, una vez que se ha formulado y demostrado un modelo teórico que enuncia, describe, analiza y explica el fenómeno en cuestión; en tanto no surjan evidencias en contrario o un modelo que explique el mismo fenómeno con mayor parsimonia. En tanto el problema del conocimiento en torno a nuestro objeto de estudio no se encuentre agotado en los términos arriba señalados, seguirá siendo un objeto de estudio válido para este trabajo, de otro modo, nos veríamos forzados a cambiarlo por otro.

García Máynez, en relación con Kant, nos indica que en el caso de las definiciones tanto analíticas como sintéticas, la finalidad del procedimiento definitorio no estriba en dar cuenta de la esencia de una cosa, sino en señalar de manera adecuada y completa el contenido de un concepto (1958: 48); es decir, que de lo que se trata no es de definir precisamente al objeto, sino su concepto. En este caso, también hablamos del contenido del concepto de ser humano, para determinar sus derechos esenciales a la supervivencia como tal.

El autor en comento también nos refiere a la definición como indicación del sentido en que un signo es o ha sido empleado, y dice, refiriéndose a Robinson: “La definición léxica es, en cierto modo, historia, puesto que indica la forma en que ciertos hombres han entendido una palabra en un lugar y una época determinados (García Máynez, 1958: 49). Ciertamente en este sentido cabe admitir el término derechos humanos, ya que fue el que se le dio a

partir de la Convención de Naciones Unidas y de la Declaración de 1948. Por esta razón, la terminología apropiada puede ser derechos humanos o fundamentales, aunque, de cualquier manera en que se considere, hace falta referenciar el contenido exacto de tal concepto, pues no basta con crear un nuevo término, es necesario aclarar su sentido, es decir, la forma en que debe ser utilizado. Y, lo más importante de todo, ya que nos referimos a derechos, es indispensable aclarar su sentido normativo.

La tercera premisa nos lleva a la seguridad de que si deseamos establecer una teoría científica sobre los derechos humanos, el principal instrumento será una definición que busque una verdad, a través de una formulación verbal que comunique a todos, de manera universal, lo que estos derechos son, que nos permita fijar el contenido de este concepto y a partir de este poder realizar las tareas encaminadas a fijar su protección normativa y no solamente a nivel de sistema jurídico, sino de manera internacional para brindar a los individuos verdadera protección a todos los niveles y a todas las distancias.

#### CAMBIO DE PARADIGMA PARA UNA DEFINICIÓN ANTROPOLÓGICO-SOCIAL

Actualmente, cuando hablamos de derechos humanos o fundamentales ya no resulta claro el paradigma que sustenta los modelos de investigación, y hay una gran cantidad de conceptos emergentes, imposibles de explicar a la luz de los modelos existentes, debido a la pérdida de resolución que van sufriendo por las sucesivas representaciones, forma de comunicación y en general distorsiones de muy diferentes naturalezas.

El nuevo paradigma para este siglo debe reconocer al ser humano en razón de los elementos que lo definen como tal, en un sentido antropológico-social y en razón de que la conservación de esos elementos o características es lo primordial para su sobrevivencia como humano y, por ende, para conservar la dignidad que esto implica, que es el ‘bien jurídico’ último a tutelar por todo sistema político-jurídico; por lo tanto, constituyen sus derechos y libertades esenciales, mismas por las que lucha y que constituyen los principios más valiosos depositados en la Constitución para crear normas sobre derechos fundamentales, delineados según cada cultura y que se protegen a través de políticas públicas y mecanismos procesales que tienden a la unificación internacional.

Jiménez Cuanalo (2008) pone énfasis en que el universo no es más que información potencial que se actualiza de forma fugaz y caótica, pero que adquiere significado a partir de la existencia de observadores; entonces el universo recobra el sentido que los materialistas le habían negado: una visión científica de las cosas, pero con un análisis respecto de su significado. De aquí la necesidad de situarnos dentro de un nuevo paradigma que dé cohesión a los derechos humanos dentro de los fenómenos sociales actuales que nacen de la necesidad vital de situarse dentro de una perspectiva que mantenga unida a la sociedad, ya que una sociedad que no comparte significados tiende a desintegrarse: “Toda teoría general descansa sobre algún paradigma o modelo de la realidad”, y, como en nuestro caso, pretendemos hablar de derechos humanos universales: “Del paradigma universal dependen no solamente las respuestas que una sociedad encuentra aceptables, sino aun las preguntas, por lo que el paradigma universal subyace a absolutamente toda la cultura de una sociedad” (Jiménez, 2008).

De esta forma, toda vez que una concepción científica del ser humano, de sus derechos y del fin del orden jurídico mismo constituiría el único referente universalmente aceptable para un nuevo orden jurídico internacional, que yendo más allá de la fuerza bruta, se inserte en el desarrollo histórico del Estado de derecho y lo haga, como un proceso de búsqueda, de una protección universal de los derechos fundamentales del ser humano, resulta evidente que es prioritario sentar las bases para la disciplina capaz de proveer dicha concepción científica. En este sentido, los avances extraordinarios de las neurociencias nos proporcionan un referente sobre las características del ser humano, mismas que constituyen el centro de protección de los sistemas jurídicos.

Lo cierto es que la aparición de la conciencia humana revolucionó por completo la historia de la vida en nuestro planeta. No fue solo el bipedismo, como punto de partida que genera cambios morfológicos en el uso de las manos, lo que permite el desarrollo de una fina coordinación motora, ni la unificación de laringe y faringe, que hace posible un infinito número de sonidos, a través de un sistema más extenso de neuronas espejo para llegar al lenguaje, sino la estructura misma del cerebro que magistralmente nos describe Gazzaniga (2009), haciendo hincapié en las estructuras, procesos y capacidades únicas del ser humano. Nos lleva de la mano este autor magistral a través de los descubrimientos más recientes sobre las áreas únicas del cerebro humano, la evolución genética, las interconexiones cerebrales, las teorías inferenciales de la mente de David Premack y Guy Woodruff en 1978. Y todo esto, para explicar cómo el desarrollo evolutivo neuronal permite “el comportamiento altamente social y emocionalmente más complejo” (Gazzaniga, 2009) del ser humano, pero al mismo tiempo permite controlar las respuestas instintiva y emocionales a los estímulos externos, es decir, los procesos automáticos de respuesta

emotiva que pueden involucrar sentido de reciprocidad, recompensa o castigo y esto, el juicio moral del comportamiento racional, es lo que nos hace perfectamente humanos.

En última instancia esto es lo que define al hombre, lo que da origen a las reglas del comportamiento social, al Estado de derecho, y en última o primerísima instancia a su dignidad, entendida esta como la sobrevivencia y la conservación de lo que le caracteriza y le permite seguir considerándose humano; esto es: su vida con integridad físico-mental, su alta socialización, su capacidad de crear y compartir cultura y su plena capacidad de elección conforme a principios y valores, o como diría Gazzaniga: “el juicio moral del comportamiento racional”.

## ANÁLISIS Y CONCLUSIONES

En resumen, podemos decir que hay una enorme confusión en cuanto a la manera de nombrar a los derechos humanos o fundamentales, y que esta confusión hace cada vez más difícil su protección, razón por la cual una gran cantidad de autores reconoce la ingente necesidad de lograr un enfoque unificador, para lo cual el instrumento más adecuado resulta ser la definición, en cualquier forma de aproximación metodológica.

Podemos agregar que lo más adecuado resulta hablar de derechos humanos, en sentido léxico o prescriptivo (por consenso histórico, aunque no en estricta lógica jurídica) o derechos fundamentales en su sentido esencial (no por su inserción en la norma fundamental).

Pero lo más importante que podemos resumir, es que no solo es necesario, sino también indispensable, no perder de vista que la esencia del ser humano es definitivamente antropológica y social

que, por lo tanto, sería inaceptable no definirlo en estos términos; que es en estos términos que el derecho debe buscar su protección y encausarla para proteger la sobrevivencia de la especie y a cada ser humano, con todo aquello que lo define y que su dignidad requiere. Hablamos de un paradigma que parta del primordial derecho de supervivencia de la especie con todas y cada una de las características que la definen e integran su dignidad, y sobre todo, del reconocimiento de que es el hombre quien crea su propia realidad a partir de la representación y, por ende, de la comunicación, y que todo esto no puede sino implicar una dimensión universal.

En el sentido arriba expresado, es posible afirmar que dentro de una teoría sobre los derechos humanos o fundamentales del hombre, cabe esperar que el primer acercamiento sea, precisamente, el método científico. Corresponde, por lo tanto, evidenciar, como bien nos señalaba el maestro Cuanalo (2014), tres cuestiones: “debemos fijar: un parámetro, un valor y un criterio, explicándonos que el parámetro se refiere al bien jurídico tutelado, el valor a la dimensión axiológica y el criterio a la conmensurabilidad, esto es, en qué medida se cumple con la tutela del bien jurídico referido; en este caso hablamos del ser humano como unidad inseparable de dos aspectos, el ser biológico y el ser intelectual –tradicionalmente nombrado como materia y espíritu.

En nuestro caso, el parámetro o bien jurídico tutelado son, precisamente, los derechos humanos, esenciales o fundamentales, que constituyen la esencia del ser humano, es decir, lo que lo hace humano y que constituyen, asimismo, su dignidad. El valor axiológico respecto del parámetro sería la supervivencia de la especie humana como tal, esto es, como ya apuntamos, su esencia o dignidad, y su medida por tanto resulta absolutamente indispensable. Esto es, proteger la vida íntegramente, tanto física como intelec-

tualmente, que cubre el aspecto biológico, aunando la creación y transmisión de cultura, que cubre el aspecto intelectual, y que a su vez nos remite a las relaciones sociales extendidas y a la libertad de decidir conforme a principios y valores.

En resumen: establecer una teoría sobre los derechos humanos o fundamentales (parámetro), en razón de la supervivencia de la especie como tal, o sea en cuanto al valor de preservar su dignidad y la forma de asegurar su protección (medida).

Dentro de este contexto y parámetros resulta por lo tanto no solamente posible sino indispensable la construcción científica de un modelo sobre los derechos humanos, que a nivel universal logre solucionar uno de los problemas más sentidos para el género humano.

Derechos humanos o fundamentales son aquellos que protegen la supervivencia íntegra del hombre de manera universal, inobjetable, aunque la medida o el alcance de dicha protección la dé, en el caso concreto de cada estado, su concepción cultural.

Es nuestra propuesta iniciar la construcción de un modelo teórico científico de los derechos humanos o fundamentales, que nos lleve a una definición y a la delimitación del concepto, no en virtud de su inclusión en una determinada norma, sino como fundamento de todo orden jurídico, con carácter universal, en términos filosófico-jurídicos y sustentado en las características antropológico-sociales del ser humano. Así como determinar que estos derechos se refieren a lo siguiente:

- Derecho a conservar una vida psicofísica integral.
- Derecho a crear y transmitir cultura.
- Derecho a establecer relaciones sociales (espacio-temporales) extendidas.
- Derecho a decidir libremente conforme a principios y valores.

Aceptar que estos cuatro derechos humanos o fundamentales deben permear como principios rectores universales a todos los sistemas jurídicos, al menos de los países firmantes de la Declaración Universal de los Derechos del Hombre, y que deben inspirar a todos los sistemas normativos que los reconozcan, definan y garanticen.

Hablamos de que estos cuatro derechos, como principios universales, den fundamento a la norma constitucional, a las normas protectoras de su ejercicio y, por supuesto, constituyan la base ponderativa de la argumentación jurídica.

La protección del ejercicio de estos cuatro derechos se verá traducida en normas individuales de protección, inspiradas en el mayor o menor valor que determinada cultura da a cada uno de estos principios; así, la protección de la vida puede darse a través de normas que permitan o excluyan la pena de muerte, según la cultura de cada estado.

Estos cuatro derechos son universalmente válidos para todas las culturas y Estados y parten de un concepto objetivo: las características antropológicas sociales que permiten la pervivencia del verdadero ser humano, de las cuales es imposible prescindir. A su vez, fundamentan como principios fundamentales las normas protectoras de su ejercicio dentro de parámetros culturales—dando lugar a lo que hoy conocemos como derechos humanos—, y son precisamente estas normas protectoras las que darán forma a un derecho procesal cada vez más unificado a partir de convenciones, tratados y, sobre todo, la jurisprudencia internacional.

Es nuestra propuesta considerar a los derechos humanos como bien jurídico tutelado con una dimensión axiológica referida a la dignidad humana que no permite la exclusión de nin-



guna de sus características antropológico-sociales, asegurando su supervivencia en un contexto universalmente válido, en un sentido filosófico-jurídico.

Al mismo tiempo, esperamos que la persona humana acepte su responsabilidad como creadora de su realidad y entienda que está en sus manos preservar esta maravillosa especie humana con todos sus atributos, dentro de un mundo de equilibrio biológico y social.

## BIBLIOGRAFÍA

- García, M. E. (1958). Análisis crítico de algunas teorías sobre el concepto de definición. *Diánoia*, 4, (4).
- García, M. J. (2010). *Derecho constitucional. Vol. I. El ordenamiento constitucional. Derechos y deberes de los ciudadanos*. Valencia: Tirant Lo Blanch.
- Gazzaniga, M. i S. (2009). *Huma*. Nueva York: First Harper Perennial Edition.
- Glendon, Mary Ann (1991). *Rights talk: The impoverishment of political discouse*. Nueva York: The Free Press.
- Gordon, L. P. (2008). *60 años de la Declaración de los Derechos Humanos, 1948-2008*. Estados Unidos: Departamento de Estado. Recuperado de <http://photos.state.gov/libraries/amgov/30145/publications-spanish/EJ-rights-1108sp.pdf>.
- Jiménez C. J. M. (2008). *“Arsología”: Una ciencia del arte*. Tijuana: Zona Límite.
- . (2014). *Parámetros para un acercamiento científico*. Tijuana: Zona Límite.
- Kuhn, T. (1962). *The structure of scientific revolutions*. University of Chicago Press.

- Laporta, F. J. (1987). Sobre el concepto de derechos humanos. *Doxa*, 4(23).
- Rickert, H. (1960). *Teoría de la definición*. México: Centro de Estudios Filosóficos-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Ritzer, G. (2002). *Teoría sociológica moderna* (trad. Ma. Teresa Casado) (5ª ed.). España: MacGraw-Hill.

CAPÍTULO III

ENFOQUE NACIONAL JURISPRUDENCIAL  
(DERECHO INTERNO)



## BREVE ENSAYO SOBRE LA JURISPRUDENCIA

Raúl Molina Torres\*

El vocablo *jurisprudencia* –cuyas raíces etimológicas provienen del latín *jus iuris*: derecho, justicia, atribuciones legales, vínculo, lazo, unión (*juris*-consulta, jurisprudencia, *juris*-perito, jurisdicción, jurar, perjurar, justo), y *prudens, prudentis*: que prevé, entendido– nos da el significado gramatical de que la jurisprudencia es lo que se prevé como justo, justicia o lo que se entiende como derecho, atribuciones legales, etcétera. Este significado gramatical no puede ser otro puesto que, como veremos luego, la jurisprudencia son resoluciones judiciales específicamente determinadas que nos dicen cómo debe entenderse el derecho, la suma de atribuciones legales, etcétera, e implícitamente la justicia en el caso concreto.

Amén de lo anterior, jurisprudencia se ha dado llamar a la ciencia del derecho en general, como la suma de conocimientos acerca del derecho positivo, entendido este en sus sentidos objetivo y subjetivo.

\* Maestro de asignatura: Seminario de Derecho Constitucional en la Facultad de Derecho, Campus Mexicali, Universidad Autónoma de Baja California. Correo electrónico: paulomz65@yahoo.com.mx

Por la finalidad que persigue la elaboración de este ensayo, no traeremos a colación los diferentes conceptos históricos y doctrinarios contemporáneos que se han elaborado acerca de lo que debe entenderse por jurisprudencia, pues se alejaría del objetivo al inicio esbozado, que es el de brindar al lector una visión clara y concreta del tema.

Así pues, el título cuarto, capítulo I de la actual Ley de Amparo, no define lo que debe entenderse por jurisprudencia, pues el artículo 215 de ese ordenamiento solo se limita a establecer cuáles son los procedimientos o formas de creación de la jurisprudencia, a decir, por reiteración de criterios, por contradicción de tesis y por sustitución. Sin embargo, de esa disposición legal se puede deducir que la jurisprudencia nace en virtud de criterios jurídicos, contenidos en las resoluciones de algunos órganos del Poder Judicial de la Federación desentrañando el sentido y alcance de los preceptos legales que el legislador no precisó, por lo que de esta manera íntegra o complementa a la norma jurídica en los alcances que sin estar precisados en ella, se deducen de los diversos medios de interpretación para crear una norma jurídica completa y obligatoria para el caso concreto.

El primero de los citados procedimientos de creación de la jurisprudencia alude al término reiteración, vocablo que de acuerdo con el Diccionario de la Lengua Española de la Real Academia Española significa “volver a decir o hacer algo”, luego los criterios contenidos en los fallos judiciales se han de volver a decir para que puedan llegar a integrar jurisprudencia.

De los artículos 222 al 224 de la vigente Ley de Amparo se desprende que los únicos órganos judiciales del Poder Judicial de la Federación a los que se confiere la atribución legal de formar jurisprudencia por reiteración es a: Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), Salas Primera y Segunda de ese alto tribunal, y Tribunales Colegiados de Circuito.

Como requisitos formales en la integración de jurisprudencia se requiere que en los asuntos sometidos a la decisión de aquellos órganos jurisdiccionales, el criterio que sustente cada sentencia ejecutoria que resuelva un caso concreto, se reitere en cinco de ellas pronunciadas en sesiones diferentes.

En este punto es importante destacar que la nueva Ley de Amparo exige que la reiteración de criterios se haga al resolver los asuntos de la competencia de los órganos jurisdiccionales antes mencionados, en sesiones diferentes, a diferencia de lo que disponía el artículo 192, párrafo segundo, de la abrogada Ley de Amparo (publicada en el Diario Oficial de la Federación el 10 de enero de 1936) el cual no mencionaba que la reiteración de criterios en la resolución de cinco asuntos fuera en sesiones diferentes, sino que podía hacerse incluso en una misma sesión, a condición de que no hubiera interrupción entre ellos, y, decía el precepto, en un mismo sentido.

Dicho párrafo segundo del citado artículo 192 de la Ley de Amparo anterior, a la letra decía:

Las resoluciones constituirán jurisprudencia, siempre que lo resuelto en ellas se sustente en cinco sentencias ejecutorias ininterrumpidas por otra en contrario, que hayan sido aprobadas por lo menos por ocho ministros si se tratara de jurisprudencia del pleno, o por cuatro ministros, en los casos de jurisprudencia de las salas.

De tales ordenamientos reglamentarios del juicio constitucional se antoja más plausible la actual disposición de que los fallos en los que se adopte el mismo sentido y criterio de resolución se hagan en sesiones diferentes pues ello permitirá a los juzgadores un tiempo mayor de reflexión dada la trascendente obligatoriedad de la jurisprudencia.

En este punto cabe destacar que la vigente Ley de Amparo conserva el requisito de votación calificada que contemplaba a su vez la ley anterior, esto es de cuando menos ocho votos de los ministros tratándose de la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de cuatro si se trata de alguna de las salas de ese alto tribunal, y por unanimidad de votos si la jurisprudencia emanara de un Tribunal Colegiado de Circuito (tres magistrados de Circuito).

La segunda forma de creación o integración de la jurisprudencia se da por contradicción de tesis. Esta forma tiene por fin dilucidar cuál de los criterios discrepantes con que han sido resueltos los asuntos competencia de las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Plenos de Circuito y Tribunales Colegiados debe prevalecer para que los asuntos subsecuentes se resuelvan con el mismo criterio y sentido, lo cual indudablemente viene a representar, en última instancia, orden y seguridad jurídica para los justiciables; piénsese por ejemplo si en un Circuito de amparo donde hay cuatro o cinco Tribunales Colegiados, cada uno sustenta un criterio diferente al de los demás en la resolución de asuntos similares, dejaría a las partes en total incertidumbre de cómo se resolvería su caso, lo que dependería de su suerte en atención de cuál tribunal conociera del litigio, situación que no es deseable en un Estado de derecho, sino por el contrario, debe prevalecer la certeza de que quien tenga la razón se vea beneficiado con un fallo que proteja sus intereses, cualquiera que sea el órgano jurisdiccional que lo resuelva.

Ahora la contradicción de criterios o tesis, como técnicamente son los puntos de vista jurídicos que sustentan los fallos judiciales, se pueden presentar entre las salas de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Primera y Segunda), entre los Plenos de Circuito o entre los Tribunales Colegiados de Circuito.



La competencia para resolver la contradicción de tesis, de conformidad con el artículo 226 de la Ley de Amparo en vigor, se surte de la manera siguiente:

- El Pleno de la SCJN para resolver la contradicción de tesis entre las salas de la misma.
- El Pleno o sus salas (según la materia competencial de estas) para resolver la contradicción de tesis sustentadas por los plenos de circuito de distintos circuitos, entre los Plenos de Circuito en materia especializada de un mismo circuito o entre sus tribunales colegiados de diversa especialidad, e igualmente entre tribunales colegiados de diferente circuito; y, finalmente, son competentes los plenos de circuito para dilucidar las tesis contradictorias sustentadas por los tribunales colegiados del mismo circuito.

De lo anterior salta a la vista sin mayor complicación que la competencia para resolver las contradicciones de tesis obedece a un orden estructural o pirámide competencial en orden ascendente, pues así encontramos en primer lugar a la SCJN en la cúspide de la pirámide, para resolver la contienda de criterios entre las salas del propio Tribunal Supremo; en segundo lugar a las salas para dilucidar la contrariedad entre los Plenos de Circuito y estos a su vez para definir los de los Tribunales Colegiados de su propio Circuito.

En este tema de la jurisprudencia por contradicción de tesis, consideramos importante destacar que a los procesos analizados al respecto de creación de jurisprudencia por aquel medio, se debe sumar uno muy especial, como es el que se refiere a la potestad de la SCJN para resolver la posible contrariedad de una tesis sustentada por una de las salas del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación al resolver un asunto o acto electoral de su competencia.

En efecto, el artículo 99, fracción X, párrafo cuarto de la Constitución federal, establece que en el supuesto de una posible contrariedad entre una tesis o acto sustentado por una sala del Tribunal Electoral mencionado con alguna de las tesis sostenidas por el Pleno o las salas del Alto Tribunal, cualquiera de los ministros, las salas o las partes podrán denunciar la contradicción en los términos que señale la ley para que el Pleno de la SCJN decida en definitiva cuál tesis debe prevalecer.

Como se ve, la propia Suprema Corte resolverá la contradicción de tesis entre una que haya sido sustentada por una de las salas del propio Tribunal Supremo y otra emanada de alguna de las salas del Tribunal Electoral, situación que corresponde, digamos, a la forma natural de la jurisprudencia por contradicción de tesis; esto es, decidir la contrariedad entre dos tesis de órganos de diferente ámbito federal por el órgano jurisdiccional supremo en el país; empero, lo destacable fuera del aspecto natural mencionado, es que la SCJN también decidirá si una tesis o acto de una de las salas del Tribunal Electoral es contradictoria con una tesis sustentada por el propio Alto Tribunal al interpretar algún precepto constitucional, cuya resolución de abrazar el criterio de la sala electoral ¿tendrá efecto de jurisprudencia por contradicción de tesis?

De acuerdo con el procedimiento de creación de la jurisprudencia por contradicción de tesis, la respuesta que se antoja a la interrogante anterior es el sentido afirmativo. De ahí que aun cuando la Ley de Amparo en sus artículos 225, 266 y 227 no contempla la referida forma de jurisprudencia emanada de la contradicción de tesis, esta tiene su fuente en el mencionado artículo 98 constitucional, fracción y párrafo citados con antelación.

Por otra parte, es también importante referirnos a otros dos supuestos de creación específica de jurisprudencia, aunque ya no

con motivo del juicio de amparo al igual que en la forma anterior, sino a través de resoluciones recaídas a otras acciones constitucionales, como son las previstas por el artículo 105, fracciones I y II constitucionales.

En efecto, esta disposición legal establece:

Artículo 105. La Suprema Corte de Justicia de la Nación conocerá, en los términos que señale la ley reglamentaria de los asuntos siguientes:

I. De las controversias constitucionales, que, con excepción de las que se refieran a la materia electoral, se susciten entre:...

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

En relación con lo anterior, la SCJN al resolver la Contradicción de Tesis 6/2008.PL, el 26 de mayo de 2011, por mayoría de votos, en la tesis que elaboró al respecto sostuvo lo siguiente:

JURISPRUDENCIA DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN. TIENEN ESE CARÁCTER Y VINCULAN AL TRIBUNAL ELECTORAL DEL PODER JUDICIAL DE LA FEDERACIÓN LAS CONSIDERACIONES SUSTENTADAS EN UNA ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD CUANDO SE APRUEBAN POR OCHO VOTOS O MÁS.- En términos de lo establecido en el artículo 43 de la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias aprobadas por cuando menos ocho votos, serán obligatorias para las Salas de esta Suprema Corte, los Tribunales Unitarios y Cole-

giados de Circuito, los Juzgados de Distrito, los tribunales militares, agrarios y judiciales del orden común de los Estados y del Distrito Federal, y administrativos y del trabajo, federales o locales, disposición que de conformidad con lo previsto en el artículo 177 de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación regula una forma específica de integración de jurisprudencia, tal como lo ha reconocido el Pleno de esta Suprema Corte al resolver la solicitud de modificación de jurisprudencia 5/2007-PL y en el Acuerdo General 4/1996, así como las Salas de este Alto Tribunal en las tesis 1a./J. 2/2004 y 2a./J. 116/2006 de rubros: “JURISPRUDENCIA. TIENEN ESE CARÁCTER LAS RAZONES CONTENIDAS EN LOS CONSIDERANDOS QUE FUNDEN LOS RESOLUTIVOS DE LAS SENTENCIAS EN CONTROVERSIAS CONSTITUCIONALES Y ACCIONES DE INCONSTITUCIONALIDAD, POR LO QUE SON OBLIGATORIAS PARA LOS TRIBUNALES COLEGIADOS DE CIRCUITO EN TÉRMINOS DEL ACUERDO GENERAL 5/2001 DEL PLENO DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN.” Y “ACCIÓN DE INCONSTITUCIONALIDAD. SI EN ELLA SE DECLARA LA INVALIDEZ DE NORMAS GENERALES, LOS ÓRGANOS JURISDICCIONALES DEBEN APLICAR ESE CRITERIO, AUN CUANDO NO SE HAYA PUBLICADO TESIS DE JURISPRUDENCIA”. En ese orden de ideas, debe estimarse que las razones contenidas en los considerandos que funden los resolutivos de las sentencias dictadas en acciones de inconstitucionalidad, aprobadas por cuando menos ocho votos, constituyen jurisprudencia obligatoria para el Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación atendiendo a lo establecido en el artículo 235 de la referida Ley Orgánica, sin que obste a lo anterior que dicho órgano jurisdiccional no esté explícitamente previsto en el referido artículo 43, toda vez que dicha obligatoriedad emana de una lectura sistemática de la propia Constitución federal, y dicha imprevisión podría tener su origen en

que la ley reglamentaria en comento se publicó en el Diario Oficial de la Federación el 11 de mayo de 1995, mientras que el Tribunal Electoral se incorporó al Poder Judicial de la Federación con la reforma constitucional de 22 de agosto de 1996;

de cuyo texto se advierte que no solo se refirió a los razonamientos sustentados en las acciones de constitucionalidad, sino también a las controversias constitucionales; luego la jurisprudencia en comento tiene pues por origen específico las consideraciones contenidas en los fallos recaídos a las citadas acciones constitucionales.

La tercera forma de integración de la jurisprudencia corresponde a la sustitución de la jurisprudencia ya creada por órgano competente: artículo 230 de la Ley de Amparo.

En esta disposición legal encontramos también que para llegar a declarar inaplicable una jurisprudencia ya establecida sea por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, las salas de la misma, por los Plenos de Circuito o Tribunales Colegiados de Circuito, según el caso, la competencia para solicitar la sustitución de aquella, opera bajo la misma estructura competencial que para la creación de jurisprudencia por contradicción, solo que ahora en orden descendente.

En efecto, cualquier Tribunal Colegiado, a petición de alguno o algunos de los magistrados de Circuito (del mismo Circuito), podrá solicitar al Pleno de Circuito al que pertenezcan, con motivo de un asunto específico, que sustituya la jurisprudencia por contradicción que haya establecido; dice el invocado artículo 230, fracción I, que expresará las razones por las cuales estime que debe sustituirse el criterio informador de la jurisprudencia impugnada. Esto último nos parece que no podría ser de otra manera

pues entonces el Pleno de Circuito no tendría ninguna base para proceder al estudio de la sustitución planteada.

Tratándose de la jurisprudencia de los Plenos de Circuito, se requerirá para la sustitución que las dos terceras partes de los magistrados que los integran lo hagan.

También cualquiera de los Plenos de Circuito, mediante gestión de alguno de los magistrados integrantes, podrá solicitar al Pleno de la SCJN o a la sala la sustitución de la jurisprudencia ya establecida, dicha solicitud debe ser por mayoría.

Por último, dice el citado artículo 230 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo, cualquiera de las salas, a petición de cualquiera de los ministros que la integran, podrá solicitar al Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que sustituya la jurisprudencia que haya establecido, para lo cual bastará una votación mayoritaria para que así suceda.

Es de precisar que para que se acuerde favorable la sustitución de jurisprudencia, también se exige una mayoría calificada de ocho votos de los ministros, en el caso de que sea jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de cuatro si es de la sala y de dos terceras partes de los magistrados que integran el Pleno de Circuito.

Alude la disposición legal en comentario a que la sustitución deberá plantearse con motivo de un asunto concreto ya resuelto. Esto obedece precisamente a la seguridad jurídica que debe haber en la resolución de los asuntos pues el nuevo criterio de decisión no afectará al caso que ya hubiera sido fallado conforme a la jurisprudencia anterior, habida cuenta de que por disposición expresa del artículo 217, párrafo cuarto del ordenamiento legal en referencia, “la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”.

Esta última disposición es similar con lo mandado por el artículo 14, párrafo primero de la Constitución Federal que establece la prohibición de aplicación retroactiva de la ley en perjuicio de alguna persona.

Sin embargo, no se identifica, en efecto, en tratándose de leyes (en el sentido estricto de la palabra, como el acto emanado del proceso legislativo traducido en una norma de carácter general, abstracta, impersonal y coercible); significa, a contrario sensu, que la ley posterior sí se aplicará a situaciones jurídicas anteriores a su vigencia, a condición de que esa aplicación resulte en beneficio del gobernado.

En cambio, esa prohibición no es enteramente aplicable en cuanto a la jurisprudencia se refiere, pues para esta institución jurídica el artículo 217, último párrafo, de la Ley de Amparo establece que “la jurisprudencia en ningún caso tendrá efecto retroactivo en perjuicio de persona alguna”, disposición similar al primer apartado del artículo 14 constitucional. Sin embargo, no hay una completa identificación con este, porque aunque la jurisprudencia es, según algunos autores, una norma jurídica obligatoria y coercible, la diferencia es que la misma no emana de órgano legislativo, tampoco es de ámbito general, pues quienes están obligados a acatarla son los órganos judiciales y solo cobra eficacia respecto de casos concretos sometidos a la decisión de estos últimos, luego la jurisprudencia no es una ley, y por último, la jurisprudencia es precisamente la interpretación de la ley, pero no es la ley misma. Por esas razones, a nuestro entender, no le es exactamente aplicable el supuesto de aplicación retroactivo cuando sea en beneficio de persona alguna, habida cuenta de que los artículos 226 y 230 de la Ley Reglamentaria del Juicio Constitucional en sus párrafo último establecen, en su orden, de manera expresa:

Que la resolución que decida sustentar la jurisprudencia, no afectará las situaciones jurídicas concretas de los juicios en los cuales se hayan dictado las sentencias que sustentaron las tesis contradictorias; y que no se afectarán las situaciones jurídicas concretas, derivadas de los juicios en los que se hayan dictado sustitución, ni la que se resolvió en el caso concreto que haya motivado la solicitud.

Luego es manifiestamente claro que aun cuando surja un nuevo criterio jurídico para resolver los asuntos, este no modificará o revocará el fallo judicial que se hubiese apoyado en un criterio anterior que luego se vea contradicho por la nueva concepción, pues de no ser así se atentaría gravemente contra el derecho a la firmeza y seguridad jurídica de los fallos judiciales, aun cuando se invocara por una de las partes procesales que la nueva jurisprudencia le beneficia, ya que, como dijimos en apartado anterior, a la jurisprudencia no le es aplicable el principio de aplicación retroactiva en beneficio de la persona, primero por no ser ley en sentido estricto, y segundo por prohibición expresa de los referidos artículos 226 y 230 de la Ley Reglamentaria del Juicio de Amparo en referencia.

Lo dicho no significa tampoco que la jurisprudencia no tenga aplicación al pasado, lo cual sí es factible sin que ello entrañe violación a la garantía de irretroactividad de la ley en perjuicio de persona alguna, porque si aquella es la decisión de la interpretación que debe darse a alguna disposición legal, precisando sus alcances o integrando alguna norma con vista al sistema jurídico al que pertenece, es lógico que se aplique a situaciones jurídicas anteriores a su creación en tanto el asunto en el que se den los supuestos de aquella interpretación no haya sido resuelto, pues de lo contrario, como lo disponen los citados artículos 226 y 230 de la Ley de Amparo, no afectará las resoluciones o situaciones



legales concretas en que se haya aplicado la tesis o jurisprudencia superada por la nueva intelección.

Creemos importante y ejemplificativo transcribir la jurisprudencia por Contradicción de Tesis 5/97, emitida por la Suprema Corte de Justicia de la Nación, al resolver las sustentadas por el Tercer Tribunal Colegiado en Materia Administrativa del Primer Circuito y el Cuarto Tribunal Colegiado del Sexto Circuito, fallado el 10 de octubre de 2000, por unanimidad de votos, que dice:

JURISPRUDENCIA. SU APLICACIÓN NO VIOLA LA GARANTÍA DE IRRETROACTIVIDAD DE LA LEY.- La Suprema Corte de Justicia de la Nación y los Tribunales Colegiados de Circuito, al sentar jurisprudencia, no solo interpretan la ley y estudian los aspectos que el legislador no precisó, sino que integran a la norma los alcances que, sin estar contemplados claramente en ella, se producen en una determinada situación; sin embargo, esta “conformación o integración judicial” no constituye una norma jurídica de carácter general, aunque en ocasiones llene las lagunas de esta, fundándose para ello, no en el arbitrio del juez, sino en el espíritu de otras disposiciones legales, que estructuran (como unidad) situaciones jurídicas, creando en casos excepcionales normas jurídicas individualizadas, de acuerdo a los principios generales del derecho, de conformidad con lo previsto en el último párrafo del artículo 14 constitucional; tal y como se reconoce en el artículo 94, párrafo sexto, de la Constitución federal, así como en los numerales 192 y 197 de la Ley de Amparo, en los que se contempla a la interpretación de las normas como materia de la jurisprudencia. Ahora bien, tomando en consideración que la jurisprudencia es la interpretación que los referidos tribunales hacen de la ley, y que aquélla no constituye una norma jurídica nueva equiparable a la ley, ya que

no cumple con las características de generalidad, obligatoriedad y abstracción, es inconcuso que al aplicarse, no viola el principio de irretroactividad, consagrado en el artículo 14 constitucional.

Por otra parte, es de llamar la atención en el sentido de que en la formación de la jurisprudencia por contradicción de tesis y sustitución, basta un solo fallo para que nazca a la vida jurídica, a diferencia de lo que acontece con la jurisprudencia por reiteración de tesis que, como hemos visto, se requiere de la resolución de cinco asuntos en un mismo sentido, no interrumpido y en diferentes sesiones, aprobados por una mayoría calificada según se trate del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, salas de la misma, Plenos de Circuito o Tribunales Colegiados de Circuito, lo que invita a pensar que sería deseable que en la jurisprudencia por contradicción de tesis también se exigiera cuando menos dos o tres resoluciones en un mismo sentido (similar a la jurisprudencia por reiteración) ya que ello también redundaría en la suficiente reflexión del nuevo criterio jurídico.

Por lo que hace a la jurisprudencia por sustitución de tesis, no queda más que presumir que el nuevo criterio ha sido suficientemente ponderado tanto por los juzgadores que proponen la sustitución como por quienes componen el órgano que deba pronunciarse al respecto.

Por último, cabe puntualizar que la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, como máxima defensora e intérprete de la Constitución Federal, solo puede modificarse o abrogarse en los términos establecidos por la propia ley fundamental y la ley reglamentaria del juicio de amparo, de manera que no es susceptible de que alguna otra autoridad jerárquicamente inferior a la Suprema Corte de Justicia de la Nación pueda modificar

o inaplicar una jurisprudencia por ella emitida en vista del control de constitucionalidad o convencionalidad *ex officio* en materia de derechos humanos, lo cual es lógico jurídicamente para no dar lugar a que la interpretación de los preceptos constitucionales y las leyes ordinarias por el Tribunal Supremo no sean observadas por los órganos y autoridades obligadas a su observancia, pues como hemos dicho, en todo caso la ineficacia de la jurisprudencia solo podrá obtenerse por y mediante los procedimientos legalmente establecidos, a saber, a los que nos hemos referido en este breve ensayo, en aras de la seguridad y certeza jurídica que debe imperar en un Estado de derecho como es el nuestro.

Lo dicho encuentra sustento en la jurisprudencia del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, tesis 64/2014 (10ª) P./J., cuyo título reza:

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

tanto en la abrogada como en el artículo 217 de la vigente; de ahí que no privan las mismas razones que se toman en cuenta para inaplicar una disposición emitida por el legislador cuando viola derechos humanos de fuente constitucional o convencional. Cabe precisar que en los casos en los que se pudiera advertir que una jurisprudencia del Alto Tribunal desatiende o contradice un derecho humano, cualquiera que sea su origen, existen los medios legales para que se subsane ese aspecto. En conclusión, aun partiendo del nuevo modelo de interpretación constitucional, no es posible determinar que la jurisprudencia del Máximo Tribunal del país pueda ser objeto de la decisión de un órgano de menor grado que tienda a inaplicarla, como resultado del ejercicio de control de convencionalidad ex officio, porque permitirlo daría como resultado que perdiera su carácter de obligatoria, ocasionando falta de certeza y seguridad jurídica.

## BIBLIOGRAFÍA

- Burgoa, I. (1992). *El juicio de amparo*. México: Porrúa.
- Castro, J. (año de publicación). *El sistema del derecho de amparo*. México: Porrúa.
- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Ferrer, E. (2006). *Derecho procesal constitucional*. México: Porrúa, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Colegio de Secretarios.
- Ferrer, E. & Sánchez G. (2013). *El nuevo juicio de amparo. Guía de la reforma constitucional y la nueva Ley de Amparo*. México: Porrúa.
- Fix, Z. (1964). *El juicio de amparo*. México: Fondo de Cultura Económica.

Jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

Jurisprudencia y tesis de Tribunales Colegiados del Poder Judicial  
de la Federación.

Ley de Amparo (vigente hasta el 12 de abril de 2013).

Ley de Amparo en vigor.



## MECANISMOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL EN MÉXICO, ANTE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Alejandro Sánchez Sánchez\*  
Daffnia Isabel Sánchez Mendoza\*\*

### INTRODUCCIÓN

Los derechos humanos son universales, pues su génesis natural está en la dignidad humana, por ello la importancia de que las naciones los reconozcan en sus constituciones, situación que en la medida de su progresividad internacional se ve reflejada en la parte dogmática de las leyes fundamentales y con ello en la satisfacción de los elementos necesarios para garantizar una vida digna.

De lo anterior se puede afirmar la importancia del estudio o del análisis del derecho procesal constitucional en los Estados Unidos Mexicanos, en virtud de que no solo la parte sustantiva

\* Doctor en derecho, profesor-investigador, perfil Promep, miembro del Sistema Nacional de Investigadores, Nivel 1, profesor Nivel C. Correo electrónico: alexsasacc@uabc.edu.mx

\*\* Licenciada en derecho, graduada de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, adjunta del Corporativo Jurídico Sánchez. Correo electrónico: daffnia.sanchez@gmail.com

del derecho constitucional dirigido a los gobernados es suficiente para la concretización y respeto de los elementos indispensables para una vida digna; ante tal situación, es decir, ante aquellos actos de autoridad que transgredan el marco de libertad soberano o los principios constitucionales de organización del Estado mexicano, se requiere la sanación o revocación de todos esos actos, para el efecto de restituir al gobernado en sus derechos humanos vulnerados y, asimismo, hacer respetar la parte orgánica de la Constitución, con el fin superior de que tanto los que ejerzan el poder como los gobernados, se desarrollen dentro del marco de constitucionalidad establecido.

Con la visión anterior, se analizan los mecanismos de control constitucional en México, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), como lo son: el juicio de amparo, las controversias constitucionales, la acción de inconstitucionalidad, partiendo del principio de control de la constitucionalidad. Lo anterior se obtiene con premisas verdaderas y válidas, establecidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la Ley de Amparo, la Ley Reglamentaria de las Fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en la doctrina, de autores como R. D. Aguilar, en su obra *Control de convencionalidad y principio de definitividad bajo el nuevo orden constitucional de los derechos humanos*, y R. Martínez y R. Reyes en su obra *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos* comentada y con jurisprudencia, entre otros. De igual forma, de deducciones, inducciones y comparaciones de los autores.



## JUSTIFICACIÓN

La investigación científica, desde la perspectiva de las ciencias jurídicas, es necesaria y se justifica, en primer lugar, porque los derechos humanos tienen su origen en la dignidad humana y, en segundo lugar, porque constituyen la base fundamental de una nación para mantener el marco de libertad de sus habitantes, logrando con ello un desarrollo digno y una legitimación del ejercicio del poder.

Precisamente, para legitimar el poder y llevar a cabo su ejercicio con obediencia voluntaria de sus gobernados, es necesario respetar el marco de libertad o derechos humanos de los mismos, de ahí su importancia y la justificación de su estudio; empero, en este análisis no se aborda la parte sustantiva de los derechos humanos, sino sus garantías para hacerlos valer cuando son vulnerados por un acto de autoridad o de un particular; este mecanismo o garantía constitucional para el gobernado, por excelencia, es el juicio de amparo.

Otros mecanismos de control constitucional son las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad; estas tienen por objeto hacer respetar el principio de supremacía constitucional, el principio de división de poderes y el federalismo. En el presente análisis no se abordó el derecho sustantivo de estos mecanismos, sino solo la parte adjetiva, pues se justifica la necesidad de abordar el estudio de los mismos desde la ciencia del derecho procesal constitucional, porque existe un gran número de juicios de amparo, controversias constitucionales y acciones de inconstitucionalidad que no son admitidos o son sobreseídos y no se llega al estudio de fondo de los casos concretos, problemática que debe abordar la ciencia jurídica.

Se considera que la parte sustantiva de los derechos humanos es un tópico analizado y ampliamente abordado por la ciencia jurídica, sin que sea un tema acabado, pues siempre hay algo nuevo que aportar, pero la parte del derecho adjetivo de los derechos humanos es un tema exploratorio, por tanto se debe indagar, para aportar a los mecanismos de control constitucional.

#### SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

El 4 de octubre de 1824 se aprobó la Constitución Federal de los Estados Unidos Mexicanos, la cual en su artículo 123 establecía que el Poder Judicial de la Federación se depositaría en la Corte Suprema de Justicia, Tribunales de Circuito y Juzgados de Distrito. Es aquí cuando después de diversos cambios y reestructuraciones nace lo que hoy conocemos como Suprema Corte de Justicia de la Nación.

A partir de las reformas constitucionales del 31 de diciembre de 1994, la Suprema Corte de Justicia de la Nación se integra por 11 ministros, actuando en pleno y en dos salas especializadas por materia. El Pleno es el Máximo Tribunal, último interprete de la Constitución, en su parte de salvaguardar la Carta Magna mediante el juicio de amparo protegiendo garantías individuales (Silva, 2008: 75).

Estas reformas, en el artículo 94, facultaron al Pleno para emitir acuerdos generales mediante los cuales decidiera de qué asuntos conocería y cuáles remitiría a los Tribunales Colegiados de Circuito, en virtud de que sobre tales asuntos ya existiera jurisprudencia al respecto o no prometieran fallos trascendentales, y en 1999 se reformó el artículo 107 de la Constitución, estableciendo que el recurso de revisión respecto de Amparos Directos solo procedería cuando los Tribunales Colegiados de Circuitos decidieran sobre la

inconstitucionalidad de una ley o establecieran una interpretación directa de la Constitución.<sup>1</sup>

Finalmente, la SCJN es el Máximo Tribunal Constitucional de nuestro país, y entre sus funciones está conocer y resolver mediante los Medios de Control Constitucional los conflictos que ocasionan actos de autoridad que contravienen las disposiciones constitucionales o de tratados internacionales de los que el Estado mexicano forme parte.

#### *CONTROL DE CONSTITUCIONALIDAD*

Entre el control de la constitucionalidad y el principio de supremacía constitucional hay una estrecha vinculación, ya que mientras la supremacía constitucional consiste en que ninguna autoridad o ley federal o local puede contravenir la ley fundamental, el control constitucional hace efectivo dicho principio al otorgar los mecanismos necesarios para garantizar que la Constitución sea respetada (García, 2001: 9); para ello, es fundamental la aplicación de los medios de control constitucional.

Los medios de control constitucional son las herramientas que el legislador permanente ha determinado en la Carta Magna, a efecto de establecer contrapesos entre los poderes de la Unión; por tanto, es importante e imprescindible conocer los medios de control constitucional como mecanismos procesales de defensa de una democracia constitucional, los cuales permiten mantener el equilibrio entre las autoridades para establecer un verdadero constitucionalismo y

<sup>1</sup> <https://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx> Suprema Corte de Justicia de la Nación, consultada el 15 de mayo de 2015.

respeto a las instituciones del país. En México, la justicia constitucional nació justo con el juicio de amparo, proceso encaminado a la defensa de las garantías individuales que otorga la Constitución Federal; a partir de entonces, el sistema mexicano de control constitucional evolucionó, pues tras el juicio de amparo se crearon la facultad de investigación de la Suprema Corte, el juicio político, las controversias constitucionales, los juicios de revisión constitucional electoral y para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, la acción de inconstitucionalidad y el procedimiento ante los organismos protectores de los derechos humano (Aldrete, 2008: 136). Evolucionando al análisis y aplicación de los principios del control difuso y control concentrado de constitucionalidad, porque aún no está definida su aplicación como derecho positivo en México, lo que ocasiona dispersión en su atención, requiriendo por tanto del análisis científico.

### *Control difuso*

Con la expresión control difuso nos referiremos a la facultad que tienen todos los órganos jurisdiccionales, en vía de excepción, de estudiar la constitucionalidad de normas generales, especialmente, y omitir su aplicación en un caso concreto o, si se tratase de actos stricto sensu, declarar su nulidad (Garmendia, 2010: 28).

Garmendia (2010) nos señala que el control difuso podría manifestarse de diversos modos:

- a) Otorgando exclusivamente a los órganos jurisdiccionales la facultad de estudiar la constitucionalidad de una ley o acto; y,
- b) Otorgando además, dicha facultad a las autoridades administrativas, en relación con su propia actuación y la de sus subalternos

a través de los medios de impugnación ordinarios; aunque en general únicamente se entiende por control difuso al primer supuesto.

En México, el control difuso de la Constitución se encuentra dirigido a los jueces ordinarios, sin embargo, esto ha sido discutido por la doctrina, la legislatura y la jurisprudencia, sin que se haya concretado un criterio de derecho positivo; es decir, está en el debate si los jueces del fuero común ejercen o no el control difuso de la constitucionalidad.

### *Control concentrado*

El control concentrado se basa en que solo una Corte Suprema, como máximo órgano del Poder Judicial, o un Tribunal Constitucional está facultado para hacer declaraciones de inconstitucionalidad (García, 2001). En el caso de los Estados Unidos Mexicanos, las declaraciones de inconstitucionalidad las realiza el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, a través de la Declaratoria General de Inconstitucionalidad.

El sistema de control constitucional concentrado —obra de Hans Kelsen— se distingue por el hecho de que un solo órgano es el competente para examinar una ley o acto, y determinar su conformidad con lo estipulado en la ley fundamental, al cual puede otorgarse la denominación de “tribunal constitucional”, “corte constitucional” u otra similar. Es únicamente este órgano el que tiene facultades para analizar y determinar que una ley o acto contraviene lo dispuesto en la Constitución y privarla de todo efecto jurídico (Garmendia, 2010: 26). Esta función es otorgada en México al Poder Judicial Federal mediante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sus salas y los Tribunales Colegia-

dos y Unitarios de Circuito, así como los Juzgados de Distrito, lo anterior en el ámbito de competencia de cada uno de ellos.

### *INSTRUMENTOS DE CONTROL CONSTITUCIONAL*

En México hay diversos medios de control o de defensa constitucional, de los cuales los más trascendentales son de carácter procesal, cuyo conocimiento corresponde al Poder Judicial Federal; sin embargo, nos concentraremos en los medios de control constitucional que se ventilan ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

#### *Juicio de amparo*

El juicio de derechos fundamentales o juicio de amparo nace de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos; al respecto, Aguilar (2014) establece que “es un medio de control de la Constitución y de protección de los derechos humanos de los gobernados contra actos de autoridad que afectan sus derechos por inconstitucionalidad e ilegalidad”. De igual manera, procede el amparo contra particulares cuando estos emiten actos que afecten la esfera jurídica de los gobernados y estén viciados, sean ilegales, inconstitucionales o estén en contra de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y de los que el Estado mexicano forme parte; en estos supuestos procede el amparo contra actos de particulares cuando ellos realicen actos en cumplimiento a disposiciones de una norma general.

Históricamente, el juicio de amparo se ha constituido como el instrumento de control de constitucionalidad más importante den-

tro de nuestro sistema jurídico. En la actualidad, es el medio para cuestionar la constitucionalidad de la actuación de toda autoridad del Estado. Es al mismo tiempo el mecanismo más eficaz que tienen los gobernados para evitar o corregir los abusos o las equivocaciones del poder público que lesionan o vulneran los derechos fundamentales de las personas reconocidas en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. En ese sentido, el juicio de amparo tiene por objeto específico hacer real y eficaz la auto-limitación del ejercicio de la autoridad por parte de los órganos del Estado. Es así que mediante el juicio de amparo se protegerán de manera directa, además de las garantías que actualmente prevé nuestra Constitución, los derechos humanos reconocidos por esta así como por los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte. (Martínez & Reyes, 2013: 17-18).

En el juicio de derechos fundamentales o juicio de amparo existe el amparo indirecto y el directo: el primero es conocido como biinstancial, al proceder el recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los jueces de distrito, y se ventila o substancia ante los tribunales colegiados de circuito, y solo por excepción, en ejercicio de la facultad de atracción o por petición de la autoridad, se resuelve el recurso de revisión en contra de sentencias de amparo indirecto ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando desde la demanda se debate la aplicación de una norma inconstitucional o la interpretación de un precepto de la Constitución; el segundo es conocido como amparo de legalidad, al debatir cuestiones de aplicación de normas secundarias que violan los derechos humanos consagrados en la Constitución o en los tratados internacionales. El amparo directo se presenta ante la autoridad responsable y se ventila en los Tribunales Colegiados de Circuito.

La regla general es que contra las sentencias de tercera instancia dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito no procede recurso alguno, es decir, son la tercera y última instancia en los juicios del orden común o federal, así como la segunda instancia respecto de los laudos dictados por las juntas de conciliación y arbitraje; empero, y solo cuando desde la demanda de amparo se alegue la aplicación de una norma declarada inconstitucional o la aplicación anticonstitucional de un precepto de la Constitución, procede el recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los Tribunales Colegiados de Circuito. En este caso, el recurso de revisión se presenta ante el mismo Tribunal Colegiado de Circuito, pero se ventila ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

### *Controversias constitucionales*

El jurista Fix Zamudio (1992), con conocimiento pleno de causa nos señala que la controversia constitucional es un juicio que se promueve en única instancia ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cuando se suscitan conflictos entre poderes o ámbitos de gobierno. Mediante dicha figura se impugna si alguno de ellos afecta a otro en su esfera de competencias, contraviniendo con ello a la Constitución. Por esta vía no pueden resolverse conflictos en materia electoral ni por límites territoriales. Entre los actores facultados por la Constitución para emplear este recurso están: las entidades federativas, el Distrito Federal, los municipios, el Ejecutivo Federal, el Congreso de la Unión, los poderes de una entidad federativa y los órganos de gobierno del Distrito Federal.

Sánchez Cordero (1999) nos señala que las controversias constitucionales son procedimientos de control de la regularidad



constitucional, planteados en forma de juicio ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación; en ellos se plantea la posible inconstitucionalidad de normas generales o de actos concretos y se solicita su invalidación, alegándose que tales normas o actos no se ajustan a lo constitucionalmente ordenado; o bien, para plantear conflictos sobre los límites de los estados cuando estos adquieren un carácter contencioso.

La controversia constitucional es un medio de control de la propia Constitución, el cual se tramita como un verdadero juicio y del que únicamente posee competencia y facultad para resolverlo la Suprema Corte de Justicia de la Nación. En este juicio, las partes serán siempre entes de gobierno, tales como la Federación, los estados, el Distrito Federal, el Ejecutivo Federal, el Congreso de la Unión, o cualquiera de sus cámaras, los poderes de las entidades federativas y los órganos de gobierno del Distrito Federal, que su fin es garantizar el principio de división de poderes y el federalismo.

### *Acción de inconstitucionalidad*

Juventino Castro, citado por García Becerra (2010), nos dice que las acciones de inconstitucionalidad son procedimientos planteados en forma de juicio ante la SCJN, por órganos legislativos minoritarios, por los partidos políticos con registro federal o estadual, o por el Procurador General de la República, en los cuales se controvierte la posible contradicción entre una norma de carácter general o un tratado internacional, por una parte, y la Constitución, por la otra, exigiéndose en el juicio la invalidación de la norma o del tratado impugnado, para hacer prevalecer los mandatos constitucionales.

Para lo anterior, es necesario sujetarse al derecho adjetivo; dentro de este, se indica que el plazo para ejercitar la acción de inconstitucionalidad será de 30 días naturales a partir del día siguiente en que la ley o tratado impugnado haya sido publicada, y deberá estar firmada por cuando menos 33 % de los integrantes del órgano legislativo que haya creado la norma o por el procurador general de la república cuando este la ejercite. Una vez iniciado el procedimiento, el presidente de la SCJN designará a un ministro instructor para que ponga el proceso en estado de resolución, y procederá a admitir la demanda o prevenir al demandante, si este fuese el caso, para que dentro del plazo de cinco días hagan las aclaraciones correspondientes.

Admitida la demanda, el ministro instructor dará vista a los órganos legislativos que hubieren emitido la norma y al órgano ejecutivo que la hubiere promulgado, entendiéndose por este el Poder Ejecutivo Federal o el Poder Ejecutivo Estatal o del Distrito Federal, para que dentro del plazo de 15 días rindan un informe que contenga las razones y los fundamentos tendientes a sostener la validez de la norma general impugnada o la improcedencia de la acción de inconstitucionalidad. Transcurrido este plazo, el ministro instructor dará vista a las partes, a fin de que dentro del plazo de cinco días formulen alegatos; el ministro podrá solicitar a las partes todos aquellos elementos necesarios para la mejor solución del asunto. Agotado el procedimiento, el ministro dará al Pleno de la Suprema Corte el proyecto de sentencia para que dicte resolución definitiva, estableciendo la inconstitucionalidad o constitucionalidad de la norma o tratado internacional.

## CONCLUSIÓN

La Suprema Corte de Justicia de la Nación se integra por 11 ministros, actuando en pleno y en dos salas especializadas; entre sus funciones está la de conocer y resolver, mediante los medios de control constitucional, los conflictos que ocasionan actos de autoridad que contravienen las disposiciones constitucionales o de tratados internacionales. Los mecanismos que se analizaron son: el juicio de amparo indirecto en revisión, el juicio de amparo directo en revisión, las controversias constitucionales y las acciones de inconstitucionalidad, así como el principio de control constitucional, este último, es decir, el control constitucional, otorga los mecanismos necesarios para garantizar que la Constitución sea respetada.

Esos mecanismos de control constitucional son: el juicio de amparo, las controversias constitucionales y la acción de inconstitucionalidad; el juicio político, los juicios de revisión constitucional electoral, el juicio para la protección de los derechos político-electorales del ciudadano, y el procedimiento ante los organismos protectores de los derechos humano, estos últimos no se abordaron en esta investigación por delimitación del tema, dejando el tópico pendiente para abordarlo desde el derecho procesal constitucional.

Se puede considerar que el derecho procesal constitucional ha sustituido la denominación de justicia constitucional que predominó a partir de la Segunda Posguerra para abarcar las instituciones, los conceptos, los principios y los valores relativos a la solución de los conflictos derivados de la aplicación de las normas constitucionales, que si bien no tuvieron su origen en esa época, resurgieron con gran vigor, debido a la tragedia de los regímenes autoritarios que desencadenaron esa terrible conflagración.<sup>2</sup>

<sup>2</sup> Palabras del Dr. Héctor Fix-Zamudio, representante del director del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México (2007).

Analizados desde una perspectiva del derecho procesal constitucional, se abordaron de forma genérica los principios del control difuso de la Constitución y el control concentrado de la Constitución, concluyendo que el primero se encuentra dirigido a los jueces ordinarios; sin embargo, esto ha sido discutido por la doctrina, la legislatura y la jurisprudencia, sin que se haya concretado un criterio de derecho positivo. Es decir, en México está en el debate si los jueces del fuero común ejercen o no el control difuso de la constitucionalidad, que consiste en la aplicación de los principios constitucionales a la solución de casos concretos por los jueces del fuero común. Respecto del segundo, se concluye que esa función es otorgada al Poder Judicial Federal, mediante el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, sus salas, los Tribunales Colegiados y Unitarios de Circuito, así como los Juzgados de Distrito, dentro del ámbito de la competencia de cada uno de ellos; este principio consiste en que solo el Poder Judicial Federal puede aplicar los principios constitucionales a la solución de casos concretos.

Existe el amparo indirecto y el directo: ante el primero, procede el recurso de revisión contra las sentencias dictadas por los jueces de Distrito y se ventila o substancia en los Tribunales Colegiados de Circuito, y solo por excepción, en ejercicio de la facultad de atracción o por petición de la autoridad, se resuelve el recurso de revisión en contra de sentencias de amparo indirecto, ante la SCJN, cuando desde la demanda se debate la aplicación de una norma inconstitucional o la interpretación de un precepto de la Constitución; contra el segundo, procede el recurso de revisión, al debatir cuestiones de aplicación de normas secundarias que violan los derechos humanos consagrados en la Constitución o en los tratados internacionales. Este recurso se presenta ante el Tribunal

Colegiado de Circuito que dictó la sentencia y se ventila ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Ambos recursos tienen por objeto que se respete la Constitución, restituyendo al gobernado su derecho humano violentado.

Las controversias constitucionales son un juicio que se resuelve ante la SCJN cuando se presentan conflictos entre poderes o ámbitos de gobierno; por razón de su esfera de competencia, este mecanismo de control constitucional tiene como fin garantizar el principio de supremacía constitucional, el principio de división de poderes y el federalismo.

Las acciones de inconstitucionalidad son procedimientos que se resuelven en la SCJN, ejercidos por 33 % del Poder Legislativo que creó la norma, por los partidos políticos, por el procurador general de la república o por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos, acción mediante la cual se establece la posible contradicción de una norma de carácter general o un tratado internacional, en contra de la Constitución. En este recurso no existe etapa probatoria al ser cuestiones de derechos las debatidas, y tiene por objeto que se declare la inconstitucionalidad y por tanto la invalidez del artículo, ley o tratado internacional, para garantizar el principio de supremacía constitucional; para conseguir lo anterior, es necesario sujetarse al derecho adjetivo constitucional.

Finalmente, se considera que es de suma importancia abordar las temáticas del derecho adjetivo constitucional o la ciencia del derecho procesal constitucional, pues de las estadísticas establecidas, se desprende que en gran número de amparos, controversias constitucionales y acciones de constitucionalidad, no se llega al estudio de fondo de los asuntos planteados, en virtud de no ser admitidos o sobreseerse, lo que obliga al estudio del derecho adje-

tivo, para estar en condiciones de analizar de fondo las violación a la Constitución y con ello garantizar de forma efectiva la aplicación de los principios constitucionales.

## BIBLIOGRAFÍA

- Aguilar, R. D. (2014). *Control de convencionalidad y principio de definitividad bajo el nuevo orden constitucional de los derechos humanos*. México: Universidad Autónoma de Baja California.
- Aldrete, A. (2008). El control constitucional en México. *Sufragio. Revista Especializada en Derecho Electoral* (01), 133-142. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/sufragio/cont/1/ens/ens14.pdf>
- Fix-Zamudio, H. (1992). La justicia constitucional en el ordenamiento mexicano. *Estudios jurídicos en torno a la Constitución Mexicana de 1917, en su septuagésimo quinto aniversario* (pp. 107-196), México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- García, J. A. (2001). *Medios de control constitucional en México*. Culiacán, Sinaloa, México: Supremo Tribunal de Justicia.
- Martínez, R. & Reyes, R. (2013). *Ley de Amparo, reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, comentada y con jurisprudencia*. México: Tax Editores.
- Sánchez, O. (1999). Controversia constitucional. *Jurídica. Anuario del Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana*, (29), 507-542. Recuperado de <http://www.juridicas.unam.mx/publica/librev/rev/jurid/cont/29/cnt/cnt26.pdf>
- Silva, L. (2008). *El control judicial de la constitucionalidad y el juicio de amparo en México*. México: Porrúa.

Ley Reglamentaria de los artículos 103 y 107 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

Ley Reglamentaria de las fracciones I y II del artículo 105 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

<https://www.scjn.gob.mx/Paginas/Inicio.aspx> Suprema Corte de Justicia de la Nación.





# ¿DISCRIMINACIÓN DE GÉNERO EN LA DESIGNACIÓN DE MINISTRAS DE LA SCJN?: UN EJEMPLO LATENTE DE LA EXISTENCIA DEL TECHO DE CRISTAL EN NUESTRO PAÍS

Magdalena Díaz Beltrán\*

*La existencia de “techos de cristal” constituye una desigualdad sustantiva porque refleja condiciones de discriminación “de hecho” mas no “de derecho”, enraizadas en la organización y estructura social, que menoscaban, impiden o dificultan el ejercicio pleno de los derechos de las mujeres en igualdad con los hombres”.<sup>1</sup>*

## INTRODUCCIÓN

Este ensayo analiza la problemática actual, que pudiera considerarse discriminación de género, que sufren las mujeres profesionales del derecho en nuestro país para tener acceso en igualdad de oportunidades a los máximos cargos públicos, a pesar existir en México el artículo 4º constitucional que establece la igualdad de hombres y mujeres ante la ley, así como una serie de instrumentos

\* Académica de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Baja California. Dirección electrónica: magdisssima@hotmail.com

<sup>1</sup> <http://equidad.scjn.gob.mx/que-es-igualdad/>

internacionales como la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación. Por ello, se analiza el derecho a la igualdad de la mujer de tener acceso a los máximos cargos públicos así como ser integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN), sin que la tradición sociopolítica, tan arraigada en nuestro país, impuesta por el hombre, le impida su acceso y solo se utilice la igualdad de género en la implementación de medidas afirmativas como parte de un discurso político.

Preocupada por los acontecimientos generados por las últimas designaciones de varones como ministros de nuestro más alto tribunal constitucional y la no inclusión de mujeres en la terna propuesta por el Ejecutivo, se le ha dado seguimiento desde hace más de 10 años al procedimiento de designación de los ministros incluso desde su evolución constitucional y, por supuesto, la discriminación tan evidente a las mujeres profesionistas del área del derecho, académicas y litigantes por la casi nula propuesta para tener acceso en igualdad de oportunidades al cargo de ministras de nuestro máximo tribunal federal. Por supuesto, se han criticado respetuosamente los mecanismos de propuesta de los candidatos y su designación posterior por el Senado, debido a que se desconoce cuáles fueron las razones o cualidades de la persona que recibió tan honorable cargo. En los últimos días, ante el fallecimiento del ministro Sergio Valls Hernández, se esperaba que la propuesta y posterior designación recayera en un candidato o candidata de carrera judicial, debido a que los recientemente designados fueron litigantes, políticos, académicos y varones. Independientemente de que estemos de acuerdo con la persona en la que recayó actualmente la designación de ministro que sustituyó a Valls Hernández, nos llama la atención el desinterés total que demuestra de manera tan abierta el titular del Poder Ejecutivo a quien corresponde presentar la terna, al no buscar el

equilibrio en la integración del órgano neutral de nuestro gobierno, proponer solo políticos y dejar marginados no solo a los integrantes del Poder Judicial sino también al sector femenino, al no incluir en su terna a una candidata mujer.

Esto, evidentemente preocupa a los estudiosos del derecho porque ante la próxima jubilación por retiro de la ministra Olga Sánchez Cordero, en noviembre de 2015, en la reciente terna no se postuló a ninguna mujer a considerar para este cargo, y en la historia de la SCJN solo se han designado 10 mujeres en el mismo: la primera es María Cristina Salmorán de Tamayo en 1961, y la última Margarita Beatriz Luna Ramos en 2004.

Debemos entender por “techo de cristal” lo definido por la propia SCJN y que puede consultarse en su página electrónica:

Los ‘techos de cristal’ que atienden al conjunto de normas no escritas, provenientes de la cultura, que dificultan o impiden a las mujeres acceder a puestos de decisión, tanto en el ámbito público como en el privado. Se les denomina ‘de cristal’ porque son, hasta cierto punto, invisibles, al no provenir de una ley o política gubernamental explícita.<sup>2</sup>

En otras palabras, es una barrera invisible dentro del entramado estructural de las organizaciones que impide el acceso de las mujeres a puestos de mayor responsabilidad. Esta invisibilidad está dada por la inexistencia de algún mecanismo formal o informal al cual pueda atribuirse esta situación, por lo que las razones son difíciles de detectar.

<sup>2</sup> <http://equidad.scjn.gob.mx/que-es-igualdad/>

Esta fatigosa discusión no debe dejarse de lado mientras haya desequilibrio y desproporción entre la participación de las mujeres y los hombres en la presencia y toma de decisiones que atañen a la comunidad nacional.

Abriremos el espacio para mencionar los instrumentos internacionales que nos apoyan en nuestras reflexiones.

#### MARCO JURÍDICO INTERNACIONAL Y NACIONAL DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD

Fue en la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano de 1789, en su artículo 1º, que se estableció por primera vez que los hombres nacen y permanecen libres e iguales en derechos. Posteriormente, la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, también reconoce en su diverso artículo 1º que todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros.

Se suma a estos instrumentos internacionales el artículo 24 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos firmada en 1969, la que literalmente establece que todas las personas son iguales ante la ley. En consecuencia, tienen derecho, sin discriminación, a igual protección de la ley.

Tiene especial mención el preámbulo que la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer establece: sabedores de que la máxima participación de la mujer, en igualdad de condiciones con el hombre, en todos los campos, es indispensable para el desarrollo pleno y completo de un país, el bienestar del mundo y la causa de la paz, obliga en el

artículo 7 a los Estados partes a tomar todas las medidas apropiadas para eliminar la discriminación contra la mujer en la vida política y pública del país, y en particular, garantizando, en igualdad de condiciones con los hombres, el derecho a votar en todas las elecciones y referéndums públicos, y ser elegibles para todos los organismos cuyos miembros sean objeto de elecciones públicas; participar en la formulación de las políticas gubernamentales y en la ejecución de estas, ocupar cargos públicos y ejercer funciones públicas en todos los planos gubernamentales.

En el año de 1997, el Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer emitió durante el 16° periodo de sesiones la Recomendación General 23, que patentizó en la consideración 30, la preocupación del comité en relación con el derecho a ocupar cargos públicos y a ejercer todas las funciones públicas (párrafo *b* del artículo 7); se evidenciaba la exclusión de la mujer para desempeñar altos cargos en el gobierno, administración pública, la judicatura y los sistemas judiciales, por lo que se recomendó: a los Estados parte garantizar que sus constituciones y su legislación se ajusten a los principios de la Convención, y el goce efectivo de la igualdad de derechos a ocupar cargos públicos.

Por último, debe destacarse el punto 41 del Informe presentado por la Organización de las Naciones Unidas en la Cuarta Conferencia Mundial sobre la Mujer celebrada en Beijing del 4 a 15 de septiembre de 1995: el adelanto de la mujer y el logro de la igualdad entre la mujer y el hombre como una cuestión de derechos humanos y condición para la justicia social; además, se reconoció también que después de alcanzada la igualdad entre hombre y mujer se podría instaurar una sociedad viable, justa y desarrollada. Un punto importante para este trabajo que es necesario potenciar, es el papel de la mujer y la igualdad entre esta y el hombre

como condiciones indispensables para lograr la seguridad política, social, económica, cultural y ecológica entre todos los pueblos.

En los Estados Unidos Mexicanos el artículo 1º constitucional obliga a todas las autoridades a proteger, garantizar y respetar los derechos humanos reconocidos por la misma y prohíbe la discriminación motivada por el origen étnico, género, edad, discapacidad, condición social, las condiciones de salud, religión, las opiniones, las preferencias sexuales, el estado civil o cualquier otro que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar los derechos y libertades de las personas.

De igual forma, el artículo 4º constitucional establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley.

De estos dos preceptos constitucionales se reconoce el derecho a la igualdad como derecho humano, por lo tanto debe ser respetado, protegido y garantizado por el Estado, y por ende, el derecho humano de toda mujer a participar de manera activa en las esferas públicas está plenamente reconocido y debe respetarse y garantizarse por el Estado.

## EL PRINCIPIO DE IGUALDAD

En primer término, debemos entender los derechos humanos como atributos inherentes a la dignidad humana y considerarse superiores al poder público del Estado. A su vez, la dignidad de la persona es universalmente reconocida como el origen, la esencia y el fin de todos los derechos necesarios para que el individuo desarrolle íntegramente su personalidad.

La dignidad, según Nash (2010: 159-186), es el valor del cual debe propender todo el sistema normativo de todos los seres hu-

manos y tiene consecuencias normativas relevantes ya que funda el contenido de los derechos humanos y los principios estructurales de los sistemas normativos internacionales como la libertad, la igualdad y la participación.

La Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación,<sup>3</sup> en una novedosa tesis aislada emitida en 2014, respecto de la dignidad humana, dice que funge como un principio jurídico que permea en todo el ordenamiento, pero también como un derecho fundamental que debe ser respetado en todo caso, cuya importancia resalta al ser la base y condición para el disfrute de los demás derechos y el desarrollo integral de la personalidad; además, dice que la dignidad humana no es una simple declaración ética, sino que se trata de una norma jurídica que consagra un derecho fundamental a favor de la persona y por el cual se establece el mandato constitucional a todas las autoridades, e incluso particulares, de respetar y proteger la dignidad de todo individuo, entendida esta —en su núcleo más esencial— como el interés inherente a toda persona, por el mero hecho de serlo, a ser tratada como tal y no como un objeto, a no ser humillada, degradada, envilecida o cosificada.

Debemos entender los derechos humanos como atributos inherentes a la dignidad humana y considerarse superiores al poder público del Estado. A su vez, la dignidad de la persona es universalmente reconocida como el origen, la esencia y el fin de todos los derechos necesarios para que el individuo desarrolle íntegramente su personalidad.

<sup>3</sup> Tesis número 1a. CCCLIV/2014, Décima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, publicada el mes de octubre bajo el rubro de: DIGNIDAD HUMANA. CONSTITUYE UNA NORMA JURÍDICA QUE CONSAGRA UN DERECHO FUNDAMENTAL A FAVOR DE LAS PERSONAS Y NO UNA SIMPLE DECLARACIÓN ÉTICA.

La idea de igualdad es un principio básico de los derechos humanos, pero no es sencillo establecer su definición, sin embargo, entendemos como significado básico que a supuestos iguales se le debe de aplicar consecuencias jurídicas iguales, y que para introducir diferencias entre los supuestos de hecho debe de existir una verdadera y fuerte justificación de tal diferencia.

#### *MODALIDADES JURÍDICAS DEL PRINCIPIO DE IGUALDAD*

Miguel Carbonell (2003: 12) señala que hay cuatro principales tipos de normas jurídicas que incluyen mandatos de igualdad en general. El primero de ellos se refiere al principio de igualdad en sentido estricto, el cual lo considera como un valor o principio. En un segundo término establece el mandato de no discriminación, el cual considera como una variable del principio general de igualdad que suele acompañarse de una lista de criterios que se consideran sospechosos de violar ese principio si son utilizados por algún mecanismo jurídico, aplicable por ejemplo a un contrato o una sentencia o una ley. Una tercera modalidad es la igualdad entre hombre y mujer, que el autor en cita alude al debate eterno por la reivindicación de la igualdad entre el hombre y la mujer y que en su momento propició la inclusión de principios por equiparación en los textos constitucionales para cada uno de los sexos, por ejemplo, el contenido del artículo 4º constitucional que establece que el varón y la mujer son iguales ante la ley. Por último, la igualdad sustancial, la cual define como el mandato para los poderes públicos de remover los obstáculos a la igualdad en los hechos, lo que puede llegar a suponer o incluso a exigir, la implementación de medidas de acción positiva o de discriminación inversa.



La propia Suprema Corte de Justicia de la Nación en su página electrónica destinada a la Unidad de Igualdad y Género,<sup>4</sup> en relación con esta temática, establece que la igualdad formal implica que la ley en su texto debe proteger a todas las personas sin distinción, y requiere que esta protección sea igualmente accesible para todas las personas en la situación descrita por la norma jurídica mediante los actos de aplicación individuales de esta ley y esta parte de dos principios fundamentales: trato igual a los iguales y trato desigual a los desiguales. Por lo tanto, el derecho de igual protección de la ley significa que esta no puede ser aplicada de manera distinta a personas en situaciones similares e, igualmente, que no puede ser aplicada de forma idéntica a personas en situaciones diferentes.

En relación con la igualdad sustantiva o material, la considera en oposición a la igualdad de derecho o formal y supone la modificación de las circunstancias que impiden a las personas el ejercicio pleno de los derechos y el acceso a las oportunidades a través de medidas estructurales, legales o de política pública; esto es, bajo este precepto se buscan acciones para poder aplicar este principio, tal como lo sostiene la novedosa tesis aislada dictada por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación bajo el rubro de: “igualdad jurídica sustantiva o de hecho. fundamento normativo de las medidas tendientes a lograrla”.<sup>5</sup>

De la misma manera, se cita la tesis CXLV/2012, que bajo el rubro de IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL, fue emitida en la Décima Época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia

<sup>4</sup> <http://equidad.scjn.gob.mx/>

<sup>5</sup> Tesis 1a. XLII/2014. Décima Época. Semanario Judicial de la Federación, Primera Sala, 14 de febrero de 2014.

de la Nación, publicada en la página 487, del Libro XI, agosto de 2012 del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*.

Por tanto, frente al derecho a la igualdad se antepone la discriminación, la cual se ha considerado como todo tratamiento conceptual injustificado.

### *LA DISCRIMINACIÓN*

La discriminación es una práctica cotidiana que consiste en dar un trato desfavorable o de desprecio innmercedo a determinada persona o grupo, que a veces no percibimos, pero que en algún momento la hemos causado o recibido.

El artículo 1º de la Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación contra la Mujer nos dice que la discriminación contra la mujer deberá comprender toda distinción, exclusión a restricción basada en el sexo que tenga por objeto o por resultado menoscabar o anular el reconocimiento, goce o ejercicio por la mujer, independientemente de su estado civil, sobre la base de la igualdad del hombre y la mujer, de los derechos humanos y las libertades fundamentales en las esferas política, económica, social, cultural y civil o en cualquier otra esfera.

Carlos de la Torre destaca tres elementos alrededor de los cuales se construye el concepto de *discriminación*. En primer término, la discriminación se materializa en una desigualdad de trato que implica una exclusión, restricción o preferencia a una persona o grupo de personas. El segundo elemento es que la causa que motiva el trato desigual es una cualidad o condición específica de la persona o alguna convicción que ha adoptado. En tercer lugar, que el resultado sea la anulación del menoscabo del reconocimiento, goce o

ejercicio de derechos humanos y libertades fundamentales de las personas que son discriminadas (De la Torre Martínez, 2006: 4-5).

Así, la discriminación no se refiere a cualquier trato desigual, sino a una desigualdad basada en criterios no razonables, prejuiciosos y estigmatizadores.

Para Miguel Carbonell la prohibición de discriminación es una de las manifestaciones concretas que adopta el principio de igualdad en los modernos textos constitucionales, estas normas limitan la posibilidad de tratos diferenciados no **razonables** entre las personas y además suelen detallar algunos rasgos o características con base en los cuales está especialmente prohibido realizar tales diferenciaciones; establece como rasgos distintivos: *a)* las situaciones en las que se encuentran las personas con independencia de su voluntad y que, en esa virtud, no pueden modificar, en las que incluye la discriminación por razón de raza, lugar de nacimiento, origen étnico o nacional, sexo, etc.; y *b)* las posiciones asumidas voluntariamente pero que no les pueden ser reprochadas a través de la limitación en el goce igual de algún derecho o prerrogativa, por ejemplo, las prohibiciones de discriminar por razón de preferencias sexuales, opiniones, filiación política o credo religioso (Carbonell, 2003: 14).

Por ende, el mandato de no discriminación podría considerarse como que ninguna persona debe ser preferida a otra.

De la misma manera, se cita la tesis CXLV/2012, que bajo el rubro de IGUALDAD ANTE LA LEY Y NO DISCRIMINACIÓN. SU CONNOTACIÓN JURÍDICA NACIONAL E INTERNACIONAL, fue emitida en la Décima Época por la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, publicada en la página 487, del Libro XI, agosto de 2012 del *Semanario Judicial de la Federación* y su *Gaceta*.

Barrére Inzueta (en De la Rosa, 2006: 38) señala que la discriminación puede ser directa e indirecta. La primera se refiere a cuan-

do la desigualdad de trato se basa en algún rasgo característico de la persona perteneciente a un grupo social o en una característica indisociable con esta, y la segunda, cuando se aplica un criterio o disposición que es aparentemente neutral, pero que provoca efectos desproporcionadamente perjudiciales para algún grupo social.

Es puntual señalar la discriminación con independencia de que haya o no la intención de discriminar.

Para fortalecer el anterior argumento, es importante recalcar que la SCJN ha definido la discriminación como una diferencia de trato basada en distinciones arbitrarias, injustas o injustificables. Hay discriminación directa cuando el objeto o propósito de una ley, política pública o programa incorpora abiertamente una de estas distinciones; existe discriminación indirecta cuando una ley, política pública o programa es aparentemente neutral pero sus consecuencias son particularmente adversas para cierto grupo social en razón de estas distinciones.<sup>6</sup>

Aquí nos formulamos una pregunta: ¿la no inclusión de mujeres en las ternas para ser electas ministras de nuestro máximo tribunal es solo una casualidad, olvido o marginación?

Según la descripción que hace la propia SCJN, este olvido caería dentro de la clasificación de la discriminación indirecta, pues aunque se establece de manera genérica la facultad del Ejecutivo de presentar una terna ante el Senado y de ella se elija al ministro, el no existir ningún dispositivo que obligue al Ejecutivo a incluir a una mujer, trae como consecuencia esta discriminación indirecta.

Consideramos que la marginación de la mujer que se enfrenta a participar en los puestos públicos, se basa en la percepción social de

<sup>6</sup> <http://equidad.scjn.gob.mx/que-es-igualdad/>

que las mujeres no son aptas ni capaces para incursionar en los aspectos políticos, debido a que aún existe en nuestro país una concepción de superioridad-inferioridad, del hombre respecto de la mujer.

#### PROCEDIMIENTO DE DESIGNACIÓN DE INTEGRANTES DE LA SUPREMA CORTE DE JUSTICIA DE LA NACIÓN

Haremos un breve análisis sobre el procedimiento de designación de los integrantes de nuestro máximo tribunal solamente para establecer a quién corresponde hacer esta designación y el mecanismo para ello.

En la actualidad la SCJN está conformada por 11 integrantes, de los cuales dos son mujeres y son elegidos conforme el mecanismo a que se refiere la fracción XVIII del artículo 89 constitucional cuyo contenido literal es: “Las facultades y obligaciones del presidente son las siguientes: XVIII. Presentar a consideración del Senado, la terna para la designación de Ministros de la Suprema Corte de Justicia y someter sus licencias y renuncia a la aprobación del propio Senado” (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

De igual forma, el artículo 96 constitucional en la parte conducente establece que para nombrar a los ministros de la SCJN el presidente de la república someterá una terna a consideración del Senado, el cual, previa comparecencia de las personas propuestas, designará al ministro que deba cubrir la vacante. La designación se hará por el voto de las terceras partes de los miembros del Senado presentes, dentro del improrrogable plazo de 30 días.

Así, en la fracción VIII del artículo 76 constitucional se faculta a los senadores a designar a los ministros de la SCJN de entre la terna que somete a su consideración el presidente de la república (Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos).

El procedimiento antes descrito ha sido fuertemente criticado porque el Ejecutivo al momento de emitir la terna no expone las razones por las que decidió proponer a esa persona, limitándose a enviar un documento con nombres que propone para ocupar la vacante para ministro, además de que el procedimiento seguido ante la Cámara de Senadores solo habla de una comparecencia y en ocasiones se realiza ante el Pleno y en otras a través de sus comisiones, pero no se establece qué cualidades son las que se tomaron en consideración para designarlo apto para ocupar el cargo, además de que no se hace una oficial consulta a las barras de abogados, academia o al interior del Poder Judicial para apoyar la propuesta de la terna al Senado.

#### PROBLEMÁTICA ACTUAL

En el caso particular, lo que nos ocupa es el origen de la propuesta o de la formulación de la terna que recae en la discrecionalidad del Ejecutivo, pues en los últimos años las ternas han sido integradas únicamente por varones, y desde ahí se ha discriminado a la mujer, pues aunque la Constitución mexicana no establece esa obligación de incluir a mujeres en la terna, es claro que hay desinterés total del titular del Poder Ejecutivo al no buscar el equilibrio en la integración del órgano neutral de nuestro gobierno y proponer solo políticos, dejando marginados no solo a los integrantes del Poder Judicial sino también al sector femenino, al no incluir en su terna a una candidata mujer. Ahora bien, en el año de 2012, se presentó por parte del Ejecutivo ternas (para sustituir a dos ministros que concluyeron su encargo) en las que se incluyeron mujeres como candidatos a ministras, mismas que fueron rechazadas por no

alcanzar las ternas la votación requerida, aunque hubo un avance al establecerse en un acuerdo que las participaciones de varones y mujeres serían valoradas en igualdad de circunstancias. La historia también recuerda las ternas presentadas por el Ejecutivo en 2010, cuando se presentó una terna formada solo por mujeres, la cual fue rechazada en su totalidad pese a que las participantes eran mujeres de gran trayectoria y con gran experiencia en la función judicial, y como consecuencia se propuso una terna formada únicamente por varones, de la cual sí se designó a un ministro varón.

En una reunión con la Asociación Mexicana de Juzgadoras, celebrada en el mes de marzo del presente año, el actual presidente de la SCJN exhortó a las juzgadoras a romper con los techos de cristal que les impiden a las mujeres alcanzar mayores y mejores posiciones dentro de la carrera judicial (*El Universal*, 2005), y en ese contexto construir mediante sentencias la erradicación de conductas discriminatorias hacia las mujeres para derribar barreras que impiden la igualdad y así eliminar la violencia ejercida sobre ellas, e impartir justicia con perspectiva de género (*Revista Compromiso*, 2015: 10).

Es paradójica la situación, pues consideramos que el ejemplo debe de empezar por romper el techo de cristal desde el interior de su propia estructura, y si bien es cierto que la Constitución no permite a la SCJN participación alguna en el proceso de designación de sus integrantes, también lo es que sus integrantes son los indicados para a través de sus acciones y resoluciones ayudar a romper con la discriminación estructural a la que se ha sometido a la mujer, y que ha generado un canal de transmisión hacia la desigualdad de oportunidades a la que se ve sometida, pues aun cuando la mujer en los últimos años ha demostrado el mismo o mayor potencial que los hombres, en los hechos aún es relegada para desempeñar activida-

des que la propia sociedad y su cultura han determinado ser exclusivas de los hombres, entre las que destacan las funciones políticas y los altos cargos públicos como el que nos ocupa.

Estamos de acuerdo en que la inclusión de una mujer en una terna para ser propuesta ante el Senado como candidata a ministra no debe ser únicamente por ser de género femenino, lo que manifestamos es lo incongruente de la realidad con el discurso político, pues existen en nuestro país muchas mujeres que reúnen sobradamente el perfil para ser parte de nuestro máximo tribunal federal.

Por ello, preocupa sobremanera que ahora que la ministra Olga Sánchez Cordero de García Villegas se jubile en el mes de noviembre, se pierda la mirada de mujer que como juzgadora y ministra aporta tan inteligentemente, ante la nula inclusión de una mujer en la terna que proponga el titular del Ejecutivo. Esta preocupación no es a la ligera, está íntimamente ligada con los antecedentes narrados en las líneas que anteceden, y que consisten desde 2004 (año en que se designó a Margarita Beatriz Luna Ramos) en la reiterada inclusión y descarte de las ternas integradas por mujeres, y en otros (2012, 2014 y 2015) la no inclusión de ninguna mujer en las últimas propuestas para ocupar vacantes por muerte o término de periodo de algunos ministros.<sup>7</sup>

La Primera Sala de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación definió el ámbito de validez de la igualdad como un derecho humano, en una tesis aislada aprobada recientemente bajo el rubro de: DERECHO HUMANO A LA IGUALDAD JURÍDICA. SU ÁMBITO MATERIAL DE VALIDEZ A PARTIR DE LA REFORMA CONSTITUCIONAL PUBLICADA EN EL DIARIO OFICIAL DE LA FEDERACIÓN EL 10 DE JUNIO DE 2011.

<sup>7</sup> Tesis 1a. XL/2014, Decima Época, *Semanario Judicial de la Federación*, Primera Sala.



En la historia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, 10 mujeres han ocupado el cargo de ministras, según el resultado de una solicitud de transparencia<sup>8</sup> que se formuló ante el portal de la propia SCJN. En su orden cronológico fueron designadas de la siguiente manera:

Ministra	Ingreso	Conclusión
María Cristina Salmorán de Tamayo	18 de mayo de 1961	16 de febrero de 1986
Livier Ayala Manzo	22 de abril de 1975	21 de octubre de 1976
Gloria León Orantes	22 de octubre de 1976	28 de agosto de 1984
Fausta Moreno Flores	7 de septiembre de 1983	31 de diciembre de 1994[1]
Martha Chávez Padrón	25 de abril de 1985	16 de diciembre de 1994
Victoria Adato Green	27 de diciembre de 1985	31 de diciembre de 1994[2]
Irma Cué Sarquis de Duarte	28 de octubre de 1987	31 de diciembre de 1994[3]
Clementina Gil Guillén de Lester	22 de noviembre de 1988	31 de diciembre de 1994[4]
Olga Sánchez Cordero de García Villegas	27 de enero de 1995	30 de noviembre de 2015
Margarita Beatriz Luna Ramos	19 de febrero de 2004	18 de febrero de 2019

## EL “TECHO DE CRISTAL”

En un estudio realizado por docentes investigadoras de la Universidad de Sevilla, se establece que el “techo de cristal” (*glass ceiling*), se trata de un fenómeno universal que comenzó a ser denominado de esa forma en los años ochenta que se utiliza para

<sup>8</sup> Comunicación (ssai/00047215, en respuesta a la solicitud presentadas el 18 de febrero de 2015 en el Sistema de Solicitudes de Acceso a la Información-scjn, tramitada bajo el Folio ssai/00047215.

nombrar de forma precisa a las barreras a la promoción profesional de las mujeres, pues define de manera clara la sutileza e invisibilidad del proceso del que la mayoría de las personas, incluso inicialmente las propias protagonistas, son ajenas (Guil, 2007: 11-13). En este estudio se argumenta que son las creencias estereotipadas sobre las capacidades de las mujeres, las prácticas sociales, las que se reflejan en las políticas discriminatorias organizacionales, en la mayoría de los casos implícitas y por lo tanto difíciles de desterrar, que admiten con facilidad a las mujeres para ocupar los puesto más bajos del escalafón, a la vez que dificultan de manera naturalizada que puedan llegar a asumir los más altos cargos de responsabilidad, obligándolas de forma solapada a constantes renunciias personales y o familiares que no se plantean a los varones. Este concepto fue utilizado para analizar la carrera laboral de mujeres que contando con la carrera profesional y un nivel de calificación alto en sus lugares de trabajo, en determinado momento de sus carreras se topaban con un freno; todo esto, como resultado de una cultura patriarcal androcéntrica que deriva de una discriminación de género por la que atraviesan muchas mujeres en el ámbito laboral y que les obstaculiza poder tener acceso a cargos de alta dirección.

Así, encontramos que en nuestro país, la decisión de incluir o no a una persona del sexo femenino en una terna para participar en el proceso de designación como integrante de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, es una facultad discrecional del Ejecutivo que no tiene limitación alguna y no exige una cuota de género, y por ende, depende de la cultura de apoyo y respeto a los derechos humanos que tenga el titular del Ejecutivo. Aun cuando al exterior de nuestro país se reciban premios por reformas implementadas y la defensa de los derechos humanos, al interior de nuestra casa, nuestra cultura deja mucho que desear, no lo dicen los libros, ni

los académicos, lo dice nuestra historia, la cual se encuentra en los anales de la propia Suprema Corte de Justicia de la Nación. Por ende, si la marginación, exclusión y discriminación provienen de una omisión de la norma o discriminación indirecta, se deben buscar los mecanismos para proceder a cumplir con las recomendaciones para adecuar nuestra legislación interna y dar oportunidad a las mujeres a ser incluidas por lo menos en las ternas

Con estas actitudes es bastante claro que la exclusión, marginación y olvido por parte del titular del Ejecutivo de incluir personas del sexo femenino en las ternas para poder participar en el proceso de designación es una gran discriminación de género.

De igual forma, incluir a personas del sexo femenino dentro de las ternas para participar en el proceso de designación de ministras y que estas mujeres fueran grandes profesionales conocedoras de la función judicial, como en su momento fueron las juristas Elvia Rosa Díaz de León D., Lilia Mónica López Benítez y Andrea Zambrana Castañeda, y que su terna fuera rechazada en el Senado, sin expresar motivos contundentes y posteriormente presentar una terna de varones que no superaban las credenciales de las anteriores propuestas y se haya designado ministro varón, es evidentemente una discriminación de género que debe preocuparnos porque esa discriminación fue hecha por nuestros propios representantes.

¿Y así, Sr. presidente de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, cómo podrán las mujeres y juzgadoras romper el “techo de cristal” impuesto si es precisamente en las altas esferas donde lo imponen? Pues aun cuando una mujer demuestre su capacidad profesional, siempre hay algo invisible que no le permite llegar a sus metas. Y en nuestro país, es claro que el Ejecutivo (en tratándose de la propuesta para ministras) es el primero en promover esa política discriminatoria.

Y todos ya sabemos que eso se llama “techo de cristal” y de alguna manera discriminación.

## CONCLUSIONES

PRIMERA. A pesar de las reformas constitucionales y de la obligación de todas las autoridades de nuestro país de respetar y garantizar los derechos humanos de cada uno de sus ciudadanos, aún persiste en nuestro país la exclusión de la mujer profesional para ocupar cargos públicos de alta responsabilidad.

SEGUNDA. El Ejecutivo de la Unión, después de impulsar la reforma en derechos humanos de 2011, y de recibir tanto premio en el extranjero, debería poner el ejemplo respetando el principio de igualdad en favor del sector femenino e incluyendo en las ternas enviadas al Senado para que estén en aptitud de participar y ser seleccionadas ministras de la Suprema Corte de Justicia de la Nación.

## BIBLIOGRAFÍA

- Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.
- Convención Americana sobre los Derechos Humanos.
- Cuarta Conferencia Mundial Sobre la Mujer, Beijing.
- Convención sobre la Eliminación de Todas las Formas de Discriminación (CEDAW).
- Comunicación (SSSAI/00047215), de la Unidad de Enlace 6 del Sistema de Solicitudes de Acceso a la Información de la SCJN.
- Consejo de la Judicatura Federal, *Revista Compromiso*, abril de 2015, México, p. 10.

*El Universal*. (marzo de 2015).

Guil Bozal, Ana (2007). Docentes e investigadoras en las universidades españolas: Visibilizando techos de cristal. *Revista de Investigación Educativa*, 25, Sevilla, España.

<http://equidad.scjn.gob.mx/que-es-igualdad/>

<http://equidad.scjn.gob.mx/>

Ley para la Igualdad entre Mujeres y Hombres discriminación.

Nash Rojas, Claudio (2010). *Igualdad y no discriminación en el Sistema Interamericano de los Derechos Humanos. Derechos humanos y juicio justo*. Lima, Perú: Red Interamericana de Formación en Gobernabilidad y Derechos Humanos, Colegio de las Américas-COLAM, Organización Interamericana Universitaria.

*Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. (agosto de 2012). Igualdad ante la ley y no discriminación. su connotación jurídica nacional e internacional. 2001341. 1a. CXLV/2012 (10a.). Primera Sala. Décima Época. Libro XI, p. 487.

Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Ministros 1917-2004. Semblanzas*, ts. I y II, Segunda Edición, México.



# LA LABOR DE LOS ABOGADOS Y JUECES EN LA PROTECCIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO

Jessica Mendívil Torres\*

Francisco Felipe de Jesús Pérez Alejandro\*\*

## INTRODUCCIÓN

La labor de los abogados y los jueces en México actualmente no se constriñe a la simple aplicación de las normas jurídicas o del marco jurídico nacional en la protección de los derechos humanos; como operadores del derecho y en su obligación de actualizar su conocimiento de manera constante en beneficio de sus clientes, por parte de unos, y en el espíritu de emitir resoluciones bien fundadas y motivadas, por parte de los otros, se hace necesario también el conocer y aplicar los tratados que en materia de

\* Profesora-investigadora de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California, miembro del cuerpo académico Estado de Derecho y Justicia (UABC-CA-247). Correo electrónico: mendivilj@uabc.edu.mx.

\*\* Profesor-investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales de la Universidad Autónoma de Baja California, miembro del cuerpo académico Estado de Derecho y Justicia (UABC-CA-247). Correo electrónico: alejandre@uabc.edu.mx

derechos humanos nuestro país tiene firmados y ratificados; que por ende, se convierten en ley suprema conforme al artículo 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.

### JUSTIFICACIÓN

El presente trabajo señala la obligación de los abogados de conocer los principios, doctrina y jurisprudencia de los tribunales internacionales que provienen de los tratados en materia de derechos humanos para, junto con los hechos que defienden, mostrarlos a los jueces y sean ellos los que al aplicar el derecho no solo nacional, sino también el internacional, defiendan y restituyan derechos humanos, en caso de que se presenten abusos por parte del gobierno o los individuos que realizan acciones equivalentes a actos de gobierno cuando desempeñan una función o actividad derivada de una concesión otorgada por una autoridad; con el presente trabajo se muestran las obligaciones de los operadores del derecho mexicano para respetar y hacer respetar de manera constitucional y convencional los derechos humanos, en beneficio de los habitantes de México.

### LA FORMACIÓN DE LOS ABOGADOS, IMPORTANTE PARA LA DEFENSA DE LOS DERECHOS HUMANOS

Es en tiempo de autoritarismo, o de menosprecio a las personas por los gobiernos, cuando un abogado que entra en la causa de la defensa de los derechos humanos se convierte en un “caballero andante”, como lo describiría Miguel de Cervantes en *Don Quijote de la Mancha*:



Para cuya seguridad, andando más los tiempos y creciendo más la malicia, se instituyó la orden de los caballeros andantes, para defender a las doncellas, amparar a las viudas y socorrer a los huérfanos y menesterosos (Cervantes, 2013: 88).

Pero como el caballero andante que tiene que entrenarse y saber sobre el arte de las armas y de caballería para con los más necesitados (es decir, no nace, sino que se hace), el abogado tiene primero que adquirir valores y formarse como persona y después como futuro profesional del derecho.

El abogado en formación adquiere parte de esos valores desde que es educado por su familia, y otra parte en su formación como estudiante, pero es en las escuelas de derecho (academias, facultades, universidades) donde se da, por así decirlo, el “encausamiento” a toda la serie de conocimientos y valores obtenidos a lo largo de su vida, además de adquirir los conocimientos y valores propios de la profesión jurídica, que podrá ejercer como abogado litigante, ministerio público (fiscal), funcionario judicial o, desde la academia, como estudioso del derecho que se dedica a la investigación o a la enseñanza.

En la formación de los abogados y futuros jueces, la que se adquiere en las escuelas de derecho, se debe buscar dar, adquirir y enseñar cómo aplicar valores y principios; se debe mostrar cómo el profesionista jurídico debe ir más allá del elemental empleo de las leyes cuando se dicta una sentencia, y no simplemente quedarse en la parcela de la legalidad, sino ir por los caminos de la justicia y los derechos humanos, algo muy similar a lo que señalan a continuación Miguel Neria, Eva Martínez y Mónica Lacavex:

La necesidad de operar con principios hace insuficiente la enseñanza del derecho a través de una metodología jurídica en la que

el instrumento predominante es el silogismo jurídico. La actual obligación de construir reglas a partir de principios, conlleva la obligación de ponderar diferentes valores, lo que obliga a los profesores a enseñar derecho no exclusivamente en códigos y de ejercicios memorísticos de artículos, sino de razonamiento y evaluación de argumentos que justifique la aplicación de las reglas y el desarrollo de principios para resolver casos específicos [...] el juez no puede considerarse satisfecho por haber podido motivar su decisión de una manera aceptable; debe apreciar también el valor de esta decisión y decidir si le parece justa o, por lo menos razonable (2012: 6).

Las escuelas de derecho inciden de manera muy importante en la formación y pensamiento de los futuros profesionales del derecho y es en ese momento cuando se debe recalcar la importancia de los valores, el apego a la justicia y el respeto a los derechos humanos, y podrán participar de manera activa con su difusión, respeto y protección, desde litigantes, fiscales, jueces hasta los ministros de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN). Litigantes o partes en un juicio que denotarán los derechos humanos de su cliente, para que el juez los tome en cuenta y se convierta en un protector de los mismos, y no quedar en la fría legalidad que en algunos casos no da acceso a la justicia.

Dentro de la modernidad se ha producido lo que hoy denominamos “derechos fundamentales”. Los valores de igualdad, libertad, fraternidad y seguridad alcanzaron su consagración en la ilustración, pero esto no implica que no hayan existido con anterioridad, sino que con el paso del tiempo fueron transformándose, hasta llegar a convertir al hombre en sujeto de derecho, por el simple hecho de ser un humano (López Sánchez Rogeli, 2013: 9).

De acuerdo con las leyes fundamentales, es derecho de toda persona acudir ante los tribunales a reclamar lo que considera justo para ella, por ello es obligación de todo servidor público, tanto abogados como jueces, proteger los derechos fundamentales, que son inalienables al ser.

Se ha convertido en una tarea difícil la protección de los derechos humanos, pues cada día se exige mayor nivel de calidad de servicio en los operadores jurídicos, sin embargo, ocurre que nos enfrentamos a cierto servidores públicos que no operan su función como debería ser, lo que violenta los derechos fundamentales. En ese sentido, Atienza menciona que hasta ahora los juristas hemos puesto más atención en el quehacer supuestamente científico del derecho que en la formación y capacitación de las personas que lo aplican (2014: 119). Lo antes mencionado resulta preocupante, pues empezamos a contar con operadores jurídicos que únicamente se limitan a la aplicación del derecho, sin salvaguardar los derechos fundamentales, respaldando sus resoluciones en lo que plasma la normatividad.

#### EL DEBER DE LOS JUECES DE RESPETAR LOS DERECHOS HUMANOS

Los funcionarios judiciales, en específico los jueces, tienen un papel importante, ya que aplican la norma jurídica general para convertirla en una norma jurídica individual, aplicable a los casos específicos en los que emiten sentencia. Tal es la importancia de los jueces que podemos hacer referencia a Luis Recaséns Siches, que en sus traducciones y estudios de Del Vecchio, como *Estudios de filosofía del derecho*, señaló la concepción del derecho de la escuela del realismo jurídico: “Sostiene que el derecho es lo que

los funcionarios judiciales hacen en relación con los pleitos; y si bien las normas jurídicas ejercen algún influjo sobre los fallos judiciales, ellas no son nada más que un factor entre otros muchos varios” (Recaséns, 2003: 317-318).

En el caso de los funcionarios judiciales, en específico los jueces en México, al aplicar y crear el derecho individualizado, una parte de los factores que influyen en sus sentencias son los derechos humanos.

La labor de aplicar el derecho con apego a los derechos humanos no queda simplemente como una cuestión ética, sino también como una obligación, como se establece en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su artículo 1º que establece:

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

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

Por otra parte, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su artículo 8, referente a las Garantías Judiciales, en su apartado 1, señala:

Toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley,

en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones del orden civil, laboral, fiscal, o de cualquier otro carácter.

Este apartado señala una palabra muy importante: *competencia*, que no solo debe ser tomada en cuenta como la atribución o facultad que tiene una autoridad establecida en la ley para resolver o tomar decisiones mediante actos de autoridad, en el caso de los jueces y funcionarios judiciales, sino también como la capacidad o conjunto de conocimientos que pueden aplicar para resolver de manera adecuada una sentencia, considerando los derechos y las obligaciones de las personas que por alguna razón ven sus derechos sometidos a un litigio judicial. Esta capacidad la han adquirido los juzgadores en las escuelas de derecho, con la experiencia como litigantes o funcionarios judiciales, además de atender a los valores que conocen y a los derechos humanos, de los cuales el juez ya es un garante pleno.

Aunado a lo anterior, cuando se trata o se cuenta con una legislación sobre la responsabilidad de aquellos que se dedican a administrar la justicia, antes se pensaba que con el hecho de que se contara con esta legislación se cumplía con el compromiso “moral”, por así llamarlo, de la autoridad, pues bastaba con no violar la legislación para que fuera considerado buen juez, pero esto ya no es así, pues los derechos humanos no solo se protegen o se brindan por el hecho de aplicar la normatividad, sino que habrá que salvaguardar los derechos de los sujetos en toda su extensión.

Ahora bien, al momento que un juez va a emitir alguna resolución, resulta importante conocer cuáles serán los comportamientos éticos que va a poner en práctica; este hecho se le atribuye a la moral o ética, sin dejar de lado a la deontología jurídica, específicamente la del juzgador. Para ello, la deonto-

logía jurídica es definida de distintas maneras, según el autor de que se trate; por mencionar alguno, tenemos a Andrés Ollero quien la ha definido como la suma de todas las exigencias éticas planteables a un jurista con ocasión del ejercicio de su profesión; algo así como un mapa de todos sus imaginables problemas de conciencia (Andrés Ollero, 2002: 55).

De lo anterior podemos mencionar que la deontología jurídica supone que el servidor jurídico cuenta con una serie de conocimientos que redundan en él, así como en el medio en el que desempeña su función. Con esto, resulta necesario hacer una vinculación entre el derecho y la moral, trabajados de manera conjunta.

En el mismo sentido, ocurre que hay una grave deficiencia en los instrumentos de justicia, pues existen muchas debilidades en resoluciones judiciales emitidas precisamente por jueces, donde las técnicas argumentativas son defectuosas, lo que conlleva a una violación de derechos fundamentales; sin embargo, los derechos fundamentales no deben ser como tradicionalmente se ha creído, en cuanto a que deben ser protegidos y salvaguardados a través de juicios de amparo, sino todo lo contrario, deben ser protegidos y salvaguardados desde el momento en que opera el servidor público, desde abogados defensores y ministerios públicos hasta jueces.

Así como mencionamos al abogado litigante y a los jueces, también contamos con los servidores jurídicos, pertenecientes a la Procuraduría General de Justicia, en su papel de agentes del ministerio público, abogados al fin, quienes también tienen el compromiso y la obligación de ejercer protegiendo los derechos fundamentales de quien requiere de su servicio —sin embargo, a menudo nos enfrentamos a situaciones donde el servicio es deficiente desde la atención a la víctima, principal sujeto procesal y a quien se debe representar, además de a los testigos y a los abogados.

Si bien el individuo posee los valores más elevados y es considerado como el ser supremo de todo orden jurídico, ocurre que debe mejorarse el acceso a la justicia y el trato justo, así como la restitución y compensación de los daños ocasionados en favor de la víctima ante un hecho delictivo.

Ahora bien, si hablamos de la función del Ministerio Público, este viola nuestros derechos humanos durante la procuración de justicia cuando no ejerce la acción penal y no está plenamente acreditado que existe cuerpo del delito o presunta responsabilidad, y más aún cuando realiza actos dilatorios para evitar que se conozca la verdad y fomenta la impunidad, emite resoluciones de no ejercicio de la acción penal, resoluciones que incluso no están debidamente fundadas y motivadas. Ocurre también que teniendo la facultad de poder hacerse llegar de medios probatorios para integrar los elementos antes mencionados, no lo hace, sin tener alguna causa que justifique tal acción; cuando esto sucede, el Ministerio Público está vulnerando los derechos fundamentales de las víctimas.

También nos hemos enfrentado a situaciones donde el Ministerio Público, con el fin de evitar que se conozca la verdad, emite determinaciones de consulta de archivo sin estar debidamente integrada la investigación, sin valorar cada una de las pruebas que se han aportado dentro de la investigación de manera individual, hecho que hace patente la violación sistemática de los derechos humanos. Ante una omisión de valoración de pruebas, indebida motivación y fundamentación en la resolución, intentar concluir una investigación la cual no ha sido debidamente integrada, ya sea para emitir una determinación consistente en un archivo o ejercicio de la acción penal, refleja el fomento a la impunidad y la violación de los derechos de las víctimas.

Por ello, es importante identificar cuáles son las demoras injustificadas, como las motivadas por la dificultad para allegarse de pruebas y las provocadas por la defensa con el fin claro de retrasar los procedimientos, apoyándose de tecnicismos legales, y la tardanza causada por las cargas de trabajo, la negligencia o por la misma corrupción.

### CONCLUSIONES

Los abogados, entiéndase litigantes, estudiosos, docentes (juristas), ministerios públicos, funcionarios judiciales o jueces, se convierten en los principales promotores y protectores de los derechos humanos en el sistema jurídico mexicano. Los litigantes, al citarlos y referirlos para proteger a sus clientes, invocan una serie de mecanismos de protección de derechos humanos en la que los jueces, al tomarlos en cuenta y aplicarlos, se convierten en protectores de los mismos.

Por ello la importancia de la capacitación a los servidores jurídicos, para que cuenten con las herramientas suficientes de protección de los derechos fundamentales de todos aquellos que son parte de nuestra sociedad.

### BIBLIOGRAFÍA

- Cervantes, S. M. (2013). *El ingenioso hidalgo Don Quijote de la Mancha* (Colección Grandes de la Literatura). México: Editores Mexicanos Unidos.
- Recaséns, S. L. (2003). *Estudios de filosofía del derecho* (3ª ed., t. II). México: UTEHA-Tribunal Superior del Distrito Federal.



- Neria, M. J. et al. (2012). Aproximación al perfil ideal del docente de derecho a través del análisis de la evolución del paradigma jurídico mexicano. *Letras Jurídicas* (14), Guadalajara, Jalisco, México.
- Pérez, A. F. F. J. (2014). El iusrealismo, también llamado sociologismo jurídico, como modelo epistemológico del derecho para entender el sistema jurídico mexicano actual. En M. Vidaurri Arechiga (Coord.), *Conciencia jurídica mexicana. Estudios en homenaje al doctor Máximo Carvajal Contreras*. México: Porrúa, Universidad de Guanajuato, Universidad de Guadalajara.
- Saldaña, S. J. (2007). *Ética judicial, virtudes del juzgador*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- López, S. R. (2012). Interpretación constitucional de los derechos fundamentales. Nuevos paradigmas hermenéuticos y argumentativos. México: Porrúa.



LAFUNCIÓNJURISDICCIONALENPARADIGMADE  
DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO.  
ESPECIAL REFERENCIA AL DERECHO DE TUTELA  
JUDICIAL EFECTIVA

Miguel de Jesús Neria Govea\*  
Christian Norberto Hernández Aguirre\*\*

INTRODUCCIÓN

De las transformaciones que ha vivido el sistema constitucional mexicano, la reforma en materia de derechos humanos constituye una de las más importantes porque a partir de ella se marca el abandono de un positivismo anquilosado y se destaca la apertura a un paradigma jurídico que convierte a los derechos humanos en un eje central para la producción normativa, elaboración de políticas públicas, argumentación en resoluciones jurisdiccionales y, en general, como fundamento para legitimar instituciones.

\* Profesor-investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, Universidad Autónoma de Baja California; miembro del cuerpo académico Estado de Derecho y Justicia (UABC-CA-247). Correo electrónico: mneria@uabc.edu.mx

\*\* Profesor-investigador de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales, Universidad Autónoma de Baja California; miembro del cuerpo académico Estado de Derecho y Justicia (UABC-CA-247), SNI Nivel I. Correo electrónico: christian8879@uabc.edu.mx

Uno de los primeros efectos que implica este cambio en el paradigma jurídico es retomar desde una perspectiva diferente aquella perenne discusión sobre la relación entre derecho y moral. Para los positivistas la relación entre derecho y moral es contingente porque no hay una dependencia o correlación sustantiva entre una y otra. Esto implicaba una reducción del derecho a voluntad: aquello que el órgano político-jurídico determinara como norma (poder constituyente/legislador), seguido de un proceso de reforma constitucional o legislativo, a pesar de su contenido, era considerado como derecho. Como ejemplo podemos señalar que la vida era susceptible de ser tomada por el Estado, a través de la pena de muerte; o la imposibilidad de que los jueces des-aplicaran una norma aunque fuera violatoria de derechos humanos, situaciones que actualmente no serían aceptables en nuestro sistema jurídico.

En tanto que, para los no positivistas hay una relación necesaria entre derecho y moral, ya que hay una pretensión de corrección del derecho establecido por los derechos humanos como elementos de la moral; y es esa pretensión precisamente la que establece la conexión directa entre derecho y moral (Alexy, 2012). Dicho de otra manera, el derecho ya no es voluntad política o mayoritaria expresada en el Congreso, sino que tiene límites que deben ser respetados para ser considerado derecho; como es bien sabido por la fórmula de Radbruch, el derecho extremadamente injusto no es derecho. Desde la sentencia de Lüth, del Tribunal Constitucional Alemán (Sentencia BVerfGE 7, 198), se establece que los derechos fundamentales en la Constitución componen un orden de valores.

Así, al reconocer que el derecho se compone por un orden de valores, los derechos humanos condicionan la función jurisdiccional pero no solo en su razonamiento y argumentación, sino desde

su propio eje funcional, de tal suerte que se reestructura la función jurisdiccional como un derecho fundamental, como el derecho de tutela judicial efectiva.

En el presente trabajo revisaremos la función jurisdiccional vista como ese derecho fundamental de tutela judicial efectiva, por lo que en la justificación analizaremos la transformación del juez tradicional, el juez legalista cuya función es la aplicación del derecho ya dado por los legisladores, al juez de derechos humanos, que es copártcipe en la creación y desarrollo del derecho; más adelante analizaremos el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, para determinar las repercusiones que tiene el paradigma de derechos humanos en la función jurisdiccional, tomando especial referencia el desarrollo jurisprudencial de la tutela judicial efectiva en México.

#### JUSTIFICACIÓN. DEL JUEZ TRADICIONAL AL JUEZ DE DERECHOS HUMANOS

Desde el origen del Estado liberal en el siglo XVIII, se tenía la concepción del juez de Montesquieu, como ese ser inerte que pronuncia las palabras de la Ley, sin posibilidad de mitigar su fuerza vinculante. Este juez personifica a un servidor de la ley, que sin importar la injusticia de su contenido, debe ser aplicada. En ese sentido, Eugenio Bulygin señala que en la concepción de la “doctrina tradicional”, la función del juez “se caracteriza por una tajante distinción entre la creación del derecho por parte del legislador y la aplicación del derecho por los tribunales de justicia [...] cuya tarea se agota en la aplicación de las leyes dictadas por el poder legislativo” (Bulygin, 2003: 22).

Así, de manera tradicional, el juez era explicado con una analogía: “el juez debe ser como un árbitro”, neutral a las partes del juicio, y que aplique las reglas del juego sin cuestionarlas, ni dar lugar a discreción para aplicarlas o inaplicarlas; sin embargo, esta equivalencia solo servía para mantener la ficción legal de un juez neutral, que aplica reglas vacías de contenido moral o axiológico (Friedlander, 2011), lo que le restaba la posibilidad de comprender al derecho como un complejo andamio de instituciones, valores, precedentes, reglas y principios que requieren, en vez de una neutralidad absoluta, habilidades de razonamiento y justificación de sus decisiones.

Ahora, el juez en el Estado constitucional tiene una participación activa en la creación y desarrollo del derecho, su función no debe verse solo con un enfoque de aplicación del derecho ya creado por el legislador, no es agente o mandatario del poder legislativo, sino un socio, partícipe activo en el desarrollo de contenidos constitucionales en favor del respeto de los derechos fundamentales.

En el centro de toda esta discusión sobre la evolución de la figura del juez está el tema de la interpretación, y la distinción entre interpretación de la ley e interpretación de la Constitución. Para interpretar la ley se establecieron cánones interpretativos que conocemos muy bien: literal, contextual, histórico y teleológico. Pero uno de los problemas de estos métodos de interpretación es que realmente no sirven para justificar una única solución correcta, sino que dependiendo del método utilizado se puede llegar a soluciones diferentes, y todas legalmente válidas, aunque fueran antagónicas. Esto es lo que nos conduce a lo que sostiene Alejandro Nieto como la falacia de los cánones hermenéuticos, en la que consideramos que el juez tiene poca injerencia en la atribución de significado, y solamente realiza una tarea cognoscitiva a través de estos métodos para descubrir

el verdadero significado que el legislador le atribuyó al texto, pero, como se sostiene, “la importancia no es la hábil utilización de un método, sino la justificación de por qué en un asunto determinado se utiliza precisamente ese método y no otro que hubiera conducido a un resultado distinto” (Nieto, 2000: 35).

Tanto la deferencia al legislador como la sobrevaloración del principio de seguridad jurídica han hecho que uno de los métodos predilectos de la interpretación de la ley sea la interpretación textual o literal. A través de este método se pretende justificar el sentido de la ley por el significado gramatical, semántico o sintáctico de la estructura del enunciado, y con ello limitar la discrecionalidad del juez. Pero no se toman en cuenta los problemas de vaguedad y ambigüedad que pueden presentarse en el texto de las leyes, lo que produce que el juzgador, aunque realice este tipo de interpretación, tenga de manera inevitable que determinar el alcance del significado de ese texto y no solo descubrirlo.

Por otro lado, no debemos asimilar la interpretación de la Constitución con la interpretación de la ley. Las constituciones se han impregnado de carga axiológica, es decir, de valores que el Estado debe proteger.<sup>1</sup> En ese sentido el profesor Neil MacCormick señala que el razonamiento jurídico debe realizarse en el contexto de valores fundamentales que se han introducido en los ordenamientos jurídicos (2005: 1-2), y muchos de estos valores, como ya mencionamos, se han expresado a través de los derechos fundamentales.

<sup>1</sup> En México, la dignidad humana se toma como base de todos los derechos fundamentales, véase Novena Época, Registro: 165813, Instancia: Pleno, Tesis Aislada, Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*, xxx, diciembre de 2009, Materia(s): Constitucional, Tesis: p. lxxv/2009 Página: 8, Dignidad Humana. El orden jurídico mexicano la reconoce como condición y base de los demás derechos fundamentales.

Estos cambios han tenido gran repercusión en la praxis jurisdiccional, pues como hemos analizado, ya no es suficiente una sentencia debidamente fundamentada, sino que sea una sentencia justa que respete la tutela judicial efectiva.<sup>2</sup>

#### EL DERECHO FUNDAMENTAL DE TUTELA JUDICIAL EFECTIVA

Se ha transformado la manera en que se percibía a la tutela judicial efectiva: antes de la reforma de 2011, era reducida a garantías formales del procedimiento,<sup>3</sup> ahora cobra importancia y desarrollo en nuestro sistema la producción de sentencias justas, argumentadas en torno a la protección de los derechos humanos.

En México el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva se encuentra en el artículo 17 de la Constitución federal, particularmente se concentra en el segundo párrafo que señala que

toda persona tiene derecho a que se le administre justicia por tribunales que estarán expeditos para impartirla en los plazos y términos que fijen las leyes, emitiendo sus resoluciones de manera pronta, completa e imparcial. Su servicio será gratuito, quedando, en consecuencia, prohibidas las costas judiciales.

---

<sup>2</sup> Época: Décima Época. Registro: 2004366. Instancia: Tribunales Colegiados de Circuito. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: *Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta*. Libro xxiv, septiembre de 2013, Tomo 3 Materia(s): Constitucional Tesis: I.3o.C.30 K (10a.). Página: 2431. acceso a la tutela judicial. la obligación de respetar ese derecho humano supone lograr una sentencia útil y justa.

<sup>3</sup> No. de registro 200234; [J]; 9a. Época; Pleno; *S.J.F. y su Gaceta*; Tomo II, diciembre de 1995; pág. 133. formalidades esenciales del procedimiento. son las que garantizan una adecuada y oportuna defensa previa al acto privativo.



En este párrafo encontramos los principios que debe respetar la función jurisdiccional para garantizar el derecho fundamental de tutela judicial efectiva, tales como: acceso a la justicia, seguridad jurídica en el proceso, razonabilidad en los plazos, independencia de los jueces, imparcialidad de los jueces, derecho a la defensa, congruencia y motivación de las resoluciones jurisdiccionales, entre otros.

En el ámbito internacional, la Declaración Universal de Derechos Humanos, en el artículo 10, también contempla la tutela judicial efectiva, al igual que el artículo XVIII de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre; ambos instrumentos internacionales señalan, de manera muy similar, que el contenido esencial de este derecho humano consiste, a su vez, en el derecho de acceso a los tribunales y el recurso judicial efectivo que proteja de violaciones a derechos fundamentales.

En tanto que el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, en su artículo 14, es más descriptivo del alcance de la debida tutela judicial:

Todas las personas son iguales ante los tribunales y cortes de justicia. Toda persona tendrá derecho a ser oída públicamente y con las debidas garantías por un tribunal competente, independiente e imparcial, establecido por la ley, en la substanciación de cualquier acusación de carácter penal formulada contra ella o para la determinación de sus derechos u obligaciones de carácter civil. La prensa y el público podrán ser excluidos de la totalidad o parte de los juicios por consideraciones de moral, orden público o seguridad nacional en una sociedad democrática, o cuando lo exija el interés de la vida privada de las partes o, en la medida estrictamente necesaria en opinión del tribunal, cuando por circunstancias especiales del asunto la publicidad pudiera perjudicar a los intereses de la

justicia; pero toda sentencia en materia penal o contenciosa será pública, excepto en los casos en que el interés de menores de edad exija lo contrario, o en las actuaciones referentes a pleitos matrimoniales o a la tutela de menores.

El artículo 8 de la Convención Americana de Derechos Humanos, apartado 1º, señala que

toda persona tiene derecho a ser oída, con las debidas garantías y dentro de un plazo razonable, por un juez o tribunal competente, independiente e imparcial, establecido con anterioridad por la ley, en la sustanciación de cualquier acusación penal formulada contra ella, o para la determinación de sus derechos y obligaciones de orden civil, laboral, fiscal o de cualquier otro carácter.

En este sentido, en la misma Convención pero en el artículo 25, se establece el derecho a un recurso judicial efectivo pero para la protección de derechos fundamentales.

También podemos señalar que hay tratados internacionales que protegen la tutela judicial efectiva de manera particular a sujetos vulnerables, como es la Convención de los Derechos del Niño (artículo 12, apartado 2, y artículo 40 de la Convención), que pone especial atención en proteger el interés superior del menor en relación con la función jurisdiccional.

Así la evolución de la función jurisdiccional ha implicado una transformación en favor de la tutela judicial efectiva, a partir de la Décima Época de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, que se abre por la reforma de derechos humanos; los formalismos con que se entendía la impartición de justicia fueron cediendo ante la impartición de justicia real y efectiva. Uno de los criterios que

destaca es el que emitió la Primera Sala de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en México que señala:

TUTELA JUDICIAL EFECTIVA. LOS ÓRGANOS ENCARGADOS DE ADMINISTRAR JUSTICIA, AL INTERPRETAR LOS REQUISITOS Y LAS FORMALIDADES ESTABLECIDOS EN LA LEY PARA LA ADMISIBILIDAD Y PROCEDENCIA DE LOS JUICIOS, DEBEN TENER PRESENTE LA RATIO DE LA NORMA PARA EVITAR FORMALISMOS QUE IMPIDAN UN ENJUICIAMIENTO DE FONDO DEL ASUNTO. La tutela judicial efectiva, consagrada como derecho humano en los artículos 17 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y 8, numeral 1 y 25, numeral 1, de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, en su vertiente de recurso efectivo, implica la obligación para los tribunales de resolver los conflictos que se les plantean sin obstáculos o dilaciones innecesarias y evitando formalismos o interpretaciones no razonables que impidan o dificulten el enjuiciamiento de fondo y la auténtica tutela judicial, por lo que los órganos encargados de administrar justicia, al interpretar los requisitos y las formalidades procesales legalmente previstos, deben tener presente la ratio de la norma para evitar que los meros formalismos impidan un enjuiciamiento de fondo del asunto. Por tanto, los requisitos para admitir los juicios, incidentes en ellos permitidos, o recursos intentados, establecidos por el legislador, son de interpretación estricta para no limitar el derecho fundamental a la tutela judicial efectiva, haciendo posible, en lo esencial, el ejercicio de dicho derecho, por lo que debe buscarse, con apoyo en los principios *pro homine* e *in dubio pro actione*, la interpretación más favorable al ejercicio de ese derecho humano, sin soslayarse los presupuestos esenciales de admisibilidad

y procedencia de los juicios, incidentes en estos permitidos o recursos intentados.<sup>4</sup>

En ese mismo sentido, la Primera Sala ha establecido una prohibición a los legisladores al momento de establecer los requisitos procesales, en el sentido de que

en el acceso a la jurisdicción se prohíbe al legislador no solo la arbitrariedad e irrazonabilidad, sino también el establecimiento de normas que, por su rigorismo, formalismo excesivo o cualquier otra razón, revelen una desproporción entre los fines que aquellas formalidades y requisitos previstos en la ley preservan para la correcta y funcional administración de justicia y para la efectiva protección de los derechos de las personas, frente a los intereses que sacrifican.<sup>5</sup>

Así, a partir de la reforma en materia de derechos humanos en 2011, la jurisdicción mexicana ha ido transformando su función a la luz de la tutela judicial efectiva para lograr el respeto no solo de una justicia formal, sino de una justicia material. La evolución del derecho de tutela judicial efectiva en México cobra fuerza a partir de la reforma de 2011; vale la pena resaltar que aún no se cumplen ni cinco años de su entrada en vigor, y ya hemos visto muchos

<sup>4</sup> Época: Décima Época. Registro: 2007064. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 9, agosto de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCXC/2014 (10a.), Página: 536.

<sup>5</sup> Época: Décima Época. Registro: 2007062. Instancia: Primera Sala. Tipo de Tesis: Aislada. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 9, agosto de 2014, Tomo I, Materia(s): Constitucional. Tesis: 1a. CCXCIV/2014 (10a.), Página: 535.

cambios, aunque quedan muchos por realizarse, pues no podemos perder de vista que sigue habiendo muchos formalismos dentro de los procesos jurisdiccionales que atentan contra la tutela judicial efectiva (como el principio dispositivo), pero mientras se siga el desarrollo del paradigma de derechos humanos, la evolución del sistema continuará, y la justicia será cada vez más completa y real y más garante de los derechos humanos.

## CONCLUSIONES

En el marco de un Estado constitucional, está claro que lo importante del proceso y del juez es su tarea en orden a que prevalezca la justicia y que no se tolere la más mínima violación a los derechos humanos.

El acceso a la justicia implica no solo una sentencia justa y razonada sino también el respeto irrestricto al debido proceso y a la tutela judicial efectiva. Al hilo del mismo derecho constitucional, se abre una serie de exigencias como: contar con abogado idóneo, no incurrir en formalismos excesivos, acceso comunicacional lingüístico, sin obstáculos económicos insalvables, y para velar por el respeto irrestricto de las mismas está el juez.

El derecho fundamental de tutela judicial efectiva ha tenido mayor desarrollo a partir de los cambios en el modelo de Estado constitucional en México, y esto se debe en gran medida a la reforma constitucional en materia de derechos humanos de 2011 y a la interpretación que sobre la misma ha realizado la Suprema Corte de Justicia de la Nación. Esta reforma constitucional señala la importancia de los derechos fundamentales y de la obligatoriedad de su protección y desarrollo por todas las autoridades jurisdiccionales.

El juez ha visto transformada su función, ya no es un simple aplicador del derecho creado por el legislador, es un socio activo, y de gran responsabilidad en la creación del derecho. Su trabajo es darle sentido a ese contenido axiológico de los derechos humanos.

#### BIBLIOGRAFÍA

- Alexy, R. (marzo de 2012). Law, morality and the existence of human rights. *Ratio Juris*, 25(1).
- Bulygin, E. (2003). Los jueces ¿crean derecho? En J. Malem, J. Orozco & R. Vázquez (Comps.), *La función judicial*. Ética y democracia. Barcelona: Gedisa, Instituto Tecnológico Autónomo de México.
- Friedlander, M. D. (2011). Adjudicating in the kingdom of ends: A constructivist response to the Hart/Dworkin Debate. *University of Illinois Law Review* (4).
- MacCormick, N. (2005). *Rhetoric and the Rule of Law: A theory of legal reasoning*. Nueva York: Oxford.
- Nieto, A. (2000). *El arbitrio judicial*. Barcelona: Ariel.

CAPÍTULO IV  
ENFOQUE INTERNACIONAL





# LAS RESTRICCIONES CONSTITUCIONALES A LOS DERECHOS HUMANOS FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL: CASO MEXICANO

María Candelaria Pelayo Torres\*  
Evelina Flores Preciado\*

## INTRODUCCIÓN

A partir de la reforma constitucional en materia de derechos humanos,<sup>1</sup> de la Declaratoria de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (SCJN),<sup>2</sup> emitida a propósito de la sentencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso

\* Ambas autoras son profesoras de carrera, con definitividad, adscritas a la Facultad de Derecho Mexicali y miembros del Cuerpo Académico Núcleo de Investigación Jurídica Internacional de la UABC. Correos electrónicos: candeuabc@hotmail.com; lic.eflores@hotmail.com

<sup>1</sup> Esta reforma modificó el texto de 11 artículos constitucionales: 1, 3, 11, 15, 18, 29, 33, 89, 97, 102 apartado B y 105. Uno de los propósitos y efectos más trascendentales según su exposición de motivos fue “incorporar la interpretación conforme a la Constitución y a los tratados internacionales en la aplicación de las normas, así como el principio pro persona. Dictamen de las Comisiones Unidas de Puntos Constitucionales de Estudios Legislativos, con opinión de la Comisión de Reforma del Estado. SCJN.

<sup>2</sup> Expediente varios 912/2010.

Rosendo Radilla Pacheco vs. México,<sup>3</sup> y, más recientemente, de la Resolución de la Contradicción de Tesis 293/2011,<sup>4</sup> se ha transformado el sistema jurídico mexicano profundamente. En este sentido, se ha señalado que las transformaciones que nuestro sistema jurídico ha experimentado con la reforma constitucional de derechos humanos han ocasionado que diversas voces afirmen que estamos ante un verdadero cambio de paradigma en nuestro derecho.<sup>5</sup>

Esto es así porque con la reforma en materia de derechos humanos y la correlativa de amparo, se dota de iguales medios de protección a los derechos humanos reconocidos a nivel nacional e internacional, además de establecer como criterios para su aplicación dos principios que permiten integrar y armonizar el derecho, los principios de interpretación conforme y propersona (Ramos Duarte, 2012).

Consecuentemente, las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales de los que México sea parte tienen una nueva jerarquía normativa, integran, junto con la ley fundamental, un bloque de constitucionalidad.<sup>6</sup>

<sup>3</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos, sentencia de 23 de noviembre de 2009.

<sup>4</sup> Emitida el 3 de septiembre de 2013 por el Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 293/2011, entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

<sup>5</sup> Como ejemplo de esta aseveración, en el ensayo “El impacto de la reforma constitucional en materia de derechos humanos en la labor jurisdiccional en México”, presentado con motivo del centenario de la Escuela Libre de Derecho, el ministro Silva Meza remite a la lectura del libro de Miguel Carbonell y Pedro Salazar (2011).

<sup>6</sup> La expresión “bloque de constitucionalidad” surge originalmente en Francia en relación con la Constitución de ese país y con la Declaración de los Derechos del Hombre y el Ciudadano Francés como un todo, y es que la propia Constitución francesa remite a dicha declaración.

La trascendencia de esta transformación jurídica es que ahora toda ley, en el sentido amplio de la palabra, y todo acto de autoridad, o de particulares cuando actúen como autoridad, además de ajustarse a la Constitución, deben ser conformes con las normas de derechos humanos previstas en los tratados internacionales de los que México sea parte y con la jurisprudencia de la CIDH como extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos (CADH). En este contexto, todos los juzgadores mexicanos tienen el deber de hacer control de la constitucionalidad y de la convencionalidad de las leyes y de los actos de autoridad.

#### JUSTIFICACIÓN

A raíz de este cambio, tanto en el ámbito académico como en el jurisdiccional hay múltiples y variados pronunciamientos que intentan contestar las siguientes interrogantes: ¿Cuáles son, dentro del cúmulo de instrumentos jurídicos internacionales los que contienen normas de derechos humanos? ¿Quién determina el alcance y contenido de esas normas? ¿Cuáles son las reglas o criterios de interpretación jurídica que operan en el sistema del derecho internacional? ¿Cuáles son las peculiaridades de los tratados de derechos humanos? ¿Cuándo un instrumento jurídico internacional es vinculante para México? Si existe, ¿cómo se integra? ¿Tratándose de derechos humanos es válido hablar de jerarquía normativa? ¿Qué se entiende por control de la convencionalidad? ¿Quién está facultado u obligado a realizarlo?

La doctrina y la jurisprudencia ya han iniciado la tarea de responder estas y otras preguntas relacionadas con el tema; mas, la interrogante central de este estudio es: ¿Desde la pers-

pectiva del derecho internacional, cuáles son las consecuencias de la decisión tomada por la SCJN en la citada Contradicción de Tesis 293/2011, específicamente en lo relativo al criterio de que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se debe estar a lo que establece el texto constitucional?

La hipótesis de que se parte es que al sostener la SCJN, por un lado, que “los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte, constituyen el parámetro de control de la regularidad constitucional” y, además, que “la jurisprudencia emitida por la CIDH es siempre vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona”; y, por el otro, que “cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos se debe estar a lo que establece el texto constitucional”, introduce una incoherencia normativa en el sistema jurídico.

Como analizaremos, este criterio resulta incoherente con el sistema interamericano de protección a los derechos humanos del cual México forma parte pues ubica a la par de la Constitución mexicana a los derechos humanos de sede internacional pero declara que pueden restringirse por la propia Constitución. Además, no obstante que establece que la jurisprudencia emitida por la CIDH es siempre vinculante, desconoce los precedentes de dicho órgano internacional relativos a la relación entre la CADH y las constituciones de los Estados.

## LA JURISPRUDENCIA DE LA SCJN RESPECTO DE LOS DERECHOS HUMANOS DE SEDE INTERNACIONAL

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en la Contradicción de Tesis 293/2011 resuelta el 3 de septiembre de 2013,<sup>7</sup> emitió los siguientes criterios jurisprudenciales:

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 AQUELLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL. El primer párrafo del artículo 1º constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiendo 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 Cons-

<sup>7</sup> Época. Décima Época. Registro: 2006224. Instancia: Pleno. Tipo de Tesis: Jurisprudencia. Fuente: Gaceta del Semanario Judicial de la Federación. Libro 5, Abril de 2014, Tomo I. Materia(s): Constitucional. Tesis: P./J. 20/2014 (10a.). Página: 202. Contradicción de Tesis entre las sustentadas por el Primer Tribunal Colegiado en Materias Administrativa y de Trabajo del Décimo Primer Circuito y el Séptimo Tribunal Colegiado en Materia Civil del Primer Circuito.

titución 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.

JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA. Los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, con independencia de que el Estado Mexicano haya sido parte en el litigio ante dicho tribunal, resultan vinculantes para los jueces nacionales al constituir una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, toda vez que en dichos criterios se determina el contenido de los derechos humanos establecidos en ese tratado. La fuerza vinculante de la jurisprudencia interamericana se desprende del propio mandato establecido en el artículo 1º constitucional, pues el principio *pro persona* obliga a los jueces nacionales a resolver cada caso atendiendo a la interpretación más favorable a la persona. En cumplimiento de este mandato consti-

tucional, los operadores jurídicos deben atender a lo siguiente: (i) cuando el criterio se haya emitido en un caso en el que el Estado Mexicano no haya sido parte, la aplicabilidad del precedente al caso específico debe determinarse con base en la verificación de la existencia de las mismas razones que motivaron el pronunciamiento; (ii) en todos los casos en que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia interamericana con la nacional; y (iii) de ser imposible la armonización, debe aplicarse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

#### CONSECUENCIAS DE ESTOS CRITERIOS:

- A. Se declara que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales constituyen el parámetro de control de la regularidad constitucional, conforme al cual deben analizarse la validez de las normas y los actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.
- B. Se sostiene que cuando la norma constitucional establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional. Es decir, se determina que la Constitución prevalecerá aun cuando sea más perjudicial a las personas.
- C. Se determina que la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos es vinculante para los jueces mexicanos, siempre que sea más favorable a la persona y, en todos los casos que sea posible, debe armonizarse la jurisprudencia mexicana con la interamericana; de no ser posible debe emplearse el criterio que resulte más favorecedor para la protección de los derechos humanos.

Aunque en este apartado no entremos en el análisis de la cuestión, cabe hacer notar que resulta contradictorio el hecho de que la SCJN está implícitamente sosteniendo que es válido que la Constitución restrinja los derechos humanos, aun cuando estos estén reconocidos en sede internacional y a la vez explícitamente sosteniendo la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH. Por consiguiente, corresponde ahora analizar la opinión de este órgano jurisdiccional internacional sobre las restricciones a los derechos humanos impuestas por las constituciones de los Estados.

LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS  
ESTABLECIDAS EN LAS CONSTITUCIONES NACIONALES  
FRENTE AL DERECHO INTERNACIONAL, CON ESPECIAL  
REFERENCIA A LOS CRITERIOS DE LA CIDH

*LA OBLIGACIÓN INTERNACIONAL DE CUMPLIR LOS TRATADOS  
INTERNACIONALES DE BUENA FE*

Antes de analizar cuál ha sido la posición de la CIDH con respecto a la validez de las restricciones impuestas por las constituciones nacionales a los derechos humanos, es preciso recordar que el derecho internacional contempla el principio *pacta sunt servanda* como criterio rector del derecho de los tratados, particularmente en lo relativo a su observancia, aplicación e interpretación. Así, la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados<sup>8</sup> dispone: 26.

<sup>8</sup> Viena, 23 de mayo de 1969.



“Pacta sunt servanda”. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.

Este principio no rige solo los tratados internacionales sino que campea en todas las normas y obligaciones internacionales. Al respecto, internacionalistas como Manuel Becerra sostienen:

Un principio toral, universal del derecho internacional es que todas las normas y obligaciones internacionales deben de cumplirse de buena fe (*pacta sunt servanda*). Este principio está reiterado por la jurisprudencia internacional, la Carta de Naciones Unidas en su preámbulo, su artículo 2.2 y la Declaración sobre Principios de Derecho Internacional referentes a las relaciones de amistad y cooperación entre los Estados; también por las convenciones de Viena de 1969 y 1986 sobre derecho de los tratados (2000:172).

#### VALIDEZ DE LAS RESTRICCIONES A LOS DERECHOS HUMANOS ESTABLECIDAS EN SEDE CONSTITUCIONAL SEGÚN CRITERIOS DE LA CIDH

La CIDH impone a todos los Estados parte de la Convención el deber de adoptar disposiciones de derecho interno para hacer efectivos los derechos y libertades reconocidos en la Convención:

Artículo 2. Si en el ejercicio de los derechos y libertades mencionados en el artículo 1 no estuviere ya garantizado por disposiciones legislativas o de otro carácter, los Estados partes se comprometen a adoptar, con arreglo a sus procedimientos constitucionales y a las disposiciones de esta Convención, las medidas legislativas o

de otro carácter que fueren necesarias para hacer efectivos tales derechos y libertades.

Al respecto, en el caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros) vs. Chile (Fondo, Reparaciones y Costas)<sup>9</sup> la CIDH interpretó este artículo de la siguiente manera:

87. En el derecho de gentes, una norma consuetudinaria prescribe que un Estado que ha ratificado un tratado de derechos humanos debe introducir en su derecho interno las modificaciones necesarias para asegurar el fiel cumplimiento de las obligaciones asumidas. Esta norma es universalmente aceptada, con respaldo jurisprudencial. La Convención Americana establece la obligación general de cada Estado Parte de adecuar su derecho interno a las disposiciones de dicha Convención, para garantizar los derechos en ella consagrados. Este deber general del Estado Parte implica que las medidas de derecho interno han de ser efectivas (principio del *effet utile*). Esto significa que el Estado ha de adoptar todas las medidas para que lo establecido en la Convención sea efectivamente cumplido en su ordenamiento jurídico interno, tal como lo requiere el artículo 2 de la Convención. Dichas medidas solo son efectivas cuando el Estado adapta su actuación a la normativa de protección de la Convención.

Y concluyó:

88. En el presente caso, al mantener la censura cinematográfica en el ordenamiento jurídico chileno (artículo 19 número 12 de la

<sup>9</sup> Sentencia de 5 de febrero de 2001.

Constitución Política y Decreto Ley número 679) el Estado está incumpliendo con el deber de adecuar su derecho interno a la Convención de modo a hacer efectivos los derechos consagrados en la misma, como lo establecen los artículos 2 y 1.1 de la Convención.

La CIDH declaró que el artículo 19 de la Constitución chilena dio pie a que el Estado chileno incurriera en responsabilidad internacional y condenó al Estado chileno a reformar su derecho interno:

La Corte por unanimidad  
decide,...

4.... 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 “La Última Tentación de Cristo”, y debe rendir a la Corte Interamericana de Derechos Humanos, dentro de un plazo de seis meses a partir de la notificación de la presente Sentencia, un informe sobre las medidas tomadas a ese respecto.

Con antelación al caso *La última tentación de Cristo*, en el caso *Durand y Ugarte vs. Perú* (Fondo), párrafo 85, la CIDH ha señalado que el deber general del Estado, establecido en el artículo 2 de la Convención, incluye la adopción de medidas para suprimir las normas y prácticas de cualquier naturaleza que impliquen una violación a las garantías previstas en la Convención, así como la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la observancia efectiva de dichas garantías.<sup>10</sup>

<sup>10</sup> Cfr. Caso *Durand y Ugarte*. Sentencia de 16 de agosto de 2000. Serie C, No. 68, párr. 137.

Esto mismo lo había sostenido en el caso Castillo Petruzzi y otros vs. Perú (Fondo, Reparaciones y Costas) en el que la CIDH explicó originalmente en qué estriba el deber contenido en el artículo 2 de la CADH:

207. Por otro lado, la Corte declara que las disposiciones contenidas en la legislación de emergencia adoptada por el Estado para hacer frente al fenómeno del terrorismo, y en particular los Decretos-Leyes Nos. 25.475 y 25.659, aplicados a las víctimas en el presente caso, infringen el artículo 2 de la Convención, por cuanto el Estado no ha tomado las medidas adecuadas de derecho interno que permitan hacer efectivos los derechos consagrados en la misma y así lo declara la Corte. El deber general del artículo 2 de la Convención Americana implica la adopción de medidas en dos vertientes. Por una parte, la supresión de las normas y prácticas de cualquier naturaleza que entrañen violación a las garantías previstas en la Convención. Por la otra, la expedición de normas y el desarrollo de prácticas conducentes a la efectiva observancia de dichas garantías. Evidentemente, el Estado no ha llevado a cabo, en lo que atañe a las disposiciones aplicables al juicio de los inculpadados, lo que debiera realizar a la luz del artículo 2 de la Convención.<sup>11</sup>

En síntesis, si en el caso La última tentación de Cristo se determinó que una disposición de la Constitución chilena resultaba inconvencional, por vulnerar derechos reconocidos por la CADH, y, además, en los casos Durand y Ugarte vs. Perú y Castillo Petruzzi y otros vs. Perú, la CIDH utiliza la expresión “normas y prácticas de cualquier na-

<sup>11</sup> Sentencia de 30 de mayo de 1999.

turaliza”, se reitera el criterio por parte de este tribunal internacional de que el control de convencionalidad incluye a las normas y prácticas constitucionales nacionales. Al no hacer excepción alguna, con la expresión de “cualquier naturaleza” está incluyendo a cualquier tipo de norma independientemente de su jerarquía.

El criterio de la SCJN no es propersona, ni respeta el principio de progresividad de los derechos humanos. Además, paradójicamente, a pesar de que la propia Corte mexicana ha declarado vinculante la jurisprudencia de la CIDH, aun en los casos en que México no haya sido parte en el caso que dio origen a la jurisprudencia, se separa abiertamente de la jurisprudencia de la CIDH, relativa a que ni las constitucionales nacionales pueden restringir los derechos humanos reconocidos por la CADH.

Las normas constitucionales mexicanas que restrinjan derechos humanos, tarde o temprano, serán revisadas por la CIDH a la luz del derecho internacional de los derechos humanos. A lo que resuelva la CIDH, obviamente, no le será oponible el criterio de la Suprema Corte mexicana ya que este último no obliga al órgano revisor.

## CONCLUSIONES

- Los tratados internacionales de los que México sea parte y que contengan derechos humanos tienen rango constitucional.
- No obstante lo anterior, la SCJN está convalidando que la Constitución nacional restrinja los derechos humanos aun cuando se trate de derechos reconocidos en tratados internacionales de los que México sea parte.
- Por otra parte, la propia SCJN explícitamente establece la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH.

- La jurisprudencia de la CIDH sostiene que los Estados parte de la CADH tienen el deber de ajustar toda norma y práctica de cualquier naturaleza —incluidas las constitucionales— a la CADH.
- La SCJN está implícitamente contraviniendo la jurisprudencia de la CIDH en lo que respecta a las limitaciones, en sede constitucional, a los derechos humanos.
- La última palabra, sobre la validez o no de las limitaciones o restricciones que haga la Constitución mexicana a los derechos humanos reconocidos por la CADH, la dirá la CIDH, como ya lo ha hecho respecto de otros Estados parte de la referida Convención.

## BIBLIOGRAFÍA

- Abramovich, V. (diciembre de 2009). De las violaciones masivas a los patrones estructurales: Nuevos enfoques y clásicas tensiones en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Revista Internacional de Derechos Humanos*, 6(11), 7-39.
- Álvarez Ledesma, M. (2006). *Introducción al estudio del derecho*. México: MacGraw-Hill.
- Becerra Ramírez, M. (1993). *Derecho internacional público*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- . (2013). *El control de la aplicación del derecho internacional en el marco del Estado de derecho*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Becerra Ramírez, M. et al. (2000). *Tratados internacionales se ubican jerárquicamente por encima de las leyes y en un segundo plano respecto de la Constitución federal (amparo en revisión 1475/98)*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.

- Bidart Campos, G. (1998). *La interpretación de los derechos humanos en la jurisdicción internacional y en la jurisdicción interna*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cançado Trindade, A. (2008). *La interpretación de tratados en el derecho internacional y la especificidad de tratados de derechos humanos*. Chile: Editorial Jurídica de Chile.
- Carpizo, J. (2012). *La Constitución Mexicana y el derecho internacional de los derechos humanos*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Carpio Marcos, E. (2005). Bloque de constitucionalidad y proceso de inconstitucionalidad de las leyes. *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, 4.
- Castañeda Otsu, S. (2002). El principio de interpretación conforme a los tratados de derechos humanos y su importancia en la defensa de los derechos consagrados en la Constitución. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Cervantes Andrade, R. (1994). Iniciativa del senador Raúl Cervantes Andrade a nombre del Grupo Parlamentario del Partido Revolucionario Institucional, la que contiene proyecto de decreto que reforma los artículos 1º y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos. *Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos Comentada*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Corcuera Cabezut, S. (2001). *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos*. México: Oxford, Universidad Iberoamericana.
- D'acquisto, G. & D'avano S. (2009). The role of SHALL and SHOULD in two international treaties. *Critical Approa-*

- ches to Discourse Analysis across Disciplines*. Recuperado el 9 de junio de 2013 de [http://cadaad.net/files/journal/CADAAD2009\\_D'Acquisto%20and%20D'Avanzo.pdf](http://cadaad.net/files/journal/CADAAD2009_D'Acquisto%20and%20D'Avanzo.pdf)
- Fajardo, Z., Rodríguez, G. & Arjona, J. C. Módulo de bloque de constitucionalidad. Guía para la reforma constitucional (sin publicar).
- Ferrajoli, L. (2010) [Falta título del artículo]. En J. A. Cruz Parcerero & R. Vázquez (Coords.), *El principio de igualdad y la diferencia de género*. México: Fontamara, SCJN.
- García R., S. (2009). *Admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, en Recepción nacional del derecho internacional de los derechos humanos y admisión de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Secretaría de Relaciones Exteriores, Corte Interamericana de Derechos Humanos.
- García R., S. & Morales, J. (2012a). *La reforma constitucional en derechos humanos, 2009-2011*. México: Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- . (2012b). *Proyecto de reforma del artículo primero constitucional, párrafos primero, segundo y tercero. La reforma constitucional en derechos humanos, 2009-2011*. México: Porrúa, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.
- Gómez R., V. A. (2008). *Interpretación de los tratados en derecho internacional* (Biblioteca Jurídica Virtual). México: Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM.
- Henderson, H. (2004). Los tratados internacionales de derechos humanos en el orden interno: La importancia del principio



pro homine. *Revista del Instituto Interamericano de Derechos Humanos de Costa Rica*, 39, 71-99.

Informe de México: Avances y desafíos en materia de derechos humanos. (2011). México: Secretaría de Relaciones Exteriores.

Iniciativa que reforma el artículo 1º de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, suscrita por el diputado Francisco Agustín Arroyo Vieyra, del grupo parlamentario del PRI.

Liebenberg, S. (2006). *Adjudicación de derechos sociales en la Constitución de transformación social de Sudáfrica. Anuario de Derechos Humanos 2006*. Santiago de Chile: Centro de Derechos Humanos, Universidad de Chile.

Magnus, K. (diciembre de 2010). Interpretación de los tratados regionales de derechos humanos. *Sur: Revista Internacional de Derechos Humanos*, 13.

Matthias, H. (2005). *Derecho internacional público*. México: Konrad Adenauer Stiftung, Universidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de: <http://www.bibliojuridica.org/libros/libro.htm?l=1629>

Nyamu-Musembi, C. (2005). Hacia una perspectiva de los derechos humanos orientada a los actores. En N. Caber (Coord.), *Ciudadanía incluyente: Significados y expresiones*. México: Programa Universitario de Estudios de Género-Universidad Nacional Autónoma de México.

Pelayo Möller, C. (2012). *Las reformas constitucionales en materia de derechos humanos*. México: Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.

Pérez Nieto, L. (1992). *Derecho internacional privado*. México: Harla.

Pinto, M. (1997). La aplicación de los tratados de derechos humanos por los tribunales locales. En M. Abregú & C. Courtis (Comps.),

*El principio pro homine. Criterios de hermenéutica y pautas para la regulación de los derechos humanos.* México: UNAM, CIDE, ITAM, Naciones Unidas, Derechos Humanos México, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Centro de Investigaciones Aplicadas en Derechos Humanos, Flacso, UACM, Litiga.

Proceso de reforma constitucional en materia de derechos humanos, 2006-2011.

Propuesta de reforma constitucional en materia de derechos humanos, elaborada por las organizaciones de la sociedad civil y académicas y académicos especialistas en derechos humanos. (2008). México, editorial.

Ramos, R. (mayo de 2013). Consideraciones en torno a la reforma del artículo 1º constitucional (pp. 635-665). En R. Sepúlveda & D. García Ricci (Coords.), *Derecho constitucional de los derechos humanos. Obra jurídica enciclopédica en homenaje a la Escuela Libre de Derecho en su primer centenario.* México: Porrúa, Escuela Libre de Derecho.

Rubio Ll., F. (1989). El bloque de constitucionalidad. *Revista Española de Derecho Constitucional*, año 9, 27.

Saltalamacchia Ziccardi, N. & A. Covarrubias Velasco (2011). La dimensión internacional de la reforma de derechos humanos: antecedentes históricos. En M. Carbonell & P. Salazar (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma.* México: Universidad Nacional Autónoma de México.

Seara V., M. (1989). *Derecho internacional público.* México: Porrúa.

Suprema Corte de Justicia de la Nación y Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos (2012). *Compilación de instrumentos internacionales sobre protección de la persona aplicables en México.* (tomo I, nota introductoria). México: autor.

- Vázquez, D. & Serrano, S. (2012). *Principios y obligaciones de derechos humanos: Los derechos en acción*. México: OACNUDH, Suprema Corte de Justicia de la Nación, Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal.
- Versiones taquigráficas de la discusión del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en torno a la contradicción de tesis 293/2011, de fechas 12, 13 y 15 de marzo de 2012. Recuperado de [http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver\\_taquigraficas/pl201200312v2.pdf](http://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl201200312v2.pdf)
- Virally, M. & Clive, R. (2000). Derecho de los tratados: En M. Sorensen (Comp.), *Manual de derecho internacional público*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Von Bernstorff, J. (2012). Las formas argumentativas con base en la categorización como alternativa a la ponderación: Protección del contenido esencial de los derechos humanos por parte del Comité de Derechos Humanos de la ONU y del Tribunal Europeo de Derechos Humanos. Recuperado el 27 de junio de 2012 de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3063/8.pdf>



## DERECHOS Y MODELOS DE COLABORACIÓN ENTRE ORDENAMIENTOS JURÍDICOS

Roberto Cippitani\*

### SUJETOS Y DERECHO INTERNACIONAL

Tradicionalmente se ha considerado que el derecho internacional no tiene efecto directo en los derechos de los particulares (Conforti, 2010: 3 y ss.; Rousseau, 1966: 1 y ss.). De hecho, el derecho internacional se considera un “derecho de coordinación” (Pizzolo, 2010: 5) que regula las relaciones entre los Estados y establece las competencias respectivas y las obligaciones mutuas, pero deja el cumplimiento de esas obligaciones a la voluntad de la partes.

El derecho internacional moderno contiene varias reglas destinadas a garantizar la coordinación con los sistemas jurídicos nacionales. Este es el caso del principio *pacta sunt servanda*, que obliga al Estado a adecuar su ordenamiento jurídico interno a las normas internacionales (véase el artículo 26 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados).

\* Catedrático Jean Monnet, investigador de derecho privado, coordinador académico del Centro de Excelencia Jean Monnet “Derechos y Ciencia”. Università degli Studi di Perugia. Correo electrónico: roberto.cippitani@unipg.it

Por otra parte, son las disposiciones nacionales las que otorgan eficacia jurídica en el derecho interno a la norma internacional. En este propósito el artículo 10 de la Constitución Italiana de 1948 establece que el ordenamiento jurídico italiano tiene que conformarse con las reglas del derecho internacional generalmente reconocidas, incluyendo así también las normas consuetudinarias.

El preámbulo de la Constitución Francesa del 27 de octubre 1946 establece que “La République française, fidèle à ses traditions”, se conforme “aux règles du droit public international”.

Más importante es el papel del derecho internacional en la ley fundamental alemana que establece que las normas generales del derecho internacional forman parte integrante del derecho federal (véase el artículo 25).

Otra técnica de coordinación es el llamado derecho internacional privado, es decir, un conjunto de criterios para establecer cuál norma nacional se puede aplicar, en casos sujetos a distintos sistemas jurídicos. Sin embargo, todos esos y otros mecanismos de coordinación no convierten directamente el derecho internacional en derecho interno.

El monopolio legislativo de cada Estado no permite la aplicación directa del derecho internacional a las relaciones jurídicas de derecho interno. Esta situación no admite excepción alguna, ni siquiera en el caso de las normas internacionales que se definen como *self-executing*, ni tampoco se admiten las que se consideran pertenecientes al *ius cogens*, es decir, la norma “aceptada y reconocida por la comunidad internacional de Estados en su conjunto como norma que no admite acuerdo en contrario y que solo puede ser modificada por una norma ulterior de derecho internacional general que tenga el mismo carácter” (artículo 53 de la Convención de Viena).

Tanto las disposiciones de aplicación directa como el *ius cogens* afectan principalmente a las relaciones entre los Estados y no serían directamente aplicables en el derecho nacional si estos no estuvieran de acuerdo.

Por otro lado, el derecho internacional privado incluye reglas nacionales, aunque en algunos casos puedan derivar de tratados internacionales. La actitud del derecho internacional de no impactar directamente en las relaciones jurídicas internas se confirma por la ausencia de un verdadero poder judicial transnacional.

En el marco del derecho internacional, sin duda, se puede encontrar a tribunales que apoyan la aplicación del derecho transnacional, lo que puede servir para establecer o aclarar el sentido de las disposiciones internacionales (Guzman, 2008: 68; véase también Danner, 2006). Pero estos tribunales son poco frecuentes y generalmente no directamente accesibles por los particulares. Las limitaciones para los particulares para presentar recursos implica la falta de efectividad en la acción de los tribunales internacionales (Scott & Stephan, 2006).

Además, incluso en presencia de los tribunales internacionales, el incumplimiento de las obligaciones derivadas del derecho internacional puede dar lugar a la responsabilidad internacional del Estado, no a la aplicación directa en el derecho interno (Pizzolo, 2010: 17).

Por lo tanto, al final de cuentas, no siempre y no todas las naciones observan el derecho internacional (Hekin, 1979), que a veces se viola impunemente (Goldsmith & Posner, 2005: 13; véase también Guzman, 2008).

## LA INTERNACIONALIZACIÓN DE LOS DERECHOS HUMANOS

Después de la segunda mitad del siglo xx, junto con la constitucionalización de los derechos de la persona, otro fenómeno jurídico importante se ha producido y se le conoce como “internacionalización de los derechos”.

Las tragedias del Age of Extremes (como Hobsbawm llamó al siglo xx) causadas por Estados totalitarios, han enseñado que una protección efectiva de los derechos de los particulares, especialmente contra el poder excesivo de los Estados, solo puede lograrse a escala internacional.

Por lo tanto, durante las últimas décadas, la protección de los derechos de las personas no es solo un problema confinado dentro de las fronteras nacionales, sino que esta protección tiene que ser abordada desde el punto de vista de un “constitucionalismo mundial” (Espinosa de los Monteros Sánchez, 2010) o un “constitucionalismo multinivel”, como necesaria evolución de las constituciones nacionales (Pernice, 1999; Häberle, 2002; Cardone, 2011).

Junto con el establecimiento de las organizaciones y los tratados internacionales vinculados al tema económico, los Estados han estipulado acuerdos internacionales relacionados con el reconocimiento y la salvaguardia de los derechos de los seres humanos.

No obstante, este tipo de protección no es absolutamente nueva,<sup>1</sup> aunque sí es típico de nuestra época el enorme desarrollo de los instrumentos internacionales relativos a los derechos humanos.

<sup>1</sup> Goldsmith y Posner (2005: 117) citan el ejemplo de la Paz de Westphalia (1648), que se ocupó de la libertad religiosa.



Estos instrumentos pueden ser implementados en un contexto donde el derecho internacional se caracteriza por una tendencia a la “legalización” de las relaciones transnacionales (Goldstein et al., 2000), debido sobre todo al crecimiento de la importancia de las instituciones internacionales (Abbott & Snidal, 1998).

En particular, la Carta de las Naciones Unidas de 1945 establece en su preámbulo, justo antes del objetivo de “preservar a las generaciones venideras del flagelo de la guerra que dos veces durante nuestra vida ha infligido a la humanidad sufrimientos indecibles”, la necesidad de “reafirmar la fe en los derechos fundamentales del hombre, en la dignidad y el valor de la persona humana, en la igualdad de derechos de hombres y mujeres”, para “promover el progreso social y elevar el nivel de vida dentro de un concepto más amplio de la libertad”.

Según Luigi Ferrajoli (2001), la Carta de las Naciones Unidas representa la transición desde una norma internacional basada en las relaciones bilaterales entre los Estados, hasta un sistema jurídico internacional verdadero, en el cual no solo los Estados, sino también las personas se convierten en sujetos.

Las personas son titulares de derechos reconocidos a escala supranacional que tienen que ser respetados y protegidos dentro de la legislación interna. De hecho, de acuerdo con la doctrina, las constituciones modernas establecen la obligación positiva de poner en práctica los derechos humanos, incluso el deber de abstención de cualquier acción que pudiera afectarlas (Sanz Caballero, 2013).

Las Naciones Unidas y demás organizaciones internacionales han promovido, durante los últimos sesenta años, la estipulación de otros importantes tratados en materia de derechos humanos, como aquellos que protegen a los niños o a los trabajadores.

El reconocimiento de los derechos humanos a escala internacional tiene la importante función de establecer los estándares aceptables para la mayoría de las naciones del mundo (Martínez Bullé Goyri, 2013). Por lo tanto, la Declaración de Derechos Humanos de las Naciones Unidas es “universal” y, como su exposición de motivos establece, tiene que ser considerada como un

ideal común por el que todos los pueblos y naciones deben esforzarse, a fin de que tanto los individuos como las instituciones, inspirándose constantemente en ella, promuevan, mediante la enseñanza y la educación, el respeto a estos derechos y libertades, y aseguren, por medidas progresivas de carácter nacional e internacional, su reconocimiento y aplicación universales y efectivos, tanto entre los pueblos de los Estados Miembros como entre los de los territorios colocados bajo su jurisdicción.

Tal concepto se reitera en el texto de la Declaración en su artículo 1 que establece que “todos los seres humanos nacen libres e iguales en dignidad y derechos y, dotados como están de razón y conciencia, deben comportarse fraternalmente los unos con los otros”.

Hoy, en general se acepta que esas fuentes del derecho internacional, su aplicación e interpretación, identifican un “*corpus iuris* de los derechos humanos” que interactúa con los sistemas jurídicos nacionales y que está protegido por el principio de la responsabilidad internacional de los Estados (O’Donnel, 2007; Faundes Peñafiel, 2013a).

Varios sistemas jurídicos nacionales reconocen expresamente la aplicación directa del derecho internacional de los derechos humanos.

Este es el caso de la Constitución española de 1978 (artículo 10.1), que establece que “las normas relativas a los derechos

fundamentales y a las libertades que la Constitución reconoce se interpretarán de conformidad con la Declaración Universal de Derechos Humanos y los tratados y acuerdos internacionales sobre las mismas materias ratificados por España”.

En América Latina muchas constituciones establecen la obligación del Estado de respetar los derechos humanos reconocidos por los tratados internacionales (entre otros, México, Colombia, Guatemala, Chile, Ecuador, Nicaragua y Brasil) (Rueda Aguilar: 11-12).

En la literatura jurídica se muestra cómo la cuestión de los derechos humanos ha cambiado el enfoque del derecho internacional, al menos por lo que se refiere a la interpretación jurídica. Como se ha argumentado en el caso del principio *pro-persona*, el carácter *universal* de los derechos humanos es un instrumento hermenéutico fundamental, por lo que la interpretación será más extensa en el caso de las normas que reconocen un derecho humano y de manera más restrictiva en el caso de la aplicación de cualquier limitación a esos derechos (Sepúlveda Iguíniz, 2013).

Por lo tanto, la universalidad comporta que los tribunales nacionales deben aplicar el derecho interno de manera coherente con los instrumentos internacionales.<sup>2</sup>

De hecho, la doctrina sostiene la aplicación de la teoría de *Drittwirkung* según la cual los órganos jurisdiccionales nacionales

<sup>2</sup> Scott y Stephan (2006) hacen referencia a la jurisprudencia de la Suprema Corte de Estados Unidos de América, especialmente al caso *Sosa c. Álvarez-Machain* (542 U.S. 692 [2004]) que apoya la idea de que los tribunales federales estadounidenses pueden aplicar el derecho internacional; véase también *Medellín c. Dretke* (544 U.S. 660 [2005]); *Roper c. Simmons* (543 U.S. 551 [2005]).

pueden utilizar los derechos fundamentales de origen internacional en las relaciones entre los individuos.<sup>3</sup>

Sin embargo, este tipo de enfoque interpretativo no conduce a la modificación o a la no aplicación de la legislación interna que sigue siendo la principal fuente legal que el juez tiene que aplicar, incluso en el campo de los derechos humanos (Scott & Stephan, 2006: 142).

La aplicación efectiva de esos derechos depende de la voluntad de los Estados, desde un enfoque puramente intergubernamental (Goldsmith & Posner, 2005: 137).

#### EL MODELO REGIONAL

Las relaciones internacionales entre los Estados pueden establecer formas de colaboración permanente, como es el caso de las asociaciones entre las naciones que pertenecen a regiones específicas del mundo. Para identificar este modelo de colaboración internacional, la doctrina jurídica utiliza la expresión “integración regional”.

El derecho de la integración “tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del derecho”,<sup>4</sup> en particular, y, por lo tanto, del derecho internacional.

Ejemplo de esas asociaciones se puede encontrar en todos los continentes,<sup>5</sup> principalmente en Europa (Unión Europea, Con-

<sup>3</sup> Véase, por ejemplo, Spielman (1995). En Italia, la literatura legal y la jurisprudencia afirman que el Convenio Europeo de Derechos Humanos es directamente aplicable por lo jueces. Véase entre otros Nunin (1991).

<sup>4</sup> TPR Mercosur, Laudo Núm. 01/2005, p. 4.

<sup>5</sup> Para un panorama y un análisis sobre las organizaciones regionales, especialmente en Europa y América Latina, véase sobre todo Pizzolo (2010).

sejo de Europa) y en América (Comunidad Andina de Naciones [CAN], Mercosur, Sistema de Integración Centroamericana [Sica], Mercado Común del Caribe [Caricom], Unión de Naciones Suramericanas [Unasur]; Cumbres Iberoamericanas, la Alianza del Pacífico, Acuerdo de Libre Comercio de América del Norte [ALCA] o Tratado de Libre Comercio de América del Norte [TLCAN]). Pero se encuentran también en África (Communauté Économique des États de l'Afrique Centrale [CEECA], Conferencia de Coordinación para el Desarrollo del África Austral [SADCC], Conferencia de Coordinación del Desarrollo del África Meridional [SADC], Zona de Comercio Preferencial [PTA], Comunidad Económica de los Estados de África Occidental [ECOWAS]), Asia y Pacífico (Cooperación Económica Asia-Pacífico [APE], Asociación del Asia Meridional para la Cooperación Regional [SAAR] Trans-Pacífico de Asociación Económica Estratégica).

La integración regional tiene las características de otras formas de relaciones internacionales, sobre la base de los acuerdos entre los Estados. No obstante eso, dos elementos parecen diferenciar los procesos regionales de integración con otros en el marco de las relaciones internacionales: el contenido y la intensidad de la cooperación; y la institucionalización de las relaciones, en particular a partir de la creación de órganos judiciales o arbitrales.

Los elementos antes mencionados no producen una modificación en el paradigma internacionalista, sino el fortalecimiento de las relaciones transnacionales.

De acuerdo con el contenido de la integración regional, en comparación con otras formas de relaciones internacionales, los objetivos de la cooperación entre los Estados se convierten en más concretos, así como los problemas a que se enfrentan y las soluciones que se elaboran.

En este propósito, los procesos de integración regional son a menudo inducidos (o justificados) por razones económicas, ya que un mayor movimiento de personas, productos y factores de producción es capaz de aumentar los flujos económicos y conducir al desarrollo de la región (Pampillo Baliño, 2011).

Independientemente de lograr la construcción de mercados comunes o de uniones aduaneras, se trata casi siempre de un instrumento táctico para iniciar los procesos de integración regional con el fin de alcanzar objetivos estratégicos más políticos.

Es lo que pasó con la integración europea. En la “Declaración” del 9 de mayo de 1950 del ministro de Asuntos Exteriores francés, Schuman, se propuso la puesta en común de la producción transnacional del carbón y la del acero. La creación del mercado común del carbón y del acero fue planeada claramente como la “primera etapa de la federación europea, y cambiará el destino de esas regiones, que durante tanto tiempo se han dedicado a la fabricación de armas, de las que ellas mismas han sido las primeras víctimas”.

Del mismo modo, en América Latina las organizaciones regionales como el Mercosur, el TLCAN, la Comunidad Andina y el Sica tienen principalmente como objetivo la construcción de una integración económica entre los Estados de la misma región.

Por su parte, la democracia, la paz y el respeto de los derechos humanos ya estaban en la base del proceso de integración en América del Sur, como afirma la Declaración de Foz de Iguazú de 1985, firmada por Argentina y Brasil, y el Acta de Amistad Argentino Brasileña en Democracia, Paz y Desarrollo del año 1986 que prevé el Tratado de Asunción de 1991 (Mensa González, 2013).

Aunque el tratado constitutivo del Mercosur, así como los tratados de las comunidades europeas de los años de 1950, no hacen

ninguna referencia a los derechos humanos, otros documentos de las organizaciones regionales los ponen en la base del proceso de integración (Abramovich, 2013; Casal, 2005; Giupponi, 2006: 303), como la Declaración Presidencial sobre Compromiso Democrático en el Mercosur de 1996, el Protocolo de Ushuaia de 1998 y el Protocolo de Asunción de 2005.

Del mismo modo, respecto de la Comunidad Andina, el Acuerdo de Cartagena establece una profunda interconexión entre los objetivos económicos de la Can y la necesidad de otorgar un mejoramiento permanente del nivel de vida de los habitantes de la subregión (artículo 1).

Por otra parte, la Declaración del Consejo Presidencial Andino sobre Democracia e Integración, firmado en Santafé de Bogotá el 7 de agosto de 1998, estipula que la Can es una comunidad de naciones democráticas que respeta los derechos humanos y las libertades fundamentales.

La integración regional subraya los aspectos sociales que surgen de la circulación de las personas como los trabajadores (Pacheco Zerga, 2013) o los estudiantes y profesores (Palermo Buti & Buralli Vigna, 2013). Además esos procesos llevan a la luz otros temas sociales como, en América Latina, los derechos de las poblaciones indígenas (Faundes Peñafiel, 2013b).

Los instrumentos regionales pueden referirse directamente al tema de los derechos humanos, como ocurre en los casos de la Convención Americana de los Derechos Humanos (Huertas Díaz, 2010) y del Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y de las Libertades Fundamentales.

Normalmente, ese tipo de tratados regionales no tiene la finalidad de alcanzar una integración política, sino establecer las normas continentales para la aplicación de los derechos humanos.

## LOS TRIBUNALES Y LA ELABORACIÓN DEL DERECHO REGIONAL

Los acuerdos internacionales que prevén formas de integración regional, en muchos casos, establecen organismos que tienen la tarea de la aplicación de las normas regionales.

Estos organismos pueden tener carácter judicial o arbitral (véase el caso del Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos que prevé una comisión [Costa, 2010], integrada por expertos independientes, y una corte regional).

En particular, en Europa y América Latina desempeñan un papel importante las instituciones judiciales de los sistemas jurídicos regionales:<sup>6</sup> el Tribunal de Justicia de la Unión Europea (sucesivamente Tribunal de Justicia), el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos (Tribunal EDH), la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (Corte IDH), el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (TJCA) y el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur (TPR).

Los tribunales regionales tienen una exclusiva competencia específica sobre la interpretación del derecho transnacional. Es el caso de la Corte IDH que, de acuerdo con el artículo 62.3 de la CADH, “tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de esta Convención”.

Normalmente, los tribunales regionales ejercen competencias judiciales (por ejemplo, véase el artículo 62.3, CADH) o funciones de asesoramiento (véase el artículo 64, párr. 1, CADH).

<sup>6</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva, Núm. OC-1/82 de 24 de septiembre de 1982, “Otros tratados” objeto de la función consultiva de la Corte (artículo 64 Convención Americana sobre Derechos Humanos), párr. 19.



En la realización de sus funciones, los tribunales logran dos resultados importantes: la elaboración de los contenidos de los derechos, y la identificación de un sistema jurídico de referencia.

La integración regional, pese a ser una forma más desarrollada de las relaciones internacionales, representa un verdadero salto de calidad por el efecto en los derechos de los particulares. De hecho, la mayor proximidad de las organizaciones regionales a los problemas concretos de los particulares, así como la presencia de órganos judiciales o arbitrales regionales, causan una influencia más efectiva del derecho transnacional sobre el nacional.

La actividad interpretativa dentro del sistema regional lleva a identificar el significado y el desarrollo de los conceptos relacionados con los derechos establecidos en las fuentes legales supranacionales.

Como ha señalado el TPR del Mercosur, citando al abogado general del Tribunal de Justicia de la Unión Europea, Paolo Mengozzi, la interpretación de los tribunales regionales ha llevado a considerar a las personas y a las empresas como sujetos de los sistemas jurídicos supranacionales.<sup>7</sup>

Así, el *modelo regional* de protección de los derechos humanos está más desarrollado que el *universal*, por el papel que en ellos desempeñan las personas físicas o jurídicas, sea en fase de impulso o en fase de ejecución de los efectos de las sentencias (Marchesi, 2010).

Por ejemplo, en la jurisprudencia de la Corte IDH es posible encontrar las definiciones de los derechos establecidos por la Convención Americana, como el de la libertad de expresión (artículo 13) (Castilla Juárez, 2011), religión (artículo 12), circulación

<sup>7</sup> TPR Mercosur, Opinión Consultiva n. 1/2007, 3 de abril de 2007.

(artículo 22),<sup>8</sup> salud,<sup>9</sup> asociación (artículo 16 ), los derechos políticos (artículo 23 y ss.),<sup>10</sup> los derechos de las mujeres (Franco, 2011), niños (Ortega Soriano, 2011) e inmigrantes (Morales Sánchez, 2011), el derecho de propiedad (artículo 21 de la Convención Americana; véase la sentencia en la causa Yakye Axa contra Paraguay),<sup>11</sup> etcétera.

La elaboración de conceptos jurídicos —especialmente por los jueces regionales— produce un fenómeno interesante, que es algo inesperado desde el punto de vista del derecho internacional.

En lugar de la referencia a un concepto “universal” de derechos, los tribunales regionales sostienen que su actividad se basa propiamente en un ordenamiento jurídico: el Tribunal de Justicia de las Antiguas Comunidades Europeas reconoció la existencia de un ordenamiento jurídico a partir de la jurisprudencia Van Gend en Loos de 1963, en la época inicial de la historia de la integración europea;<sup>12</sup> el Tribunal Europeo de Derechos Humanos se considera a sí mismo como “garante constitucional del orden público europeo”;<sup>13</sup> la CJCA utiliza las expresiones “ordenamiento jurídico andino” o “Derecho andino”; el TPR hace referencia a una “base jurídica de Mercosur”; y la Corte IDH sostiene que los instrumen-

<sup>8</sup> Corte IDH, 31 de agosto de 2004, Ricardo Canese/Paraguay, Serie C, Núm. 111, que hace referencia a la ONU.

<sup>9</sup> Corte IDH, 4 de julio de 2006, Ximenes Lopes/Brasil, Serie C, Núm. 149.

<sup>10</sup> Por ejemplo, vid. Corte IDH, 6 de agosto de 2008, Castañeda Gutman/Estados Unidos Mexicanos, Serie C, Núm. 184.

<sup>11</sup> Corte IDH, 17 de junio de 2005, Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay, Serie C, Núm. 25.

<sup>12</sup> Tribunal de Justicia, 5 de febrero de 1963, 26-62, Van Gend en Loos/Administratie der Belastingen, Rec., 1963, pág. 3.

<sup>13</sup> Tribunal EDH, 23 de marzo de 1995, Loizidou/Turchia, *Riv. int. dir. um.*, 1995, pág. 483.

tos jurídicos que protegen los derechos humanos deben considerarse un sistema legal.<sup>14</sup>

Este tipo de orden jurídico ya no se puede considerar simplemente como el conjunto de relaciones internacionales entre Estados, estipulado sobre el intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los países contratantes.<sup>15</sup>

En cambio, el ordenamiento jurídico regional es autónomo. Según lo que ha afirmado el Tribunal de Justicia Europeo con referencia a las antiguas “Comunidades”: “A diferencia de los Tratados internacionales ordinarios, el Tratado de la CEE ha instituido un ordenamiento jurídico propio integrado en el sistema jurídico de los Estados miembros, desde la entrada en vigor del Tratado y que se impone a sus órganos jurisdiccionales”.<sup>16</sup>

Aunque con cierto retraso, la doctrina legal ha tomado conciencia de la existencia de un sistema jurídico regional. Si en Europa hoy se trata de un hecho indiscutible, en América Latina los investigadores han empezado a aceptar la presencia de un “derecho americano de los derechos humanos” (Cavallo Gonzalo, 2011; véase también Becerra, 2013), basado también en la jurisprudencia de la Corte IDH.

El ordenamiento así creado se podría aplicar directamente a los particulares, en cuanto crea derechos subjetivos.

<sup>14</sup> Corte IDH, 16 de noviembre de 2009, González y otr. (Campo Algodonero)/ Estados Unidos Mexicanos, Serie C, Núm. 205, párr. 62.

<sup>15</sup> Corte IDH, Opinión Consultiva OC- 2/82, 24 de septiembre de 1982, El efecto de las reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 29.

<sup>16</sup> Tribunal de Justicia, 15 de julio de 1964, 6/64, Flaminio Costa/ENEL, Rec. 1964, pág 1195.

## EL MODELO SUPRANACIONAL DE INTEGRACIÓN

Pese a que la protección de los derechos a partir del modelo regional sea más fuerte respecto del nivel internacional, esta presenta límites en cuanto al sistema de ejecución de sentencias y actos de los órganos supranacionales.

En primer lugar, tanto en los sistemas europeos como en los latinoamericanos de protección de los derechos humanos, el procedimiento ante los tribunales supranacionales solo es admisible en el caso de insuficiencia de los recursos internos. En segundo lugar, en algunos casos, los procedimientos que pueden ser decididos por los tribunales se filtran antes por órganos no judiciales, como la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH). En tercer lugar, las sentencias no son de aplicación directa, como sucede en el modelo internacional.

Por otra parte, en el ámbito de las organizaciones regionales como la Organización de los Estados Americanos (OEA), los Estados están sujetos a la decisión de los tribunales supranacionales solo sobre una base voluntaria (Giraudó & Carbonell Bellolio, 2010), en ausencia de una obligación de implementar directamente la jurisprudencia regional (véase el artículo 38, apartado 1, Estatuto de la Corte IDH) (Becerra, 2013).

La verdadera evolución de la integración jurídica regional está representada por las organizaciones supranacionales, como la Unión Europea. Incluso las organizaciones supranacionales nacen por los medios previstos por el derecho internacional, es decir, por tratados estipulados entre los Estados miembros (Haas, 1970). Sin embargo, la supranacionalidad implica la pérdida de la soberanía de los Estados que participan en el proceso respecto de pocas o muchas competencias.

Aparte de las cuestiones terminológicas, los tratados constitutivos de las entidades supranacionales tienen que ser considerados como una constitución, por dos razones al menos, como afirma Arnold (2013): por un lado, dichos tratados establecen un sistema institucional y un orden de valores obligatorios para todo sujeto de derecho; y por otro, ellos sustituyen los ordenamientos jurídicos nacionales con el derecho supranacional, por lo menos en las competencias comunitarias.

El sistema jurídico supranacional es autónomo y prevalente, pero también, en comparación con el modelo regional, es directamente aplicable en consecuencia de la cesión de soberanía.<sup>17</sup>

La cesión de soberanía en la experiencia europea se afirma con claridad desde el caso Van Gend en Loos, que reconoció la existencia de un ordenamiento jurídico comunitario, en beneficio del cual los Estados han limitado su soberanía.

Por lo tanto, la construcción del sistema jurídico supranacional implica el establecimiento de un marco institucional que solo en parte se puede observar en la forma general de la integración regional.

En particular, en la Unión Europea funciona un sistema judicial con la exclusiva responsabilidad de interpretar y poner en práctica, en el último nivel, el derecho supranacional.

Sin embargo, la característica más importante del modelo supranacional es su efecto en los derechos de los particulares.

De hecho, como se afirma en la sentencia Van Gend en Loos, el orden jurídico de la Unión Europea reconoce como “sujetos no [...] solamente los Estados miembros, sino también sus nacionales”. El derecho supranacional también establece derechos y deberes para

<sup>17</sup> Tribunal de Justicia, 9 de marzo de 1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/Simmenthal*, cit., apartado 17.

las personas y otros sujetos y es directamente aplicable a sus relaciones jurídicas. El Tribunal de Justicia opina que estos derechos pueden ser protegidos directamente por los particulares no solo ante los jueces de la Unión Europea, sino también ante los internos.

El reconocimiento de los derechos y de los recursos procesales relacionados ha sido el principal instrumento para establecer y fortalecer la “primacía”<sup>18</sup> comunitaria, que de otro modo habría tenido que ser afirmada solo mediante sanciones directas a los Estados, que no siempre son eficaces (Colcelli, 2013).

Por tanto, los individuos asumen el papel de “guardianes principales” de la aplicación sistemática del derecho de la Unión Europea (Weiler, 2003: 47).

En relación con el modelo general de integración regional, el enfoque comunitario no tiene en cuenta a las personas solo como beneficiarias de los derechos, sino también como titulares del derecho a ejercer tales situaciones jurídicas a partir de un sistema de acciones procesales otorgadas, sea a escala nacional, sea a escala supranacional. Esto ocurre sin la mediación de los Estados, que también se convierten en contrapartes de los juicios para proteger esos derechos.

En virtud de la integración jurídica comunitaria, los derechos se ejercen normalmente dentro de todas las relaciones, incluso las “horizontales”, es decir, las relaciones entre los sujetos jurídicos respecto de todo tipo de asuntos, públicos o privados.

El enfoque subjetivo del derecho comunitario produce un desarrollo cualitativo y cuantitativo de los derechos.

La integración jurídica de la Unión Europea tuvo inicialmente el objetivo de crear un “mercado interior”, que es un espacio sin

<sup>18</sup> Ruffert (1997) afirma que: “Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law”.

fronteras interiores en el que esté garantizada la libre circulación de personas, bienes, servicios y capitales (véase el artículo 3 del Tratado de la Unión Europea y el artículo 26 del Tratado de Funcionamiento de la Unión Europea).

Con el fin de alcanzar el objetivo de la construcción del mercado comunitario, los tratados han proporcionado las “libertades”, consideradas inmediatamente por el Tribunal de Justicia como derechos accionables por los sujetos jurídicos.

Posteriormente, estas libertades fueron atribuidas a todas las personas que, a causa de la expansión de las competencias de la Unión, a través del Acta Única Europea (firmado en 1986), por el Tratado de Maastricht (firmado en 1992) y los tratados posteriores, y sobre todo debido a la introducción de la “ciudadanía de la Unión Europea” (véase los artículos 9 y 20 del TFUE y la Carta de los Derechos Fundamentales) (Molina del Pozo, 2013).

Por tanto, la evolución del derecho de la Unión Europea convirtió las libertades económicas en “derechos políticos” con el apoyo fundamental del Tribunal de Luxemburgo (Poiars Maduro, 1998: 166).

Las libertades de circulación y establecimiento de los particulares incluyen implícitamente la capacidad legal para ser parte de cualquier tipo de relaciones jurídicas: comprar o alquilar una casa, concluir cualquier otro tipo de contrato, casarse, reconocer a un niño, aceptar una herencia, etcétera.

El derecho de la Unión Europea considera no solo los intereses patrimoniales, sino que incluye también los derechos humanos. Este tema está reglado con referencia al Convenio Europeo de los Derechos Humanos y, en cuanto a instrumento de derecho comunitario, la Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea.

DERECHOS DE LAS PERSONAS EN LOS PROCESOS  
DE INTEGRACIÓN INTERNACIONAL: ALGUNAS  
OBSERVACIONES CONCLUSIVAS

En las últimas décadas, la cooperación jurídica entre países se puede observar desde la perspectiva de los derechos de los particulares.

El derecho internacional tradicional no considera tal perspectiva, ya que solo regula las relaciones entre los Estados.

Esta situación se modificó en la segunda mitad del siglo anterior, cuando los derechos de las personas fueron afirmados y protegidos no solo por las constituciones nacionales, sino también por los tratados y organizaciones internacionales de derechos humanos (Pastor Ridruejo, 2013).

Aunque el *corpus iuris* de los derechos humanos funciona como cualquier normativa internacional, hay algunos instrumentos especiales que se utilizan para establecer esos derechos: varias constituciones establecen que las normas internacionales en materia de derechos humanos se aplican directamente en el ordenamiento jurídico interno; la universalidad de esos derechos es la base sobre la cual los jueces nacionales deben interpretar las normas nacionales con el fin de cumplir con el *corpus* internacional, y en muy pocos casos se establecen cortes internacionales con el fin de controlar el cumplimiento por los Estados de los *corpus* internacionales de derechos humanos.

La integración regional constituye un modelo de cooperación internacional que se caracteriza por una conexión estricta dentro de una región del mundo y por la necesidad de solucionar los problemas legales vinculados al movimiento de las personas y de las mercancías.

En esta situación, las relaciones intergubernamentales se hacen más fuertes. Incluso en los casos en que no se establecen instituciones



supranacionales, el modelo regional a menudo prevé jueces regionales que aplican las normas dadas por las organizaciones regionales.

A los jueces regionales pueden recurrir los Estados y, en algunos casos, también los particulares. Además, habitualmente las sentencias de los tribunales regionales no son de aplicación directa, porque necesitan de la cooperación de los Estados miembros.

Sin embargo, los jueces regionales contribuyen a construir el sistema regional, en particular identificando el contenido de derechos que derivan directamente del ordenamiento jurídico regional.

La supranacionalidad de las organizaciones regionales como la Unión Europea cambia el paradigma del derecho internacional: se establecen instituciones que ejercen poderes que ya no están atribuidos a los Estados miembros.

Así, se permite la protección de los derechos de las personas previstos por el ordenamiento jurídico regional. Los actos de las instituciones supranacionales son directamente aplicables a los sujetos de derecho y ejecutables (véase el artículo 280 del TFUE en relación con las sentencias del Tribunal de Justicia y también el artículo 299 del propio TFUE por los actos de Consejo, la Comisión o el Banco Central Europeo).

Los derechos, y también las obligaciones derivadas de los sistemas jurídicos regionales, afectan a todos los tipos de relaciones y constituyen un complejo conjunto de situaciones jurídicas que pueden ser consideradas un verdadero estatus individual supranacional, como ocurre en el caso de la “ciudadanía de la Unión Europea”.

Otro resultado interesante es que una verdadera integración jurídica solo es posible en el caso de la “privatización” del derecho supranacional, es decir, únicamente cuando las situaciones jurídicas del ordenamiento jurídico supranacional afectan directamente a las relaciones entre los particulares.

Por lo tanto, el derecho supranacional penetrará profundamente en el derecho interno, teniendo un efecto en la vida de las personas y en la regulación cotidiana de sus relaciones jurídicas.

Como los argumentos precedentes sugieren, en la actualidad los derechos de los particulares no son un mero efecto indirecto de las normas internacionales. Ellos se convierten en la justificación y en la finalidad de las formas modernas de colaboración entre los Estados. Los derechos son el centro de todos los procesos internacionales de la época presente, como la globalización, la regionalización, la fragmentación de los Estados, las demandas de autonomía de las comunidades locales, etcétera (Treggiari, 2013).

Además, el grado de protección de los derechos de las personas representa la medida de la integración entre los Estados: en efecto, no se puede pensar en un proceso de integración transnacional sin un proceso paralelo de creación y protección de los derechos.

Sin embargo, la investigación muestra que los derechos identificados a nivel transnacional pueden tener un efecto sobre los derechos de las personas, aunque el grado de supranacionalidad no se haya todavía alcanzado.

De hecho, varios mecanismos legales permiten la penetración de los derechos supranacionales en el derecho interno, al igual que las disposiciones constitucionales o las obligaciones (positivas y negativas) del Estado para cumplir con los instrumentos internacionales.

Una vez más, el principal instrumento para hacer cumplir la ley regional sobre derechos humanos es concedido por los tribunales constitucionales y los demás jueces nacionales que, mediante su actividad interpretativa, hacen coherente la legislación interna con el contexto legal transnacional.

También el poder legislativo tiene la obligación, de facto, de cumplir con el derecho regional o, al menos, buscar la manera para que la

legislación nacional cumpla con él, a fin de evitar la condena de los tribunales regionales. La aplicación de este enfoque interpretativo ha llevado a un impresionante impacto en la elaboración de los derechos de los particulares y a la ampliación de los límites de la noción de derechos humanos a cuestiones como, por ejemplo, las tributarias.

En el marco constitucional de varios niveles en los que los jueces y otros intérpretes actúan, la referencia jurídica principal tiene que ser el “bloque de constitucionalidad” (Arnold, 2013), es decir, el conjunto de disposiciones que protegen los derechos humanos.

De hecho, desde el punto de vista de los derechos de los particulares, la interpretación jurídica debería basarse en una nueva dogmática (Pampillo Baliño, 2008: 104 y ss.) que tenga en cuenta el fenómeno de la integración transnacional.

Esta integración, que puede asumir formas distintas (internacional, en materia de derechos humanos, regional, supranacional), está sustituyendo progresivamente el paradigma legalista, jerarquizado y territorial del Estado nacional soberano (Pampillo Baliño, 2011).

## BIBLIOGRAFÍA

- Abbott, K. W. & Snidal, D. (1998). Why states act through formal international organizations. *The Journal of Conflict Resolution*, 42(1), 3-32.
- Abramovich, V. (agosto de 2013). Direitos humanos no marco do processo de integração regional no Mercosul = Derecho humanos en el marco del proceso de integración regional en el Mercosur. *RSTPR: Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión / Mercosur. Tribunal Permanente de Revisión*, 1(2), 351-361.

- Arnold, R. (2013). La protección de los derechos fundamentales (en Europa). En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 555-565). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Becerra, M. (2013). El control en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos. Hacia una restructuración del sistema. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Derechos individuales e integración regional* (pp. 275-292). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Cavallo Gonzalo, A. (enero-junio de 2011). Surgimiento de un derecho americano de los derechos humanos. Cuestiones constitucionales. *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 24, 3-89.
- Cardone, A. (2011). Diritti fondamentali (tutela multilivello dei). *Enciclopedia del diritto*. Annali IV
- Casal, J. M. (2005). Los derechos humanos en los procesos de integración. *Estudios Constitucionales*, 3(2), 249-275.
- Castilla Juárez, K. A. (2011). *Libertad de expresión y derecho de acceso a la información en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Conforti, B. (2010). *Diritto internazionale*. Napoli: ESI.
- Costa, J. C. (2010). Comisión Interamericana de Derechos Humanos. *Diccionario histórico judicial de México: Ideas e Instituciones* (t. I, pp. 185 y ss.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Colcelli, V. (2013). Situaciones legales subjetivas otorgadas por la Unión Europea. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 6617-624). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Danner, A. (2006). When courts make law: How the international criminal tribunals recast the laws of war. *Vanderbilt Law Review* (59), 1-65.

- Espinosa de los Monteros Sánchez, J. E. (2010). Constitucionalismo global. *Diccionario histórico judicial de México: Ideas e instituciones* (t. I, pp. 236-240). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Faundes Peñafiel, J. J. (2013a). *Corpus juris* internacional de derechos humanos. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 93-96). Roma-Perugia-México: ISEG.
- . (2013b). Pueblos indígenas como titulares de derechos humanos. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 571-580). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Ferrajoli, L. (2001). Más allá de la soberanía y la ciudadanía: Un constitucionalismo global. En M. Carbonell & R. Vázquez (Eds.), *Estado constitucional y globalización* (pp. 313-318). México: UNAM, Porrúa.
- Franco, R. (2011). *Los derechos humanos de las mujeres en la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de los Derechos Humanos.
- Giraud, L. & Carbonell Bellolio, F. (2010). Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Diccionario histórico judicial de México: Ideas e instituciones* (t. I, pp. 275 y ss.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Giupponi, O. (2006). *Derechos humanos e integración en América Latina*. Valencia: Tirant lo Blanch.
- Goldstein, J., Kahler, M., Keohane, R. O. & Slaughter, A. M. (2000). *Legalization and world politics*. *International Organization*, 54(3), 385-399.
- Goldsmith, J. L. & Posner, E. A. (2005). *The limits of international law*. Nueva York: Oxford University Press.

- Guzman, A. T. (2008). *How international law works. A rational choice theory*. Nueva York: Oxford University Press.
- Haas, E. (1970). The study of regional integration: Reflections on the joy and anguish of pre-theorizing. *International Organization* (24), 610 y ss.
- Häberle, P. (2002). Dallo Stato nazionale all'Unione Europea: Evoluzioni dello Stato costituzionale. *Diritto Pubblico Comparato Europeo*, II, 455 y ss.
- Henkin, L. (1979). *How nations behave*. Nueva York: Columbia University Press.
- Huertas Díaz, O. (2010). Convención Americana sobre Derechos Humanos. *Diccionario histórico judicial de México: Ideas e instituciones* (t. I, pp. 264 y ss.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Marchesi, A. (2010). Derechos humanos (protección internacional). *Diccionario histórico judicial de México: Ideas e instituciones* (t. I, pp. 408 y ss.). México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.
- Martínez Bullé Goyri, V. M. (2013). Estándares internacionales de derechos humanos. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 244-547). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Mensa González, A. (2013). Los derechos humanos en el Mercosur. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 209-513). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Morales Sánchez, J. (2011). *Derechos de los migrantes en el Sistema Interamericano de Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Molina del Pozo, C. F. (2013). La ciudadanía europea como elemento esencial y experiencia para el desarrollo de los proce-

- sos de integración: Ampliación de su regulación en el marco de la Unión Europea. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Derechos individuales e integración regional* (pp. 167-182). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Nunin, R. (1991). Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano. *Rivista Internazionale Diritti dell'Uomo* (3), pp. 719 y ss.
- O'Donnell, D. (2007). *Derecho internacional de los derechos humanos. Normativa, jurisprudencia y doctrina de los sistemas universal e interamericano*. México: Oficina en México del Alto Comisionado de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos, Escuela de Graduados en Administración Pública y Política Pública-Tecnológico de Monterrey.
- Ortega S., R. A. (2011). *Los derechos de las niñas y los niños en el derecho internacional, con especial atención al Sistema Interamericano de Protección de los Derechos Humanos*. México: Comisión Nacional de Derechos Humanos.
- Pacheco Z., L. (2013). Trabajo. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 682-685). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Pampillo B., J. P. (2008). *Historia general del derecho*. México: Oxford University Press.
- . (2011). The Legal Integration of the American Continent : an Invitation to Legal Science to Build a New IUS Commune. *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 17, 517-553.
- Palermo B., T. & Buralli V., M. F. (2013). Integración universitaria en el Mercosur. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 344-348). Roma-Perugia-México: ISEG.

- Pastor Ridruejo, J. A. (2013). *Curso de derecho internacional público y organizaciones internacionales* (Decimoséptima edición). Madrid: Tecnos.
- Pernice, I. (1999). Multilevel constitutionalism and the treaty of Amsterdam: European Constitution making revisited. *Common Market Law Review*, 36, 703-750.
- Pizzolo, C. (2010). *Derecho e integración regional*. Buenos Aires: Ediar.
- Poiars Maduro, M. (1998). *We the Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution*. Portland: Hart and Publishing.
- Rousseau, C. (1966). *Derecho internacional público*. Barcelona: Ariel.
- Rueda, A. D. (s. f.). El fortalecimiento del sistema regional de protección de los derechos humanos en Latino América. Recuperado de [www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios\\_045.pdf](http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf)
- Ruffert, M. (1997). Rights and remedies en European community law: A comparative view. *Common Market Law Review*, 34, Issue 2, pp. 307-336.
- Sanz Caballero, S. (2013). Las obligaciones positivas del Estado en derecho internacional público y derecho europeo. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 464-474). Roma-Perugia-México: ISEG.
- Scott, R. E. & Stephan, P. B. (2006). *The limits of Leviathan. Contract theory and the Enforcement of International Law*. Nueva York: Cambridge University Press.
- Sepúlveda Iguíniz, R. (2013). Principio propersona. En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico*



*co de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 521-524). Roma-Perugia-México: ISEG.

Spielman, D. (1995). *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*. Luxembourg: Bruylant.

Treggiari, F. (2013). Integración jurídica y derecho común (historia y comparación). En M. I. Álvarez Ledesma & R. Cippitani (Coords.), *Diccionario analítico de derechos humanos e integración jurídica* (pp. 297-302). Roma-Perugia-México: ISEG.

Weiler, J. H. H. (2003). *La costituzione dell'Europa*. Bologna: Il Mulino.



## EL ALCANCE DE LOS DERECHOS HUMANOS EN EL ESTADO TRANSNACIONAL

Noé López Zúñiga\*

### INTRODUCCIÓN

La efectividad de los derechos humanos en tiempo de crisis, guerras y desajuste social representa el mayor de los desafíos que actualmente enfrentan los Estados democráticos en el mundo, sobre todo ante el poco desarrollo de políticas públicas encaminadas a minorar el sufrimiento de las personas, como consecuencia del desequilibrio económico o la injusta distribución de la riqueza, generada a partir de la globalización y los errores del modelo económico neoliberal; esto a pesar de que, en gran medida, los derechos humanos han pasado a ser derechos fundamentales, debido a su constitucionalización y reconocimiento pleno.

De ahí la importancia de discutir que aun cuando ciertos derechos humanos han pasado a formar parte del derecho positivo, esto no implica, como lo denuncia Ferrajoli (2011: 9), “la democracia”, pero en cambio, sí implica necesariamente el derecho. Este dere-

\* Profesor-investigador de tiempo completo de la Facultad de Derecho de la UABC, Campus Tijuana.

cho, que cita Ferrajoli, ha tenido un profundo análisis en los últimos tiempos, y está integrado por los derechos fundamentales y por el derecho internacional de los derechos humanos y sus leyes o procedimientos de garantías. Un caso paradigmático es sin duda el del Estado mexicano, que ha positivizado en su Constitución el derecho internacional de los derechos humanos, sobre todo ante los retos y las exigencias que le impone la propia globalización y su recurrente crisis política, económica y social de los últimos 15 años.

Así, tenemos que la positivización de los derechos humanos es hoy un proceso constante en el derecho interno mexicano y en el que problemas como la corrupción institucionalizada, la migración irregular y sobre todo los refugiados, la desigualdad, el hambre y la extrema pobreza son temas que hay que atender de manera integral, a la luz del derecho internacional de los derechos humanos, pero sin que haya la aplicación de términos excluyentes, sino incluyentes, como la igualdad y la dignidad, que por cierto en las constituciones de muchos países latinoamericanos se encuentran como valores o principios rectores de los demás derechos fundamentales.

Este trabajo propone hacer una reflexión seria y congruente con lo que hay en la teoría y lo que la realidad nos exhibe, en relación con la aplicación de los derechos humanos, empezando con entender la evolución que ha sufrido el concepto de Estado-nación y su propio derecho, en la búsqueda de soluciones a los problemas antes enunciados.

## EL ESTADO CONTEMPORÁNEO

Cuando reflexionamos en torno al Estado contemporáneo, pensamos inevitablemente en la globalización y sus consecuencias tanto positivas como negativas, pero, sobre todo, en sus transformaciones,

que sin duda alguna han dado lugar a desencuentros y a nuevas formas de enfrentar la propia vida en todos sus planos.

Ciertamente, como lo contempló el Plan de Desarrollo Institucional de la UABC 2011-2015:

Todos los días la realidad nos hace darnos cuenta de que el mundo no es el mismo que creímos conocer, que los viejos y nuevos problemas requieren de nuevas y creativas soluciones, y que el bienestar individual está inextricablemente unido al bienestar de la comunidad, por tanto es ahora la cooperación y la solidaridad entre individuos que conforman comunidades las vías para trascender como sociedad (p. 13).

Sobre este análisis, merece la pena establecer que el Estado-nación no se puede mantener ajeno a estos cambios y, por lo mismo, requiere un nuevo enfoque y una nueva interpretación constitucional.

Esta nueva realidad, como se advierte en los buenos y profundos estudios, ha sostenido que la posmodernidad se ha caracterizado por las modificaciones en los elementos clásicos del Estado, como el poder, el territorio y la población; además de la legitimidad y otras manifestaciones (Lora, 2011:1). En este particular sentido, es evidente que el derecho tiene un papel fundamental e imprescindible como instrumento constructivista de nuevas realidades y para la solución del propio problema de cambio existente en el mundo. El derecho ha sido adaptado para lograr equilibrios más contundentes y eficientes hacia el bienestar universal, por eso hoy tiene la tarea de ampliar su alcance y sus técnicas de eficacia y eficiencia, como lo es la tutela de los derechos humanos a partir de mecanismos o sistemas apropiados a la época contemporánea.

Así, en algunos países, como México y otros considerados de economía emergente, han constitucionalizado los principios que se han registrado a través de la doctrina y la jurisprudencia internacional de los derechos humanos. En las economías emergentes, la constitucionalización de los derechos humanos es un proceso constante de la propia globalización. Cada día el derecho internacional de los derechos humanos se vuelve parte del derecho interno; primero por el reconocimiento del derecho internacional de los derechos humanos en las constituciones posmodernas y, después, por la incorporación de principios como el control de convencionalidad *ex officio*, y el *propersona*, el cual ahora debe ser entendido como el principio rector de la interpretación y aplicación de las normas jurídicas, en aquellas que más favorezcan y brinden mayor protección a las personas. Todo esto ha traído como consecuencia que el constitucionalismo actual haya introducido en el derecho una serie de cambios profundos y complejos que es necesario analizar desde la perspectiva *iusfilosófica* (Meier, 2012: 27).

Como parte de esta perspectiva *iusfilosófica* del derecho, la globalización y la simple efectividad de los derechos humanos representan uno de los pasos más destacables en la consolidación de la democracia contemporánea, lo que implica a su vez reconstruir el propio derecho internacional con base en un nuevo paradigma “ya no tan estatocéntrico”, sino más bien “antropocéntrico”, situando al ser humano en posición central y teniendo presente los problemas que afectan a la humanidad como un todo.<sup>1</sup>

<sup>1</sup> Pronunciamiento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el caso Barrios Altos vs. Perú. Fondo, sentencia de 14 de marzo de 2001, Serie C. Núm. 75. Voto concurrente del juez A. A. Cançado Trindade, párr. 16.

Los problemas que afectan a la humanidad en su conjunto son variados y vastos, pero tal vez, los de mayor drama han sido el de la migración y la pobreza, así como el de la poca e ineficiente gobernanza y su consecuente corrupción en los Estados de economías emergentes. En efecto, si analizamos los cambios producidos en y por la posmodernidad, vemos que se ha afectado el elemento territorial, ya que a raíz de la telemática o telecomunicaciones, las fronteras parecen diluirse o desdibujarse. Por otra parte, la población sufre una serie de mutaciones que la vuelven en mayor o menor medida incontrolable para el aparato estatal; hay, además, una fluidez de la circulación humana desde y hacia las fronteras por nuevos componentes poblacionales. Así, quizá lo más importante se traduce en el Estado posmoderno una fractura o cisma social a partir de la cual queda excluida una porción importante de personas, es decir, de la población (Ortiz, 2014:229-231), a los que llamamos “excluidos”. Es así como en plena posmodernidad, se pone a prueba la efectiva aplicación de los derechos humanos para los más desprotegidos, para los más débiles, para todos aquellos vulnerables abandonados por las políticas públicas, como los migrantes internacionales y los desplazados por la extrema pobreza, debatiéndose el alcance de su protección en el Estado-nación tradicional, que defiende anacrónicamente su soberanía y la supuesta eficacia de su gobernanza.

Por otro lado, desde el derecho constitucional se sigue desafiando la doctrina de la democracia constitucional, en el sentido de que la rigidez de la Constitución y el control de legitimidad constitucional de las leyes, en algunos países se ha desviado y en otros consolidado, mediante un activismo jurisprudencial de sede externa, sin precedentes. Pero esto último, y muy lamentablemente, no sucede en toda la humanidad, pues solo una parte del mundo goza

de la fortuna de vivir en sociedades organizadas, con democracias constitucionales sólidas. El resto vivimos en simples Estados pos-modernos que se dicen “democráticos” y “constitucionales” pero que siguen aún sin ponerse de acuerdo sobre la resolución de los problemas domésticos, simples, en donde la corrupción y la ineficacia son antivalores que se profieren y después se practican desde el poder. Así, en algunos países la idolatría por el dinero, la mafia y la corrupción son ya una actitud para llegar al poder.

#### LA GLOBALIZACIÓN Y LA TRANSFORMACIÓN DEL DERECHO

La globalización es un fenómeno complejo que no se puede estudiar de forma aislada; como bien lo señala Carbonell (2005:163), abarca muchas áreas del quehacer social. No se trata, sin embargo, de un fenómeno lejano y oscuro con el que solamente se tenga que lidiar en los pasillos de las instituciones internacionales. Por el contrario, la globalización abarca cuestiones referentes a nuestro entorno más inmediato: las fuentes por las que nos informamos, los transportes que utilizamos para desplazarnos a nuestro trabajo o nuestro destino vacacional, los materiales con los que están contruidos nuestros enseres domésticos, y así por el estilo. La globalización supone, dice este autor, una enorme interdependencia entre los países.

A pesar de estar todos inmersos en este fenómeno, personas, instituciones y países, no se logra comprender felizmente su alcance. Empezando con su terminología. En la vasta literatura sobre globalización, lo único coincidente es que no hay una definición de esta, pues constituye un término que sigue aun en procesamiento y en el que nada es definitorio ni definitivo. Más aun



cuando se parte del hecho de que la globalidad es un fenómeno heterogéneo, multidimensional, consecuencia de la capacidad de ciertos acontecimientos de suceder en el tiempo real con repercusiones mundiales (Cadena, 2010: 44).

Todos estamos viviendo este proceso aun no culminado. Por ello, si queremos analizar la globalización y el derecho, es necesario explicar primero a qué nos referimos con *lo global*.

Sobre este punto Gómez Granillo (1994) señala que por lo menos desde la economía, lo global se refiere al estudio de la economía en su conjunto; es decir, ver una realidad económica completa, que abarque a todo el globo, sin considerar o atender a las diversas partes o detalles que lo integran. Estos detalles que lo integran son ahora considerados elementos surgidos e incorporados de una manera sucesiva en la economía que nos gobierna, empezando con la regionalización, la internacionalización, la integración, la interdependencia, el intercambio, el multilateralismo y la desregulación.

Entonces, cuando abordamos el tema de la globalización, no se puede dejar de lado el capitalismo, como lo sostiene William Robinson (2013) para quien la periodización del capitalismo mundial y su expansión representan la propia definición de la globalización. Para este autor, son las propias épocas del capitalismo, como parte del cambio sistémico, las que definen a la globalización misma, considerando que el capitalismo fue la primera forma de sociedad capaz de incorporar a las demás en una sola formación social, dando origen así a lo que llamamos “sistema mundo moderno”.

Una de las manifestaciones más claras de la globalización, es el surgimiento del Estado transnacional, pues desde la teoría constitucional el Estado-nación se desdibuja o por lo menos se considera insuficiente para albergar de forma armoniosa los

elementos que lo componen, principalmente, como se ha señalado ya, el relacionado con la soberanía, la gobernanza y el bienestar social. Por lo menos en los países no desarrollados, los temas del bienestar social, la seguridad pública y el desarrollo humano son casi letra muerta, a pesar de estar constitucionalizados, por ello se advierte que la finalidad del Estado, como organización política y social, no se ha cumplido del todo: el Estado nación, como organización propia y determinada, ha sido incapaz de resolver fenómenos como la pobreza, la desigualdad, la delincuencia organizada y la violación sistemática a los derechos humanos de los ciudadanos.

En México, esto se ha evidenciado recientemente con la desaparición forzada de 43 estudiantes normalistas en Iguala, Guerrero, al parecer a manos de la delincuencia organizada en contubernio con las autoridades policiacas, sin que hasta el momento haya una respuesta objetiva por parte de las autoridades gubernamentales del más alto nivel. Pero también, con temas de corrupción (conflicto de interés) como el caso de la llamada “casa blanca”, y en temas de seguridad nacional como la fuga (en dos ocasiones) del narcotraficante *el Chapo* Guzmán.

Así, con estos lamentables hechos, el mundo da cuenta de que en México la criminalidad y la corrupción son fenómenos que han penetrado en las diferentes capas sociales, e incluso en las propias instituciones gubernamentales y, sin duda, representa la ineficacia del Estado por garantizar el bienestar, la seguridad y la paz.

De esta manera, el capitalismo inspirado en el modelo económico neoliberal, por lo menos en México, no ha dado respuesta a los graves problemas relacionados con la corrupción, la desigualdad y la criminalidad, que encontramos representada en su máxima expresión a través de la delincuencia organizada trans-

nacional, misma que ha alcanzado un desarrollo de magnitudes insospechadas, con las consecuentes repercusiones en el ámbito social, cultural, económico, jurídico y político.

Todo esto ha llevado a la aceptación de la transformación del Estado, y la anuencia respecto de un cambio de paradigma en el derecho constitucional. En efecto, en un primer plano, tenemos que la realidad nos presenta el surgimiento de un Estado transnacional que pretende remediar, o por lo menos subsidiar, los errores del Estado nacional tradicional, que no resuelve de fondo problemas como los antes vertidos.

William Robinson (2013: 119) predice que en los próximos años la nación, tal y como la conocemos hoy, será obsoleta, y los Estados reconocerán una sola autoridad global; es decir, habrá un ciudadano del mundo, y esto se dará precisamente a partir de las grandes crisis sociales y la desestabilización social a consecuencia de problemas macroeconómicos, principalmente en los países más corruptos y menos desarrollados, como México.

Sin duda, con los acontecimientos mencionados antes, la gobernanza en México se desmorona, sobre todo por la corrupción institucional, pero también por la falta de un verdadero Estado de derecho y, sobre todo, de una moral pública que garantice a los ciudadanos una vida tranquila y en paz. Sin embargo, los mexicanos, a partir de las grandes reformas constitucionales en materia de amparo y de derechos humanos de 2011, tenemos la esperanza de que la gobernanza global, que parte del desarrollo del Estado transnacional, actúe en consecuencia. En efecto, hay una esperanza de la ciudadanía de que los organismos internacionales y supranacionales existentes, hagan lo propio para restablecer el orden en aquellos lugares donde no lo hay, exigiendo respuestas a los lamentables acontecimientos que se

dan constantemente, tales como las desapariciones forzadas y las muertes a consecuencia de la alta criminalidad y corrupción institucionalizada.

Sin duda, la Corte y la Comisión Interamericana de los Derechos Humanos, cada una desde sus competencias y como organismos internacionales, han realizado un papel importante para el advenimiento del Estado transnacional, pues han hecho señalamientos y condenas a diferentes países, y en particular a México, cuando se violentan los derechos humanos.

En este sentido, es oportuno decir, como lo sostiene Camarillo (2014: 75-76), que los organismos transnacionales se sitúan en el nivel superior de los sistemas de integración, de tal suerte que culminan los procesos judiciales comunitarios o de integración. Así, tenemos el Tribunal de Justicia de la Unión Europea como ejemplo vivo de integración, y, en consecuencia, de una “comunidad” que accede a un tribunal propiamente supranacional. En cambio, sostiene esta autora, los organismos internacionales, como por ejemplo la Corte Interamericana de los Derechos Humanos, son subsidiarios y complementarios de los organismos internos de protección de los derechos humanos. Sin embargo, no obstante esta distinción, estos organismos internacionales tienden, en primer término, a señalar las ineffectancias e ineficiencias de la gobernanza doméstica o interna y, por otro lado, y tal vez de forma indirecta, al fortalecimiento de los Estados transnacionales, pues problemas relacionados con la desaparición forzada, la violación a los derechos de los migrantes, la extrema pobreza, la corrupción y la falta de políticas públicas de desarrollo humano, no deben analizarse solo desde una perspectiva nacional, sino también global, pues en algunos casos los Estados cometen, ya sea por acción o por

omisión, delitos equiparables de lesa humanidad, por lo cual la humanidad en su conjunto se siente ofendida.

### EL SURGIMIENTO DEL ESTADO TRANSNACIONAL

El Estado transnacional se da cuando hay una constelación particular de fuerzas y relaciones de clase ligadas a la globalización capitalista y al ascenso de una clase capitalista transnacional, materializada en un conjunto diverso de instituciones políticas. Estas instituciones son los Estados nacionales transformados, más diversas instituciones supranacionales que sirven para institucionalizar la dominación de esta clase como la fracción hegemónica del capital en el mundo.<sup>2</sup>

Propiamente, el Estado transnacional va más allá del centralismo exacerbado que presenta el modelo Estado-nación. El Estado transnacional pone en debate temas del ámbito jurídico-constitucional, que gracias al permeo y efecto de la globalización son estudiados desde una perspectiva multidisciplinaria. Este impacto, mayormente debatido en los últimos tiempos, ha sido la aparición del Estado transnacional en las regiones con problemas de gobernanza interna, con miras a imponer una gobernanza internacional o global. Por tanto, se cuestiona la ineficacia de los gobiernos nacionales y locales, así como se denuncia la ineficacia de las constituciones o documentos fundamentales (algunos países han acudido a la promulgación de nuevas constituciones, y en otros se ha acudido a la constante y sistemática técnica de la reforma

<sup>2</sup> Definición de Estado transnacional dada por Robinson (2013: 135).

constitucional, como es el caso de México). Esto último ha conllevado un cambio del derecho constitucional, es decir, un nuevo paradigma constitucional –que desde nuestro particular punto de vista, aun está en construcción.

El ejemplo más reciente de lo anterior es México, y su reforma constitucional en materia de derecho penal en 2008, la reforma en materia de derechos humanos y de amparo en 2011, y las subsecuentes reformas en materia energética, política, educativa, de telecomunicaciones, hacendaria y financiera, a partir de las cuales se pretende construir una nueva realidad. Sin embargo, en particular medida, la reforma constitucional en materia de derechos humanos y cuya interpretación constitucional a través de diversas jurisprudencias sostiene argumentos válidos que hacen suponer que los derechos humanos se han ampliado o por lo menos han formado un bloque de constitucionalidad que vendrá a fortalecer los derechos fundamentales de las personas. La interpretación jurisprudencial quedó construida como sigue: *a)* los 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 aquellos, se debe estar a lo que establece el texto constitucional;<sup>3</sup> y *b)* la jurisprudencia emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos, es vinculante para los jueces mexicanos siempre que sea más favorable a la persona.<sup>4</sup>

<sup>3</sup> Tesis jurisprudencial, bajo número de registro 2006224, Pleno de la SCJN, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, pág. 202.

<sup>4</sup> Tesis jurisprudencial, bajo número de registro 2006225, Pleno de la SCJN, *Gaceta del Seminario Judicial de la Federación*, Libro 5, abril de 2014, t. I, pág. 202.

Con esta interpretación, se nos deja claro que por lo menos en materia de derechos humanos, y estrictamente desde el ejercicio del principio *propersona*, hay otros organismos internacionales que influyen en un orden jurídico nacional, y en su funcionalidad, pues ahora la jurisprudencia de la Corte, en la que incluso México no sea parte en la contienda, tiene fuerza vinculante, lo que se traduce en una injerencia en la manera doméstica de gobernar con factores o elementos externos y bajo las experiencias de otras latitudes, de otras culturas, de otras formas de gobernar. Esas características son las de un Estado que se transforma.

Efectivamente, según Serna (2012: 61-66), las teorías de los nuevos paradigmas establecidos por la globalización se sostienen en dos tesis principalmente: *a)* tesis de la disolución del Estado; y *b)* tesis de la transformación del Estado. Para este autor, el Estado nación no está desapareciendo, no se está disolviendo su poder de regulación y organización de las conductas sociales en razón de los fenómenos identificados de la globalización, sino que al parecer, en la mayoría de los casos los Estados están entrelazados con nuevos sitios de responsabilidad, estos siguen siendo actores poderosos, y han contribuido a la creación de una diversidad de agencias, organizaciones y regímenes internacionales con los que hoy comparten arena global. Hay además entidades no estatales y organismos transnacionales que también participan intensamente en la política global. Todo esto implica, para este autor, la re-conceptualización del Estado nación y una serie de conceptos asociados, tales como poder, autoridad, soberanía, legitimidad, así como la distinción entre lo público y lo privado y entre lo interno y lo externo.

Desde la tesis de la transformación del Estado, tenemos que en la actualidad el Estado-nación se dota de instrumentos cooperativos de gestión, navegación y negociación en la globalización,

pero como consecuencia está la pérdida de soberanía y el paso irreversible al poder compartido; es decir, se pierde poder para mantener influencia (Castells, 2000: 12), como es el caso de México, cuya reforma en materia de derechos humanos y de amparo, así como su jurisprudencia, vienen a robustecer esta teoría, en el sentido de que se otorga parte de la soberanía, poder y autoridad a otros organismos con los que se está asociado, para mejorar las condiciones de vida de los ciudadanos o bien para mejorar la administración e impartición de justicia.

Es entonces, por lo menos para América Latina, que se da la constitucionalización del derecho internacional de los derechos humanos, una clara evidencia del cooperativismo y la solidaridad internacional, que está promoviendo la transformación del Estado por tanto este proceso de reconstrucción o reingeniería jurídica implica una visión más amplia para adecuar los documentos fundamentales a una realidad globalizada.

Al respecto, Flávia Piovesan sustenta que

las constituciones latinoamericanas establecen cláusulas constitucionales abiertas, que permiten la integración entre el orden constitucional y el orden internacional, especialmente en el campo de los derechos humanos. El proceso de constitucionalización del Derecho internacional conjuga un proceso de internacionalización del derecho constitucional (2014: 97).

Esta postura ha tenido tanto éxito y tradición que hay actualmente un sistema interamericano de protección de los derechos humanos, sustentado principalmente en la doctrina que auspicia la protección internacional de los derechos humanos, a partir de las cláusulas de interpretación conforme el principio de convencio-



nalidad, y otros principios de naturaleza internacional desarrollados mediante doctrina y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, la cual se ha ido incorporando al derecho interno, en específico, al derecho constitucional de los Estados miembros de la Organización de los Estados Americanos (OEA). Para Flávia Piovesan este impacto, en el caso latinoamericano, se ha dado por el proceso de democratización desencadenado desde la década de 1980, lo que propició la incorporación de importantes instrumentos internacionales de protección de los derechos para los Estados latinoamericanos. A título de ejemplo, está la Convención Americana sobre los Derechos Humanos (CADH), la cual fue adoptada en 1969 y ratificada por Argentina en 1984, por Uruguay en 1985, por Paraguay en 1989, por Brasil en 1992 (Piovesan, 2014: 96) y por México en 1981.<sup>5</sup> En cuanto al reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, esta se registró de la forma siguiente: Argentina en 1984, Uruguay en 1985, Paraguay en 1993, Brasil en 1998. En el caso de México, se formuló la declaración para el reconocimiento de la competencia contenciosa de la Corte Interamericana de Derechos Humanos con fecha 16 de diciembre de 1998, según la publicación en el *Diario Oficial de la Federación* del 24 de diciembre de 1999.

Respecto de la jerarquía de los tratados internacionales de derechos humanos, por lo menos en América Latina, cada país, cada nación, establece en su contenido constitucional cláusulas abiertas. Es decir, hay expresamente el reconocimiento de rango constitucional a los tratados internacionales de los derechos humanos;

<sup>5</sup> La CIDH fue adoptada el 22 de noviembre de 1969, y México se vincula a ella, con fecha 24 de marzo de 1981, mediante su adhesión. Se publica en el *Diario Oficial de la Federación*, con fecha 7 de mayo de 1981.

por tanto, esta práctica es una tendencia bastante consolidada en el constitucionalismo de América Latina.

Así, ahora en los países menos desarrollados de América Latina, el significado de las constituciones, del constitucionalismo, de los procesos constitucionales en los Estado-nación de actualidad, debe ser explorado en el contexto de una sociedad internacional compleja, formada por organizaciones internacionales, por actores no estatales de carácter transnacional, y por actores, procesos, intercambios y flujos nacionales e internacionales de diversos tipo que escapan a los controles tradicionales del Estado-nación (Serna, 2012: 87-88).

Esto, bajo la perspectiva de Mathews (en Serna, 2012), robustece la tesis de que el Estado no está desapareciendo, sino se está transformando, ya que simplemente existe la desagregación en partes separadas y funcionalmente distintas, como los tribunales, las agencias de regulación, los ejecutivos y hasta los legislativos, los que están entrando en redes de sus contrapartes del exterior, creando una densa ramificación de relaciones que constituyen un nuevo orden “transgubernamental”.<sup>6</sup> Es decir, a nivel de legislación no se puede reformar ninguna ley, ningún código, sin antes analizar lo que el orden público internacional ha decidido y establecido, o bien por lo menos consensado.

Desde lo jurisdiccional supraestatal, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, a través de sus sentencias o resoluciones, ha establecido directivas orientadoras para los jueces, magistrados, etcétera de tribunales de menor inferencia de los países o naciones miembros o asociados. Los asuntos más paradigmáticos que han movido la estructura interpretativa tradicional en México, debido al

<sup>6</sup> Análisis que realiza Mathews, citado por Serna (2012: 65).

alcance de las resoluciones o sentencias de la Corte, han quedado documentado en los casos siguientes: *a)* Alfonso Marín del Campo Dodd *vs.* el Estado mexicano; *b)* Castañeda Gutman *vs.* el Estado mexicano; *c)* Rosendo Radilla Pacheco *vs.* el Estado mexicano; *d)* Valentina Rosendo Cantú *vs.* el Estado mexicano; *f)* Montiel Cabrera García y Montiel Flores *vs.* el Estado mexicano; y, *g)* González y otras (Campo Algodonero) *vs.* el Estado mexicano.

Con estas resoluciones, como se ha dicho, se fincó un nuevo paradigma constitucional que incumbe directamente a todas las autoridades del Estado mexicano, en el ámbito de sus competencias, de promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos, de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, pero, sobre todo ahora, no nada más a luz del derecho constitucional o local, sino del derecho internacional de los derechos humanos.

## CONCLUSIONES

Sin duda, la manifestación más clara de la globalización ha sido el surgimiento del Estado transnacional, lo que ha implicado que desde la teoría constitucionalista tradicional, el Estado-nación se desdibuje o, por lo menos, se considere incapaz de albergar y aplicar de forma armoniosa, acorde a la época que vivimos, a elementos como la soberanía, la gobernanza, el poder, la población y el bienestar social.

Desde lo jurídico, la positivización del derecho internacional de los derechos humanos representa uno de los pasos más destacables en la construcción saludable de procesos de cooperación y solidaridad internacional, pasos que se consideran previos para llegar al Estado transnacional.

Toda vez que en México el concepto Estado-nación como organización propia y determinada no ha logrado reducir el sufrimiento generado por fenómenos como la pobreza, la desigualdad, la delincuencia organizada transnacional, la corrupción institucionalizada y la violación sistemática a los derechos humanos de los ciudadanos, hay la esperanza de que la aplicación del derecho internacional de los derechos humanos propicie el advenimiento de un Estado transnacional efectivo, el cual tendrá el reto de aplicar de forma funcional el principio *propersona*, mismo que irá construyendo una democracia para América Latina más acorde con las exigencias internacionales.

Será obligación de todo Estado transnacional mantener una agenda política benevolente que no condicione o extralimite los derechos de nadie, sino que le facilite el acceso a procedimientos jurídicos *ad-hoc* a los derechos humanos. Lo anterior para dar cumplimiento a la corriente garantista que tutela la progresividad en materia de derechos humanos, como lo es: *a)* la prohibición de aplicación de los derechos humanos de forma restrictiva; *b)* la obligación de interpretar las normas en materia de derechos humanos de la manera más favorable para los ciudadanos —aplicación irrestricta del principio *propersona*; *c)* la obligación de usar la norma más favorable para los justiciables, aun cuando su vigencia sea posterior; y *d)* las leyes más favorables para la protección de los derechos humanos son inderogables y no abrogables, salvo que se trate de una norma más favorable aun y la interpretación más favorable no pueda ser superada más que por otra interpretación más favorable todavía.

## BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell, M. (2005). *La Constitución en serio: Multiculturalismo, igualdad y derechos sociales*. México: Universidad Nacional Autónoma de México, Porrúa.
- Castells, M. (2000). *Globalización, Estado y sociedad civil: El nuevo contexto histórico de los derechos humanos*. Madrid: Isegoría.
- Cadena, A. (2010). El principio de la jurisdicción universal de los derechos humanos desde la globalización y el constructivismo. *Prolegómenos, Derechos y Valores*, XIII(25), Bogotá: UMNG.
- Camarillo, L. (2014). *Acceso directo del individuo ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. Tesis doctoral. Toledo, España: Universidad Castilla-La Mancha.
- Ferrajoli, L. (2011). *Poderes salvajes. La crisis de la democracia constitucional*. Madrid: Mínima Trotta.
- Gómez, G. (1994). *Teoría económica*. México: Esfinge.
- Lora, L. (2011). *La condición posmoderna*. Buenos Aires, Argentina: Facultad de Derecho de la Universidad de Buenos Aires.
- Meier, G. (2012). Neoconstitucionalismo e internacionalidad de los derechos. *Revista de Filosofía y Política* (15), 27-64. Recuperado de [http:// universitas.idhbc.es/n15/15-03.pdf](http://universitas.idhbc.es/n15/15-03.pdf)
- Ortiz, T. & Álvarez. (2004). *Estado posmoderno e indigencia*. Ponencia, Cuartas Jornadas Nacionales de Filosofía y Ciencia Política. Mar de Plata, Argentina: Editorial Suárez.
- Piovesan, F. (2013). *Temas de direitos humanos*, São Paulo: Saraiva.
- PDI-UABC 2011-2015. (2011). Universidad Autónoma de Baja California, México: Autor.
- Robinson, W. (2013). *Una teoría sobre el capitalismo global: Producción, clase y Estado en un mundo transnacional*. México: Siglo XXI.

Serna, J. (2012). *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.

## PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS EN MÉXICO A TRAVÉS DEL CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Laura Alicia Camarillo Govea\*

Roxana Rosas Fregoso\*\*

### INTRODUCCIÓN

La protección de los derechos humanos se ha defendido, a nuestro juicio, desde dos vertientes: la nacional y la internacional. En los últimos tiempos ha sido la protección internacional la que ha demostrado su capacidad y alcance para promoverlos. A nivel regional, existe el Sistema Interamericano de Derechos Humanos (SIDH), cuyo instrumento vinculante es la Convención Americana sobre Derechos Humanos suscrita en San José, Costa Rica, el 22 de noviembre de 1969 (en adelante Convención Americana, CADH o Pacto de San José), y ratificada por México en el año de 1981, año en el que la Secretaría General de la Organización de los Estados Americanos (OEA) recibió el instrumento de adhesión al

\*Profesora de tiempo completo de la Facultad de Derecho-Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California. Correo electrónico: govea@uabc.edu.mx

\*\* Profesora de asignatura de la Facultad de Derecho-Tijuana, Universidad Autónoma de Baja California. Correo electrónico: roxana.rosas.fregoso@uabc.edu.mx

tratado; a partir de la fecha mencionada, la Convención Americana es vinculante para el Estado mexicano, por lo que es obligación de este armonizar el estándar interamericano con la Constitución y demás legislación nacional.

El presente trabajo tiene como objetivo principal plantear la protección de derechos humanos, ya no a través de los instrumentos internacionales, dígame universales o regionales, o incluso por medio de su promoción, sino, en todo caso, mediante el ejercicio de control difuso de convencionalidad, que específicamente en el caso mexicano ha resultado en un debate del derecho interno que finalmente parece encontrar un justo medio a raíz de la publicación de la contradicción de tesis 293/11 a la que haremos alusión más adelante. La “vinculatoriedad” de la Convención Americana y el denominado “control difuso de convencionalidad” representan una nueva vía de protección de derechos humanos.

#### **SOBRE EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD**

El tema del control de convencionalidad ha sido abordado por una amplia doctrina, sobre todo desde el enfoque del que debe ejercerse en sede interna; sin embargo, es oportuno partir de su definición o desde el punto de vista de la CADH, y también desde su “versión” original que se concreta al ejercicio constante que hace la Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante Corte IDH, Corte Interamericana).

El control de convencionalidad, según afirma el doctor Ferrer Mac-Gregor, “consiste en el examen de compatibilidad que debe realizarse entre los actos y normas nacionales, y la Convención Americana, sus protocolos adicionales y la jurisprudencia de la



Corte Interamericana” (2012: 108); en ese mismo sentido, Sergio García Ramírez (2010) ha afirmado que es la Corte Interamericana la que en efecto ejerce el control de convencionalidad; los jueces interamericanos, una vez remitido un asunto para su conocimiento, deben revisar los hechos del caso a la luz de la CADH y en su caso determinar la violación de la Convención Americana o no.

La Corte Interamericana es el órgano responsable de realizar el control convencional, como parte de su competencia con fundamento en los artículos 62.3 y 63.1 de la Convención Americana y 65 y 67 del reglamento vigente de dicho tribunal. Este control implica que la Corte tiene competencia para conocer de cualquier caso relativo a la interpretación y aplicación de las disposiciones de la Convención que le sea sometido a su consideración; es decir, tiene la facultad de revisar que los actos y los hechos de los Estados partes se ajusten a los disposiciones de la Convención Americana. En esta tesitura, la Corte Interamericana es el intérprete autorizado de la Convención.

Este control convencional está claramente previsto desde el origen del SIDH, es una función esencial de la Corte Interamericana y, tal y como sostiene Rey Cantor (2008), no es ningún reciente descubrimiento jurídico y mucho menos una nueva competencia como algunos afirman.

Según este tratadista (2008), la afirmación categórica de que la Constitución es la normativa de superior jerarquía a la que está subordinado el orden jurídico infraconstitucional, siendo la corte constitucional el máximo intérprete de la Constitución, ha pasado a la historia desde el momento en que el Estado parte, en un tratado o convención internacional que reconoce derechos humanos, adquiere obligaciones internacionales *erga omnes*, de respetar y garantizar su libre y pleno ejercicio, porque queda sometido a la normativa internacional, incluyendo su Constitución.

## LA CORTE INTERAMERICANA Y EL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

La importancia de la Convención Americana va más allá de la aceptación de un instrumento internacional de derechos humanos en este continente, ya que, a la par, de esta Convención derivan dos órganos competentes para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de estos derechos en el hemisferio: la Comisión Interamericana de Derechos Humanos y la Corte Interamericana.

En 1998, México reconoció la competencia contenciosa de la Corte IDH, este reconocimiento coloca a nuestro país en una situación factible de ser juzgado, evaluado y condenado por la violación de derechos humanos en el orden internacional. Este sometimiento a la jurisdicción contenciosa del Tribunal Interamericano le permite ejercitar dentro de sus facultades, el constituirse como un órgano de control de la compatibilidad de los derechos internos respecto del instrumento vinculante; esta función se denomina “control convencional”, el cual 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.

La primera obedece a las prerrogativas inherentes de este tribunal al resolver los casos contenciosos sometidos a su consideración, “es un verdadero control concentrado porque se encomienda a dicho órgano jurisdiccional la facultad exclusiva de garantizar al lesionado en el goce de su derecho o libertad conculcados y de ordenar la respectiva reparación” (Hitters, 2008: 151).

Asimismo, la Corte Interamericana dio génesis en su jurisprudencia a otro tipo de control, el denominado “difuso”, el cual debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales o domésticos de los Estados que han suscrito o se han adherido a la

Convención Americana y con mayor intensidad a los que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana de Derechos Humanos.

El control judicial interno de la convencionalidad supone el acceso a la justicia a través del debido proceso, el cual es un concepto fundamental en los sistemas nacional e internacional de protección de los derechos humanos. Este control es una nueva manifestación de la nacionalización del derecho internacional, que implica el reconocimiento de la fuerza normativa de la Convención Americana y que se extiende a los criterios jurisprudenciales que la Corte Interamericana ha pronunciado. El Tribunal Interamericano ha afirmado que en situaciones y casos en que el Estado concernido no ha sido parte en el proceso internacional en que fue establecida determinada jurisprudencia, por el solo hecho de ser parte en la Convención Americana, todas sus autoridades públicas y todos sus órganos, incluidas las instancias democráticas, jueces y demás órganos vinculados a la administración de justicia en todos los niveles, están obligados por el Tratado, por lo cual deben ejercer, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, un control de convencionalidad, tanto en la emisión y aplicación de normas, en cuanto a su validez y compatibilidad con la Convención, como en la determinación, juzgamiento y resolución de situaciones particulares y casos concretos, teniendo en cuenta el propio Tratado y, según corresponda, los precedentes o lineamientos jurisprudenciales de la Corte Interamericana.

#### CONTROL DIFUSO DE CONVENCIONALIDAD

Este mecanismo de salvaguarda de la Convención Americana operable desde el interior de los Estados parte del Tratado, es el

denominado “control convencional difuso” que, tal y como se apuntó previamente, se refiere al control que debe realizarse por los jueces y órganos de administración de justicia nacionales de los Estados que han suscrito o se han adherido a la Convención en cito y que han aceptado la jurisdicción de la Corte Interamericana.

La doctrina del control difuso de convencionalidad surge en el año 2006, con el caso *Almonacid Arellano vs. Chile*, en el que la Corte Interamericana sostuvo que la obligación legislativa del artículo 2 de la Convención, referente a la adopción de las disposiciones de la Convención en el derecho interno, tiene también la finalidad de facilitar la función del Poder Judicial de tal forma que el aplicador de la ley tenga una opción clara de cómo resolver un caso particular.

Sin embargo, cuando el Poder Legislativo falla en su tarea de suprimir, o de no adoptar leyes contrarias a la Convención Americana, el Poder Judicial permanece vinculado al deber de garantía establecido en la Convención Americana y, consecuentemente, debe abstenerse de aplicar cualquier normativa contrapuesta a ella; en este sentido, todo Estado es internacionalmente responsable por actos u omisiones de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados, según el artículo 1.1 de la Convención Americana.

El control difuso conlleva que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces nacionales, como parte del aparato del Estado, también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de leyes contrarias a su objeto y fin, y que desde un inicio carecen de efectos jurídicos. En esta tarea, el Poder Judicial debe tener en cuenta no solamente el Tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana. En

estricto sentido, en el derecho internacional las obligaciones que este impone deben ser cumplidas de buena fe y no puede invocarse para su incumplimiento el derecho interno; esta regla ha sido codificada en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el derecho de los tratados.

Asimismo, en el caso *Trabajadores Cesados del Congreso (Aguado Alfaro y otros) vs. Perú*, la Corte Interamericana invocó, con posterioridad, el criterio sobre el control de convencionalidad y lo precisa en dos aspectos: en primer término que este control procede de *oficio* sin necesidad de que las partes lo soliciten; y en segundo lugar, que debe ejercerse dentro del marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes, considerando otros presupuestos formales y materiales de admisibilidad y procedencia.<sup>1</sup> A su vez, en el mismo precedente señaló que cuando un Estado ha ratificado un tratado internacional, como la Convención Americana, sus jueces también están sometidos a ella, lo que les obliga a velar porque el *effect utile* de la Convención no se vea mermado o anulado por la aplicación de leyes contrarias a sus disposiciones, objeto y fin (caso *Trabajadores Cesados del Congreso*: párr. 128). En otras palabras, los órganos del Poder Judicial deben ejercer no solo un control de constitucionalidad, sino también de convencionalidad difuso *ex officio* entre las normas internas y la Convención Americana, evidentemente

<sup>1</sup> La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha consolidado la esencia de esta doctrina, al aplicarse en los casos contenciosos siguientes: *La Cantuta vs. Perú* (2006); *Boyce y otros vs. Barbados* (2007); *Heliodoro Portugal vs. Panamá* (2008); *Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos* (2009); *Manuel Cepeda Vargas vs. Colombia* (2010); *Comunidad Indígena Xákmok Kásek vs. Paraguay* (2010); *Fernández Ortega y Otros vs. México* (2010); *Rosendo Cantú y Otra vs. Estados Unidos Mexicanos* (2010).

en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes.

### ANÁLISIS JURÍDICO DEL CONTROL DE CONVENCIONALIDAD EN MÉXICO

En el caso mexicano, la protección de los derechos humanos ha sido impulsada a partir de la reforma constitucional que data del 10 de junio de 2011, donde sobre la base del principio *propersona* (figura interamericana), la primacía de los tratados internacionales en materia de derechos humanos y otros elementos refrendados, principalmente en el artículo 1º constitucional, se abre un nuevo paradigma en la protección y promoción de los derechos humanos. Además de establecer las obligaciones de promoción de los derechos humanos, “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” (Artículo 1 constitucional). Aunado a ello, e incluso previamente, la sentencia de Rosendo Radilla Pacheco *vs. México* “obligó” al Estado mexicano a aplicar e interpretar el derecho internacional de los derechos humanos en sede nacional y llamó la atención de los jueces para la interpretación del derecho a la luz de lo que establece la Convención Americana.

La Corte Interamericana ha señalado que la concepción del control de convencionalidad tiene íntima relación con el principio de complementariedad. Es decir, a través del control de convencionalidad se puede generar un control dinámico y complementario de las obligaciones convencionales de los Estados de respetar y garantizar

derechos humanos, conjuntamente entre las autoridades internas y las instancias internacionales en forma subsidiaria, de modo que los criterios de decisión puedan ser conformados y adecuados entre sí; esto representa una forma de protección de derechos humanos, como más adelante se expondrá, y anticipa el papel del control difuso de convencionalidad de cara a aquella protección.

El control de la convencionalidad difuso constituye un nuevo paradigma jurídico que deben ejercer todos los jueces mexicanos. Si bien en México existe un sistema de derecho procesal constitucional concentrado, es decir, que los tribunales federales tienen bajo su encargo la protección de derechos fundamentales a través de las garantías constitucionales, que encontró hasta hace poco su justificación en la jurisprudencia nacional (Tesis P./J. 73/99 y P./J. 74/99 ) y que perdía de vista incluso lo que establece el artículo 133 constitucional mexicano que data de 1934 y que en su segunda parte establece que “Los jueces de cada estado se arreglarán a dicha *Constitución*, leyes y tratados, a pesar de las disposiciones en contrario que pueda haber en las constituciones o leyes de los estados”, finalmente el control era concentrado; en cambio, lo que “sugiere” la jurisprudencia interamericana es la aplicación irrestricta del control difuso de la convencionalidad por parte de todos los operadores jurídicos y expande esa obligación a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias.

En esa línea, estamos frente a un control de convencionalidad que implica que los órganos jurisdiccionales adoptarán como una práctica reiterada el invocar el derecho internacional de los derechos humanos en las sentencias nacionales, lo que beneficia directamente al gobernado al aumentar su patrimonio de derechos. En segundo lugar, paulatinamente este control llevará a la necesidad de adoptar y evolucionar nuestras propias normas de derecho interno,

“alineándolas” a un parámetro de efectividad; así, la Convención Americana se convierte en orientadora del desarrollo social y económico y el papel de los jueces nacionales adquiere una función instrumental y promocional, implicando a los tribunales en las tareas de cambio social y gestión de las políticas públicas.

En México, los jueces constitucionales y los tribunales federales no son los únicos que pueden llevar a cabo el control difuso de convencionalidad, sino que es una competencia que le corresponde a todos los tribunales del país, lo que incluye el poder de la declaración judicial de inconvencionalidad de leyes.

Los derechos humanos rebasan la jurisdicción interna y en aras de lograr el respeto de los mismos, el control difuso de la convencionalidad es una herramienta imprescindible en el orden doméstico. Ante el ejercicio del control difuso que ya es una realidad palpable en México, nuestro país requiere jueces que interpreten no solo mecánicamente el derecho, sino que emitan sus sentencias armonizando el derecho interno con el derecho internacional, porque a partir de esa nueva lectura-interpretación también es que se logra mayor eficacia en las sentencias de los tribunales y finalmente se cumple el cometido esencial de todo Estado que es la protección de los derechos humanos. Esto no implica que se menosprecie a las constituciones de los Estados, por el contrario, se trata de que se utilice un criterio de ponderación objetivo, progresista, cuya conclusión implique el mejor derecho para las personas.

No pasa desapercibido que ha resultado un proceso complejo la implementación de la reforma constitucional antes citada, y más aun que el Poder Judicial reconozca la necesidad de una visión más amplia de los derechos humanos como atributos inalienables del ser humano y no como una concesión del Estado, en todo caso lo que ha resultado difícil es que los jueces reconozcan la obligación de los



compromisos convencionales del Estado, lo que para ellos significaría justamente aplicar el control de convencionalidad.

Este control es un mecanismo efectivo para incorporar la participación de los jueces nacionales de los Estados partes del Tratado, en este caso México, lo cual permite que el Poder Judicial se sienta involucrado y obligado a defender, observar y hacer cumplir lo que establece la Convención Americana.

En el caso mexicano se ha puesto en tela de duda la efectividad de este control y si potencialmente puede ser peligroso para el sistema constitucional mexicano. Los jueces mexicanos parten de la esencia de que el control de convencionalidad no posee una fundamentación teórica propia y previa a su creación e implementación por parte de la Corte Interamericana; es decir, no habían tenido ninguna aproximación a este tipo de figura jurídica, por lo tanto, es una institución jurídica desconocida para la mayoría.

Asimismo, el concepto de *control de convencionalidad* es esencialmente un concepto evolutivo, lo que trae como consecuencia que la última palabra no haya sido aún dicha tanto a nivel internacional como nacional. Es evidente que el control difuso de convencionalidad es sumamente controvertido, incluso entre sus creadores, académicos y los tribunales nacionales, ya que su desarrollo inicialmente solo fue vertical, unipersonal o concentrado y ahora tiene un despliegue que faculta a los jueces domésticos a poder ejercitar dicho control. En el mismo tenor, habría que señalar que si bien las implicaciones del concepto de control de convencionalidad difuso son en general novedosas, muchas de las mismas, como la aplicación interna de los tratados internacionales por parte de tribunales nacionales, responden a lógicas y fórmulas constitucionales experimentadas previamente en el continente y otras latitudes (Hitters, 2008).

Los jueces no son simples aplicadores de la ley nacional, sino que tienen, además, la obligación de realizar una interpretación convencional, en términos de nuestro artículo 1 constitucional, la denominada “interpretación conforme”, que es una técnica hermenéutica por medio de la cual los derechos y libertades constitucionales son armonizados con los valores, principios y normas contenidos en los tratados internacionales sobre derechos humanos signados por los Estados, así como por la jurisprudencia de los tribunales internacionales (Ferrer, 2012); esto con el propósito de verificar que dichas leyes que se aplicarán a un caso particular resulten compatibles con la Convención Americana, pues de no ser así su proceder sería contrario a dicho tratado incurriendo en una violación internacional, ya que la aplicación de una ley inconvencional produce, por sí misma, responsabilidad internacional directa del Estado. Así los jueces se convierten en guardianes de la convencionalidad (caso *Myrna Mack vs. Guatemala*: párr. 27).

Ante esta tesitura, consideramos que el control difuso se presenta como un mecanismo de prevención de responsabilidad internacional de los Estados y en ese sentido como promotor de derechos humanos; el control convencional es, desde esta perspectiva, una herramienta para prevenir la potencial consumación de violación de derechos humanos.

Resulta importante resaltar que la Corte Interamericana, desde su primera sentencia contenciosa, ha ordenado a los Estados miembros de la Convención Americana sobre Derechos Humanos que tomen todas las medidas necesarias para garantizar los derechos adecuando todo su aparato estatal para lograr este fin. Ya que desde el caso *Velásquez Rodríguez*, la Corte Interamericana expuso ampliamente el contenido de las obligaciones generales de

respeto y garantía, y lo que implicaba para los Estados parte (caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras: párr. 164). La jurista chilena Ibáñez Rivas (2012) ha señalado

que el control de convencionalidad constituye una de las medidas que los Estados deben poner en práctica para garantizar el *effet utile* o efecto útil de la Convención Americana y dar cumplimiento a las obligaciones estatales de respeto, garantía y adecuación (112).

Sin duda que el Pacto de San José despliegue todo su efecto útil es una de las aspiraciones más altas del SIDH respecto del derecho interno de los Estados partes de la Convención Americana.

Es por ello que, pese a la reticencia de los jueces nacionales por la aplicación del control difuso de la convencionalidad, esta es una práctica que generará mayor impacto en el Poder Judicial mexicano; los actores jurídicos, principalmente los jueces, son conscientes de que no pueden permanecer impelidos a la evolución y progresividad del derecho; por lo tanto, si la Convención Americana alcanza todo su efecto útil con la ayuda de los jueces domésticos, el resultado de esta acción incidirá directamente en la protección de las personas.

#### PROTECCIÓN DE DERECHOS HUMANOS VÍA CONTROL DE CONVENCIONALIDAD

El objetivo del presente texto es lograr vislumbrar la protección de los derechos humanos a través del control difuso de convencionalidad, porque si bien existen diversas vías por las que un Estado promueve la defensa de los derechos humanos, el control difuso representa un límite para el Poder Judicial y, en general, una manera más efectiva

de buscar justicia en tanto que implicaría que el juzgador vele por los derechos de las personas; esto también podría observarse a partir de la primacía del principio pro persona que en el caso mexicano se adopta en el artículo 1º constitucional, pero que finalmente emana de la jurisprudencia interamericana.

En México, la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió la contradicción de tesis 293/2011 y estableció que la jurisprudencia de la Corte Interamericana constituye una extensión de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, y sostiene que esta idea puede clarificarse si se parte de la diferencia entre lo que es una disposición y una norma. A este respecto, el constitucionalista Díaz Revorio afirma que “una disposición alude al texto de un determinado ordenamiento, ya sea un artículo o fracción; mientras que la norma hace referencia al significado que se le atribuye al texto” (2001: 35-37). En el caso que nos ocupa, la disposición sería el texto de la Convención Americana y las normas serían los distintos significados que la Corte Interamericana atribuye al texto convencional a través de su jurisprudencia, incluyendo aquellos casos en los que el Estado mexicano no sea parte de la *litis*. Asimismo, la contradicción de tesis en cita declara que, conforme con el artículo 1º constitucional, los criterios que emita la Corte Interamericana en sus resoluciones como intérprete último de la Convención Americana en el ámbito internacional son vinculantes para todos los órganos jurisdiccionales del país. No obstante lo anterior, donde aparentemente el sistema jurídico mexicano admite la total apertura de los criterios de control de la convencionalidad difusos, la Suprema Corte de Justicia de la Nación también ha hecho manifestaciones firmes para el caso cuando las normas constitucionales y convencionales entren en colisión; simple y llanamente nuestro

más alto tribunal sostiene que: “...entendiendo que cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional” (Tesis: P./J. 21/2014 [10a.]). A pesar de este aparente retroceso, el artículo 1º constitucional alberga, como ya ha sido mencionado, el principio *Pro Homine*, que deberá primar frente a dos o más normas potencialmente aplicables a un caso concreto; si la norma más benéfica está amparada por la Convención, deberá estar a lo sustentado por el Tratado.

Podemos afirmar que los encuentros entre lo que antes en el sistema jurídico prevalecía y lo que actualmente se ha acogido, predominantemente del Sistema Interamericano de Derechos Humanos, permiten que los juzgadores (todos) tengan mayores herramientas para impartir justicia y para interpretar las normas de derecho con mayor eficacia.

En ese orden de ideas, el acceso a la justicia y a su propia impartición es también vertiente de una justa promoción de los derechos humanos y abona en ese sentido a las obligaciones de los Estados, por ejemplo el caso mexicano de respetar y promover los derechos humanos consagrados en la Convención. Si bien en el caso mexicano las entidades federativas asumen enormes compromisos que se logran impulsar a través del Ejecutivo Federal, no puede soslayarse la enorme tarea que también tiene el Poder Judicial de la Federación y las autoridades en el marco de sus competencias. El simple hecho de que la SCJN reconozca expresamente que la jurisprudencia interamericana es vinculante (no obstante que siempre lo ha sido) abona en aras de una protección integral, que deberá ser abordada desde todos los ámbitos: educación en la materia, capacitación y control difuso de convencionalidad.

## CONSIDERACIONES FINALES

A lo largo de este texto hemos abordado el origen y concepto del control de convencionalidad, enfatizando sobre todo lo relativo al control difuso de convencionalidad en sede interna mexicana. A partir de una clara definición de este control y del reto que representa para los operadores jurídicos su aplicación, máxime la existencia de algunas resistencias o incluso de lo previsto en alguna norma nacional, el control en comento busca ya sea la inserción en el derecho nacional del estándar interamericano o bien su armonización con las normas nacionales. Esto resulta positivo en la medida que las sentencias de los juzgadores resultarán más precisas y en todo caso inhibirán las futuras demandas contra los Estados parte de la Convención.

Afirmar que el control difuso de convencionalidad es una vía de promoción de derechos humanos encuentra sentido en el momento en que el Poder Judicial es parte de la estructura estatal susceptible de vulneración de derechos humanos que podría desencadenar en responsabilidad estatal. Podría incluso concebirse como un catalizador de denuncias ante el Sistema Interamericano. Quizás se estima que la promoción de los derechos humanos descansa exclusivamente en políticas públicas, educación en la materia, etcétera, sin embargo, si fuera así, ¿dónde quedaría la labor de los jueces?, precisamente es que apostamos porque el control difuso de convencionalidad sea también una forma de promoción de derechos humanos.

México, a partir de la reforma del 10 de junio de 2011, dio un paso importante en este camino de búsqueda de la implementación del derecho internacional de los derechos humanos en el derecho doméstico que, sumado a la aplicación efectiva del control difuso de convencionalidad, contribuirá, sin duda, a la construcción de una sociedad más justa y, sobre todo, de un Estado respetuoso de los derechos humanos.

## BIBLIOGRAFÍA

- Corte Interamericana de Derechos Humanos (2011). *Caso Gelman vs. Uruguay*, Sentencia de Fondo y Reparaciones, 24 de febrero. Serie C, N° 221.
- . (2009). *Caso Rosendo Radilla Pacheco vs. Estados Unidos Mexicanos*. Sentencias de Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas, 23 de noviembre. Serie C núm. 209.
- . *Caso Vargas Areco vs. Paraguay*. Sentencia de Fondo, Reparaciones y Costas, 26 de septiembre. Serie C núm. 155.
- Díaz, R. (2001). *Las sentencias interpretativas del Tribunal Constitucional*. Valladolid: Lexnova.
- Ferrer Mac-Gregor, E. (2012). *Interpretación conforme y control difuso de la convencionalidad. El nuevo paradigma para el juez mexicano*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Fix-Zamudio, H. (1998). *Corte Interamericana de Derechos Humanos*. San José: Corte Interamericana.
- García, S. (2004). *Los derechos humanos y la jurisdicción interamericana*. México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Hitters, J. (2008). *Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*. México: Porrúa.
- Ibáñez, J. (2012). Control de convencionalidad: Precisiones para su aplicación desde la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos. *Anuario de Derechos Humanos. Universidad de Chile* (8), 103-113.
- Rey, E. (2008). *Control de la convencionalidad de las leyes y derechos humanos*. México: Porrúa.
- Tesis P. /J. 73/99 y P. /J. 74/99, *Semanario Judicial de la Federación*. Novena Época, t. x, agosto de 1999.

Tesis P. J. 21/2014 (10a.). *Semanario Judicial de la Federación*. Décima Época, t. x, abril de 2014.



CAPÍTULO V

ENFOQUE EN TORNO  
A DERECHOS HUMANOS ESPECÍFICOS



LEGISLACIÓN ELECTORAL Y DERECHOS  
HUMANOS: LA AUSENCIA DE UN RECURSO  
EFECTIVO EN CONTRA DEL ARTÍCULO 14 DE LA  
CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE BAJA CALIFORNIA,  
QUE PREVE NORMAS SOBRE GEOGRAFÍA  
ELECTORAL *PER SE* VIOLATORIAS AL DERECHO  
HUMANO AL VOTO IGUAL

Luis Alberto Hernández Morales\*

INTRODUCCIÓN

El presente ejercicio es producto de las Reflexiones Universitarias Sobre los Derechos Humanos, un proyecto institucional de la Universidad Autónoma de Baja California que enmarca el programa de cursos de actualización permanente para los profesores de derechos fundamentales y que, con motivo del intercambio de ideas entre docentes y expertos facilitadores, ha generado instrumentos de diálogo académico y de divulgación de la cultura de los derechos humanos.

Este ensayo postula que el artículo 14 de la Constitución de Baja California es violatorio del derecho fundamental al voto

\* Profesor de la Facultad de Derecho Campus Tijuana de la Universidad Autónoma de Baja California. Correo electrónico: [ahernandezmorales@gmail.com](mailto:ahernandezmorales@gmail.com)

igual y que la inmunidad parcial que constitucionalmente poseen las normas electorales autoaplicativas resulta contraria al derecho humano a la protección judicial. A continuación, el lector encontrará un acercamiento crítico a la regulación del derecho al sufragio en el marco de la geografía electoral y, a propósito de la presencia de normas inconsistentes con el voto igual, al derecho humano a la protección judicial.

El contenido está estructurado en cinco apartados. El primero es un planteamiento introductorio. El segundo se ocupa del vínculo entre el valor igualitario del voto y el diseño de la geografía electoral, de los deberes de garantía y protección de los Estados, del concepto de leyes *per se* violatorias de derechos y del derecho humano a la protección judicial. El tercer apartado delinea la normativa sobre geografía electoral en Baja California. El cuarto son unas reflexiones conclusivas. Y el quinto describe las fuentes de información utilizadas.

Es importante advertir que las propias dimensiones del ejercicio hacen imposible un estudio profundo por lo que el desarrollo es una descripción selectiva de aquellos elementos que paradigmáticamente dan cuenta de la línea argumental preestablecida; asimismo, cabe explicitar que el desarrollo del ensayo asume una perspectiva de derechos humanos en el marco del modelo constitucional vigente, dando cierto énfasis a la jurisprudencia interamericana.

Ahora bien, la transición democrática mexicana, desde su inicio en los años de 1970, configuró un verdadero sistema político complejo que previa afectación del contexto en el cual actúa, en una lógica cibernética y de acuerdo con un patrón de participación progresiva, *a posteriori*, se adapta a las exigencias de quienes intervienen en él. Prácticamente, desde 1988 en adelante, cada elección federal ha estado sucedida de una reforma que introduce

nuevas medidas que buscan legitimar al sistema a través del cual se integran los poderes ejecutivo y legislativo en los diferentes niveles de gobierno.

Esto lo corrobora la última reforma en materia electoral de 2014 que en aras de atender un conjunto de exigencias originadas en elecciones previas introdujo importantes cambios a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos (Constitución, en lo sucesivo). Las candidaturas independientes, la reelección de legisladores y miembros de los ayuntamientos, la paridad de género, la consulta popular, las facultades de asunción y atracción del Instituto Nacional Electoral (INE), los órganos públicos locales electorales e, incluso, el adelanto de las elecciones a junio, entre otros elementos, son nuevas realidades que suponen una verdadera reescritura de las reglas del juego o de lo que José Woldenberg (2001) denomina “carta de navegación”.

En este orden de ideas, el derecho electoral mexicano, por su sincronía con el lento e ineficaz proceso de transición democrática, posee una dinámica de cambio que como tendencia constante no parece tener fin en el futuro inmediato. Esto convierte al derecho electoral, a la par con el derecho fiscal, en una de las dimensiones jurídicas con mayor renovación normativa y, por extensión, en una de las áreas en donde al menos estadísticamente hay un mayor riesgo de afectación a los derechos de las personas.

Los derechos político-electorales no solo conforman un subsistema de derechos dentro del sistema de derechos fundamentales, sino que también forman parte de la categoría jurídica de derechos humanos; lo cual los convierte en derechos que gozan de todas aquellas garantías interpretativas y de protección contempladas en la Constitución y en el derecho internacional que ha sido incorporado al derecho doméstico.

En 2016, los bajacalifornianos renovarán la composición del Congreso del Estado y la integración de los cinco ayuntamientos utilizando una nueva “carta de navegación”. Sin embargo, no todas las normas electorales incluidas en el paquete de reformas publicado en el *Periódico Oficial* del estado el 12 de junio de 2015 resultan claramente consistentes con el estatuto constitucional de los derechos humanos y, sobre todo, con la definición de los derechos políticos como oportunidades de efectivo ejercicio por parte de sus titulares. De ahí que sea relevante y pertinente, a través de un caso paradigmático, conocer cuáles son los mecanismos disponibles de protección de derechos políticos fundamentales en contra de normas *per se* violatorias.

#### DERECHOS HUMANOS Y LEYES ELECTORALES

El derecho al sufragio es un derecho político fundamental reconocido en los artículos 35 de la Constitución, 23 de la Convención Americana de Derechos Humanos (Convención Americana, en lo sucesivo) y 25 del Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos (Pacto, en adelante). El contenido de este derecho deriva tanto de su configuración legal, como de los significados que le han sido asignados por la jurisprudencia nacional e internacional, e incluso por su entendimiento guiado en principios y prácticas de “soft law”; tal y como interpreta el pleno del Tercer Tribunal Colegiado del Vigésimo Séptimo Circuito del Poder Judicial de la Federación, en la tesis XXVII.3o.6 CS (10a.):

De conformidad con el artículo 1o. de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y su alcance protector en materia de

derechos humanos, los agentes del Estado mexicano no solo deben observar la normativa internacional de carácter obligatorio y la jurisprudencia interamericana, sino que en virtud de las máximas de universalidad y progresividad que también contempla, debe admitirse el desarrollo de principios y prácticas del derecho internacional de carácter no vinculante previstos en instrumentos, declaraciones, proclamas, normas uniformes, directrices y recomendaciones aceptados por la mayoría de los Estados. Dichos principios son identificados por la doctrina como “soft law” —en inglés—, cuya traducción corresponde a ley suave, normas ligeras, dúctiles o blandas y es empleado dado (i) el sentido de falta de eficacia obligatoria y (ii) en oposición al “hard law” o derecho duro o positivo.

El derecho de sufragio, por tanto, implica votar y ser votado en determinadas condiciones. La vigencia del derecho al sufragio exige que su ejercicio ocurra dentro de un sistema electoral consistente con el carácter universal, igualitario, libre y secreto del voto, en elecciones periódicas y auténticas. Es así como el igual valor y peso político de cada voto, constreñido en el principio electoral de una persona-un voto, es uno de los elementos *conditio sine qua non* del debido ejercicio del derecho humano al sufragio (Beltrán & Almada, 2011: 185).

De hecho, entre los teóricos del derecho electoral hay un amplio consenso sobre lo relevante que resulta el diseño de la geografía electoral en lo que hace al carácter igualitario del voto. Según Nohlen (1994), la garantía de la igualdad cuantitativa de los votos pende de la relación entre población o electores y el número de representantes a elegirse. La Sala Superior del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación (en adelante, Sala Superior del TE- PJF), en la Tesis LXXIX/2002, sustentó que uno de los propósitos de

la delimitación de cada uno de los distritos electorales, justamente, es buscar “que cada voto emitido tenga el mismo valor, por servir siempre para elegir un número similar de representantes”.

La Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) en el párrafo 116 del informe número 137/99, relativo al caso 11.863 de Andrés Aylwin Azócar y otros contra Chile, consideró que del artículo 23 de la Convención Americana se deriva una obligación a cargo de los Estado parte, consistente en que “la soberanía popular pueda ejercerse sin discriminaciones injustificadas que impliquen una pérdida del valor real del poder del voto”. El Comité de Derechos Humanos, a su vez, en el párrafo 21 de la Observación General número 25, aprobada el 12 de julio de 1996, interpretó que de acuerdo con el artículo 25 del Pacto, la disposición de los distritos electorales debe ser acorde con la distribución de los votantes; asimismo, este órgano internacional, en el párrafo 9.2 de la resolución que emitió en el “caso del Sr. Istvan Mátyus” contra Eslovaquia (923/2000), de manera taxativa precisó que la existencia de distritos electorales con diferencias sustanciales en el número de votantes por escaño, resulta violatoria de derechos políticos.

Es cierto que la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH, en lo subsiguiente), de acuerdo con lo expuesto en el párrafo 149 de la sentencia del “caso Castañeda Gutman”, del 6 de agosto de 2008, considera que la Convención Americana no establece la obligación de adoptar un sistema electoral particular, sino que solo fija estándares dentro de los cuales los Estados parte legítimamente pueden regular el ejercicio de los derechos políticos; sin embargo, no menos cierto es que para la Corte IDH, la garantía del voto igual es uno de esos estándares, acorde con lo considerado en el párrafo 207 de la sentencia del Caso Yatama, del 23 de junio de 2005, en donde indica:



Los Estados pueden establecer estándares mínimos para regular la participación política, siempre y cuando sean razonables de acuerdo con los principios de la democracia representativa. Dichos estándares deben garantizar, entre otras, la celebración de elecciones periódicas, libres, justas y basadas en el sufragio universal, igual y secreto como expresión de la voluntad de los electores que refleje la soberanía del pueblo.

Consiguientemente, el principio de una persona-un voto es un parámetro de regularidad constitucional contenido en el derecho al sufragio consagrado en el artículo 35 de la Ley Fundamental, y constituye un estándar interamericano derivado del mismo derecho reconocido en el artículo 23 de la Convención Americana; estos dos elementos, que por normar el diseño de la geografía electoral, condicionan sus validez.

La fracción II del artículo 116 de la Constitución, reguladora de la conformación de los poderes legislativos de las entidades federadas, estipula que “[e]l número de representantes en las legislaturas de los Estados será proporcional al de habitantes de cada uno...”. Se trata de una premisa constitucional de las cláusulas de mínima composición de las legislaturas según el número de habitantes, que también es definitoria respecto de su condición de cámaras de representación poblacional. El citado numeral 116 constitucional ordena que los poderes legislativos locales se integren con representantes del pueblo, y no como cámaras de representación territorial.

El Estado mexicano además tiene un conjunto de obligaciones internacionales de garantía y protección de los derechos humanos que son extensibles al derecho fundamental al sufragio. Tales compromisos internacionales, como indica Pedro Nikken (2003: 27-39), obligan a los Estados a tomar todas aquellas medidas ne-

cesarias para que el ejercicio de los derechos humanos sea efectivo y, en caso de incumplimiento, someterse a la intervención subsidiaria de los sistemas de protección universal o regional; mientras aquellos compromisos de garantía consisten en expedir normas internas que los hagan efectivos, suprimir las que impidan su cabal goce y abstenerse de expedir leyes contrarias a su ejercicio; los deberes de protección parten de la existencia de un recurso interno, que deviene complementado por un mecanismo subsidiario de protección internacional y por el compromiso de los Estados parte de atender las recomendaciones que reciban.

Cuando un Estado orgánicamente está constituido como federación, en términos de la cláusula federal prevista en el artículo 28.2 de la Convención Americana, la satisfacción de las obligaciones internacionales, dentro del ámbito de sus competencias, también corresponde a las autoridades locales. Lo cual resulta coherente con el criterio de la Corte IDH, establecido en el párrafo 72 de la sentencia emitida en el caso “La última tentación de Cristo” (Olmedo Bustos y otros), del 5 de febrero de 2001, en el sentido de que la responsabilidad internacional puede generarse por actos u omisiones de cualquier poder u órgano de un Estado, con independencia de su jerarquía, en tanto contraría un tratado de derechos humanos.

Las causas de violación a derechos humanos obedecen a actos y resoluciones de cualquier poder público, al igual que por la omisión de reglamentarlos a través de leyes, por no suprimir aquellas que impidan su ejercicio, y por promulgar leyes que los afecten. Incluso, es un criterio de la Corte IDH, instituido en los párrafos 98 y 99 de la sentencia dictada en el caso Suárez Rosero, del 12 de noviembre de 1997, que una norma *per se* puede constituir un incumplimiento de los compromisos internacionales, si esa norma constata que el Estado parte no ha tomado las medidas adecuadas

en el derecho interno para hacer efectivo algún derecho humano, resultando secundario si la norma ha sido o no aplicada.

Esta idea es concurrente con la distinción jurisprudencial de la Suprema Corte de Justicia de la Nación (Suprema Corte, en lo sucesivo) respecto de leyes autoaplicativas y leyes heteroaplicativas, cuyo criterio consta en la tesis P./J. 55/97, en donde sostiene que:

Para distinguir las leyes autoaplicativas de las heteroaplicativas conviene acudir al concepto de individualización incondicionada de las mismas, consustancial a las normas que admiten la procedencia del juicio de amparo desde el momento que entran en vigor, ya que se trata de disposiciones que, acorde con el imperativo en ellas contenido, vinculan al gobernado a su cumplimiento desde el inicio de su vigencia, en virtud de que crean, transforman o extinguen situaciones concretas de derecho.

De manera que la sola expedición de una ley por parte de las autoridades de una entidad federativa, como es el caso de Baja California, si contiene normas que crean, transforman o extinguen situaciones concretas de derecho que resultan violatorias de derechos fundamentales, deben suponer la procedencia de algún instrumento de protección judicial disponible para los gobernados o, de lo contrario, podrían ser un elemento que constata que el Estado está incumpliendo su obligación internacional de adoptar todas aquellas medidas para hacer efectivo su ejercicio.

En el derecho doméstico mexicano, por un lado, los artículos 14, 16, 17, 99, 103 y 107 de la Constitución contemplan normas relativas a los mecanismos de protección jurisdiccional de derechos fundamentales y, por el otro, los artículos 25 de la Convención Americana y 2.3 del Pacto expresamente reconocen el derecho hu-

mano a un recurso sencillo, rápido y efectivo ante los tribunales que ampare contra violaciones a los derechos de las personas.

En su momento, la Suprema Corte en la tesis P./J. 25/2002 estimó que la única vía de impugnación para combatir la inconstitucionalidad de leyes electorales era la acción de inconstitucionalidad prevista en el artículo 105 de la Constitución; y en la tesis P./J. 26/2002, que el Tribunal Electoral del Poder Judicial carecía de facultades para pronunciarse sobre la constitucionalidad de las leyes electorales. Empero, la Suprema Corte, al resolver la solicitud de modificación de jurisprudencia número 2/2006, precisó que tales criterios quedaron sin efecto con la reforma al numeral 99 constitucional, publicada el 13 noviembre de 2007.

Desde entonces, el juicio de derechos político-electorales del ciudadano se convirtió en la otra vía y el recurso disponible a los particulares para impugnar las leyes electorales en cada acto de aplicación, a la luz de los derechos fundamentales de participación democrática. La Suprema Corte en relación con los derechos políticos mantiene el criterio sustentado en la tesis P./J. 83/2007, en donde consideró que los derechos a votar y ser votado están protegidos de acuerdo con el sistema competencial previsto en la Constitución:

Los derechos de participación política establecidos en las fracciones I y II del artículo 35 constitucional son verdaderas garantías individuales o derechos fundamentales, en primer término, porque participan de la posición de supremacía que tiene dicho precepto constitucional, de lo cual deriva que no sean disponibles en su núcleo esencial para los poderes constituidos; en segundo término, porque suponen una relación de interdependencia con las demás normas sobre derechos y libertades reconocidas en la norma suprema [...] En ese sentido, los derechos de participación política, por virtud de su

atributo de fundamentales, gozan de la protección constitucional encomendada al Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación y a la Suprema Corte de Justicia de la Nación, de acuerdo con sus respectivas esferas de competencia jurisdiccional.

En correspondencia con esto, la Sala Superior del TEPJF, en la jurisprudencia 35/2013, interpretó que:

...conforme al sistema integral de medios de impugnación en la materia, todos los actos y resoluciones de las autoridades electorales se deben sujetar a los principios de constitucionalidad y de legalidad; en este orden de ideas, es conforme a Derecho considerar que las leyes electorales son susceptibles de control constitucional por las Salas del Tribunal Electoral, tantas veces como sean aplicadas; por tanto, la aludida facultad de las Salas se puede ejercer con motivo de cualquier acto de aplicación de la norma cuya constitucionalidad se cuestiona, pues no existe disposición alguna que establezca que solamente procederá con motivo del primer acto de aplicación.

Por consiguiente, la impugnación de las leyes electorales, aunque es factible en el sistema integral de medios de impugnación en materia electoral, está supeditada a que esa norma sea objeto de aplicación por una autoridad. De este modo, el único mecanismo de control de regularidad de las leyes electorales autoaplicativas es la acción de inconstitucionalidad; un instrumento que de acuerdo con el numeral 105 de la Constitución es inaccesible a los gobernados.

Constituye un criterio firme y reiterado por la Suprema Corte en las tesis P. XVI/2008, P. LX/2008 y 2a./J. 61/2011, que el juicio de amparo, como mecanismo de protección de derechos fundamentales, es improcedente en contra de normas electorales; e, incluso

para la Suprema Corte, según la tesis P. II/2007, ni siquiera el que la ley impugnada afecte a otros derechos no político-electorales, tales como la igualdad, la no discriminación, la libertad de trabajo, etcétera, puede ser un supuesto excepcional de procedencia del juicio de amparo, en la medida en que la violación a dichos derechos incida en cuestiones electorales, como el proceso o la contienda electoral.

En otras palabras, actualmente en el sistema jurídico mexicano no hay un recurso accesible a toda persona que pueda procurar protección de sus derechos fundamentales en contra de una norma electoral autoaplicativa. Es una situación constitucional que no necesariamente resulta consistente con los compromisos internacionales de México en materia de derechos humanos.

Los artículos 25 de la Convención y 2.3 del Pacto reconocen a toda persona el derecho a un recurso judicial rápido, sencillo y efectivo en contra de violaciones a sus derechos fundamentales. La Corte IDH en relación con los alcances de este derecho, aplicado a la protección de derechos políticos, en el párrafo 106 de la sentencia del caso Castañeda Gutman, del 6 de agosto de 2008, consideró que:

A efectos de cumplir su obligación convencional de establecer en el ordenamiento jurídico interno un recurso efectivo en los términos de la Convención, los Estados deben promover recursos accesibles a toda persona para la protección de sus derechos. Si una determinada acción es el recurso destinado por la ley para obtener la restitución del derecho que se considera violado, toda persona que sea titular de dicho derecho debe tener la posibilidad real de interponerlo.

Por su parte, el Comité de Derechos Humanos en el párrafo 15 de la Observación General número 31, del 26 de mayo de 2004, sostiene que “[e]l Artículo 2, inciso 3 requiere que, además de la

efectiva protección de los derechos del Pacto, los Estados parte aseguren que los individuos también tengan recursos accesibles y efectivos para defender esos derechos”.

#### GEOGRAFÍA ELECTORAL Y VOTO IGUAL EN BAJA CALIFORNIA

El 12 de junio de 2015 se publicó un conjunto de leyes electorales locales y un decreto de reformas a la Constitución Política del Estado Libre y Soberano de Baja California (Constitución local, en adelante). Una las novedades de la reforma es la adición de un nuevo párrafo al artículo 14, para quedar así:

Artículo 14.- El Congreso del Estado estará integrado por diputados que se elegirán cada tres años; electos mediante sufragio universal, libre, secreto, directo, personal e intransferible; diecisiete serán electos en forma directa mediante el principio de mayoría relativa, uno por cada Distrito Electoral en que se divida el territorio del Estado, y en su caso, hasta ocho diputados electos por el principio de representación proporcional en una circunscripción estatal. Por cada diputado propietario se elegirá un suplente.

Cada municipio que integra el Estado deberá tener por lo menos un distrito electoral en su demarcación territorial.

La Constitución local ahora no solo establece una cantidad de distritos electorales para elegir a miembros del Congreso, sino que también estipula que cada uno de los municipios debe tener al menos un distrito de los 17 en que se divide el territorio del estado. Este añadido a la Constitución local es abiertamente inconsistente

con la Constitución, con la Convención Americana y con el Pacto, en razón de que ordena un diseño de la geografía electoral que tiene por efecto una disminución en el valor igualitario del voto popular.

El artículo 26 de la Ley del Régimen Municipal para el Estado, establece que

[e]l territorio del Estado de Baja California, se integra con los Municipios de Mexicali, Tecate, Tijuana, Ensenada y Playas de Rosarito, con la superficie, límites y linderos que establezca el Congreso del Estado en el Estatuto Territorial de los Municipios del Estado de Baja California.

Según datos del Instituto Nacional de Estadística y Geografía (Inegi), relativos al último censo de población y vivienda llevado a cabo en el año 2010, en Baja California hay 3 155 070 habitantes; y de acuerdo con la información sobre densidad poblacional municipal de dicho instituto, Ensenada tiene 466 814 habitantes; Mexicali 936 826; Tecate 101 079; Tijuana 1 569 683, y Playas de Rosarito 90 668.

La disminución en el valor igualitario del voto, en consecuencia, estriba en que la Constitución local ordena que municipios con una manifiesta población menor a la media de representación que debe tener cada distrito, tengan por necesidad un representante en el Congreso del Estado. Si Baja California tiene 3 155 070 habitantes (tres millones ciento cincuenta y cinco mil setenta personas), cada uno de los 17 distritos tendría que ser representativo de alrededor de 185 592 habitantes (ciento ochenta y cinco mil quinientos noventa y dos personas); no obstante, los municipios de Playas de Rosarito y Tecate, respectivamente, tienen 90 668 habitantes (noventa mil seiscientos sesenta y ocho personas) y 101 079 habitantes



(ciento un mil setenta y nueve personas); de modo que el artículo que se tilda de violatorio de derechos políticos fija una representación de los ciudadanos de Playas de Rosarito y Tecate con un indebido factor diferenciador entre el valor del voto de los ciudadanos de estos municipios y el valor del voto de los ciudadanos de Tijuana, Mexicali y Ensenada.

La exigencia de que haya al menos un distrito en cada municipio por sí sola no es contraria al principio de igual valor del sufragio, su incompatibilidad deriva de su interpretación sistemática con la norma que divide el territorio del estado en 17 distritos. En el contexto poblacional actual de Baja California, la única manera de hacer compatible el valor igualitario de cada voto y la presencia de por lo menos un distrito en todas las demarcaciones municipales, requiere de más de 35 distritos electorales para elegir legisladores por el principio de mayoría relativa, al ser la unidad de medida mínima, los 90 668 habitantes de Playas de Rosarito.

Es verdad que con motivo de la reforma electoral de 2014, dado lo estipulado por el inciso *a*) del apartado B de la base v del artículo 41 de la Constitución, corresponde al INE (Instituto Nacional Electoral) el diseño y determinación de la geografía electoral en las entidades federativas; sin embargo, no menos cierto es que de conformidad con lo ordenado en el primer párrafo del apartado A de la base v de ese mismo artículo 41, las funciones del INE deben ajustarse al principio rector de legalidad.

En atención a lo preceptuado por la fracción II del artículo 116 de la Constitución, las entidades federativas gozan de libertad configurativa respecto del número de integrantes de sus poderes legislativos y, por extensión, en lo relativo al número de distritos electorales, solo debiéndose ajustar a un estándar mínimo de legisladores, según la población de cada entidad. Constitucionalmente,

es una competencia exclusiva de los Estados federados definir el número de distritos electorales; y el diseño de los distritos y su localización es una atribución originaria del INE, que este debe ejercer en términos de la legalidad en materia electoral, que incluye a las normas previstas en el artículo 14 de la Constitución local.

Aunque el Consejo General del INE aprobó el 18 de junio de 2015 una geografía electoral que se aparta de lo ordenado por el segundo párrafo del numeral 14 de la Constitución local, ello fue así porque el proyecto definitivo de redistribución se elaboró antes de la publicación de la reforma a dicho artículo, y porque los consejeros tomaron esa decisión, aun después de haber manifestado dudas sobre su legalidad. La decisión del INE en cualquier caso no derivó de la aplicación o inaplicación del segundo párrafo del artículo 14 de la Constitución local, por lo que en modo alguno supone un antecedente relevante que permita apuntalar o poner en cuestión su validez jurídica.

## CONCLUSIONES

Las normas sobre geografía electoral del artículo 14 de la Constitución local son de carácter autoaplicativo en tanto vinculan a los votantes desde el inicio de su vigencia y transforman situaciones concretas de derecho relativas al igual valor del voto de los ciudadanos de Baja California en la integración del Poder Legislativo. El diseño distrital derivado de la vigencia del artículo 14 de la Constitución local, sin duda, disminuye el valor igualitario del voto popular. Se trata de una situación normativa contraria a la definición del Congreso del Estado como asamblea de representantes del pueblo. Resulta inconcluso, pues, que la adición al artículo 14

de la Constitución local incorporó normas *per se* contrarias a la Constitución, la Convención Americana y el Pacto, por afectar el contenido del derecho al voto y en específico su valor igualitario.

En tales circunstancias, si se considera que el juicio de amparo es improcedente en materia electoral, la acción de inconstitucionalidad posee una naturaleza extraordinaria y el juicio de derechos político-electorales del ciudadano es inaccesible para impugnar la falta de conformidad con la Constitución de una norma electoral autoaplicativa, México carece de un recurso efectivo en contra de este tipo de normas, que posibilite su cuestionamiento jurisdiccional como reguladoras del ejercicio del derecho al voto, por parte de sus titulares, tal y como exigen la Convención Americana y el Pacto.

De acuerdo con el derecho internacional de los derechos humanos, las autoridades soberanas de un Estado gozan de un campo de acción e interpretación de los derechos fundamentales, conocido como “margen de apreciación” (Barbosa, 2012: 52); no obstante, dejar a los titulares del derecho al voto sin un recurso efectivo en contra de las leyes electorales autoaplicativas se sale de tales parámetros de configuración.

Es un criterio firme de la Corte IDH, establecido en el párrafo 117 de la sentencia dictada en el caso Maritza Urrutia, del 27 de noviembre de 2003, que el reconocimiento formal de los derechos y la existencia de recursos para defenderlos no es suficiente para considerarlos efectivos, sino que deben de dar resultados que acrediten su efectividad. En el presente caso, el juicio de derechos político-electorales del ciudadano, competencia del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, no puede hacer las veces de recurso efectivo, porque su procedencia está sujeta a la previa aplicación de la norma por una autoridad. Y, aunque tres legitimados incoaron una acción de inconstitucionalidad, la única vía procedente para

combatir una norma autoaplicativa en cuestión. Aún está por verse si la realidad indica que son o no un recurso efectivo.

El derecho al voto igual es un derecho contemplado en la Convención Americana, y la Corte IDH en el párrafo 102 de la sentencia del caso Cantoral Benavides, del 18 de agosto de 2000, considera que “la inexistencia de un recurso efectivo contra las violaciones de los derechos reconocidos por la Convención constituye una transgresión de la misma por el Estado parte”. La ausencia de un recurso disponible para los ciudadanos de Baja California, que defiende el valor igualitario de su derecho al voto, no es consistente con el contenido del derecho fundamental a la protección judicial. México debería tomar nota de la convicción de Daniel Zovatto (1989: 251), compartida por la Comisión IDH, en el sentido de que “la mejor garantía de los derechos humanos es la protección del efectivo ejercicio de los derechos políticos”. De lo contrario, la proclamación de los derechos puede convertirse en simple discurso legitimador o como refiere Maurice Duverger: “Proclamar la igualdad de los gobernantes y gobernados, de los que someten y los sometidos, constituye un admirable medio de justificar la obediencia de los segundos a los primeros” (1996: 449).

## BIBLIOGRAFÍA

Barbosa Delgado, F. R. (2012). El margen nacional de apreciación en el derecho internacional de los derechos humanos: Entre el Estado de derecho y la sociedad democrática. En M. Núñez Poblete & P. A. Acosta Alvarado, *El margen de apreciación en el sistema interamericano de derechos humanos: Proyecciones regionales y nacionales* (pp. 51-82). México: Univer-

- sidad Nacional Autónoma de México. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/7/3160/7.pdf>
- Beltrán Morales, J. A. & Almada Alatorre, R. (enero-abril de 2011). El principio democrático una persona-un voto: Aportaciones para la discusión sobre la igualdad del voto, el caso de Baja California Sur. *Espiral*, xviii, 183-216. Recuperado de <http://www.redalyc.org/pdf/138/13818129006.pdf>
- Duverger, M. (1996). *Los partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica.
- Nikken, P. (2003). El artículo 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos como fundamento de la obligación de ejecutar en el orden interno las decisiones de los órganos del Sistema Interamericano de Derechos Humanos. *Working Session on the Implementation of International Human Rights Obligations and Standards in the Inter-American System* (pp. 27-39). Washington D.C.: Corte Interamericana de Derechos Humanos. Recuperado de <http://www.internationaljusticeproject.org/englishoas.pdf>
- Nohlen, D. (1994). *Sistemas electorales y partidos políticos*. México: Fondo de Cultura Económica. Recuperado de <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/libro.htm?l=1959>
- Woldenberg, J. (1 de julio de 2001). Doce cambios desleales. *Nexos*. Recuperado de <http://www.nexos.com.mx/?p=10036>
- Zovatto, G. D. (1989). Derechos y deberes políticos. *Diccionario de derecho electoral* (pp. 246-251). San José: Instituto Interamericano de Derechos Humanos. Recuperado de [http://pdf.usaid.gov/pdf\\_docs/PNABI451.pdf](http://pdf.usaid.gov/pdf_docs/PNABI451.pdf)



## EL DERECHO HUMANO DE ACCESO A LA INFORMACIÓN PÚBLICA

Luis Carlos Castro Vizcarra\*

### INTRODUCCIÓN

Este trabajo estudia el derecho de acceso a la información pública como un derecho humano, tanto en nuestro sistema jurídico como en el Sistema Americano de Derechos Humanos.

Los derechos humanos contienen principios rectores para su interpretación y crean obligaciones y deberes para las autoridades para su ejercicio, protección y garantía; conceptos que también revisamos en esta colaboración.

De los conceptos que se enumeran en este escrito, se desprenden las características, elementos y clasificaciones de los derechos humanos, provenientes tanto del artículo 1º constitucional como de la propia doctrina.

\* Profesor de tiempo completo de la Facultad de Derecho-Mexicali. Estudiante del doctorado en ciencias jurídicas. Correo electrónico: [luiscarloscastro@uabc.edu.mx](mailto:luiscarloscastro@uabc.edu.mx)

Al haber comprendido desde la parte general lo que son los derechos humanos, analizaremos y enumeraremos algunos conceptos del derecho de acceso a la información y su fundamento constitucional, legal y convencional.

Por último, es importante entender desde la perspectiva convencional el derecho de acceso a la información, ya que la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un documento de 1969, mientras que el auge del derecho de acceso a la información surge por lo menos una década después de la firma de dicho tratado, y cómo la Corte Interamericana ha interpretado a la luz de este derecho el artículo 13 del Pacto de San José.

Una vez analizados los conceptos de derechos humanos, sus principios, características y elementos, y el concepto del derecho de acceso a la información desde nuestro sistema jurídico y desde la visión convencional, podemos analizar en este trabajo si el derecho de acceso a la información es un derecho humano y las implicaciones que esto conlleva.

## JUSTIFICACIÓN

La transparencia surge como una demanda de la sociedad para saber qué hace el gobierno con el dinero de nuestros impuestos, sin embargo, la práctica de esta actividad ha dado muchos beneficios metapolíticos, pues se trata de compartir información que puede ser útil para la ciudadanía, empresas, asociaciones civiles y agrupaciones que se pueden ver beneficiadas de muchas maneras al tener información de fácil acceso, real y concisa que el gobierno mediante sus diversas actividades recaba, genera o resguarda.



El acceso a la información debe entenderse como un derecho humano, consagrado por nuestra Constitución y que le da a cualquier persona, sin necesidad de acreditar interés alguno, la prerrogativa de hacerse de cualquier documento que cualquier servidor público genere, resguarde o tenga a su alcance. Hay excepciones al acceso a la información, como lo es la información reservada, que es información pública que se guardará en custodia por un tiempo determinado, esto con la finalidad de proteger algún otro derecho si se llega a difundir, como puede ser la vida, la seguridad o la gobernabilidad. Del mismo modo, también existe la información confidencial, la cual nunca se dará a conocer y se guardará en secreto al consistir de datos personales de los habitantes del Estado. Sin embargo, en nuestro país debe imperar el principio de máxima publicidad que menciona nuestra Constitución.

Del tercer párrafo de nuestro primer artículo constitucional se desprenden cuatro obligaciones para toda autoridad, cuatro principios rectores y cuatro obligaciones relativas a la violación de los derechos humanos, como lo podemos observar en la Carta Magna.

Las obligaciones son las de promover, respetar, proteger y garantizar en el ámbito de sus respectivas competencias los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, y las obligaciones son las de: prevenir, investigar, sancionar y reparar las violaciones de los derechos humanos.

Por el principio rector de universalidad esto implica “que todos los miembros de la especie humana sin importar su sexo, edad, raza, lugar de residencia, nacionalidad, religión, situación económica o cualquier otra condición semejante gozan de ellos” (SCJN, 2014: 38).

Esto significa que todas las personas gozan de los derechos humanos, son inherentes al ser humano por su calidad de ser humano, es por ello que aplican para todos. En algunas situaciones

ciertos derechos aplican para ciertas personas por alguna característica en particular, pero todas las personas que gozan de esa característica gozarán de ese derecho humano. Como el derecho al voto, que se reserva a los ciudadanos, pero todos los ciudadanos pueden ejercer ese derecho humano.

El *principio de interdependencia* hace referencia a que “los Derechos Humanos se encuentran relacionados o conectados entre sí, y que, en consecuencia, la satisfacción o la afectación a alguno de ellos tiene efectos en el goce y eficacia de otros” (SCJN, 2014). No podemos aplicar un derecho humano sin tener en cuenta que al mismo tiempo están siendo aplicados varios derechos humanos por el mismo titular o por otras personas, y es por eso que debemos considerar los efectos que desencadenan en conjunto.

*El principio de progresividad*

implica tanto gradualidad como progreso. La gradualidad se refiere a que la efectividad de los derechos no va a lograrse de una vez y para siempre, sino que se trata de un proceso que supone definir metas a corto, mediano y largo plazo. El progreso patentiza que el disfrute de los derechos siempre debe mejorar. La progresividad requiere del diseño de planes para avanzar al mejoramiento de las condiciones de los derechos mediante el cumplimiento de dichos planes (Vázquez & Serrano, 2012: 159).

La progresividad advierte el avance no solamente de la interpretación de los propios derechos humanos sino de su observancia, garantía y cumplimiento. Los derechos humanos, su aplicación y garantía no eran los mismos hace 50 años, como tampoco lo serán en cien años.

Por último, la *indivisibilidad* hace mención a que los derechos humanos funcionan en unidad, es decir, “la concreción de los derechos solo puede alcanzarse mediante la realización conjunta de todos ellos” (Vázquez & Serrano, 2012).

Cuando hablábamos de la interdependencia decíamos que al aplicar o inaplicar los derechos humanos debemos esperar una reacción de los demás derechos pues todos están presentes a la vez. La indivisibilidad es precisamente ese conjunto de derechos humanos: donde existe uno existen todos.

En cuanto a las obligaciones de todas las autoridades hacia los derechos humanos, encontramos que la promoción implica el deber

adoptar medidas para impulsar su observancia y respeto, entre las que destacan las encaminadas a que todos los agentes estatales estén conscientes de las obligaciones que los derechos humanos les generan, así como a que las personas conozcan y comprendan cuáles son sus derechos, pues, entre mayor sea el conocimiento al respecto, mayor será también la exigencia de su cumplimiento y eficacia (Carmona, 2011: 166-167).

Si no se respetan los derechos humanos de nada sirve que los tengamos escritos en nuestra Constitución, pasa lo mismo si no se conocen. Las obligaciones de las autoridades con los derechos humanos van en ese tenor y la promoción es sin duda alguna una de las más importantes. Los gobiernos deben dedicar recursos y tiempo para establecer políticas y medidas que vayan hacia la difusión, enseñanza y apertura de los derechos humanos.

El papel de la autoridad en muchos derechos es simplemente no hacer nada ante el disfrute de los derechos humanos, la simple obstrucción o actuación en contra de una libertad básica constitu-

ye una violación a los derechos humanos, como pudiera ser en el derecho a la libertad personal, a la propiedad o a la libertad de expresión, es por eso importante que la autoridad tenga la obligación de respetar los derechos humanos de los individuos.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha establecido qué se entiende por la obligación de garantizar los derechos humanos en la sentencia “Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras” al establecer que

esta obligación implica el deber de los Estados Partes de organizar todo el aparato gubernamental, y en general, todas las estructuras a través de las cuales se manifiesta el ejercicio del poder público, de manera tal que sean capaces de asegurar jurídicamente el libre y pleno ejercicio de los Derechos Humanos. Como consecuencia de esta obligación los Estados deben prevenir, investigar y sancionar toda violación de los derechos reconocidos por la Convención y procurar, además el restablecimiento, si es posible, del derecho conculcado y, en su caso, la reparación de los daños producidos por la violación de los Derechos Humanos.<sup>1</sup>

Esta es quizá la obligación más difícil para las autoridades pues es asegurar el ejercicio pleno de los derechos humanos y prevenir, investigar y sancionar las violaciones de los mismos, reparando de ser posible los daños causados. Hacer esto en todos los órdenes y niveles de gobierno debe ser la tarea principal de las autoridades en un Estado de derecho donde se respetan los derechos humanos.

<sup>1</sup> Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso Velásquez Rodríguez vs Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C No. 4 de julio de 1988, Serie C, No. 4.

Por último, tenemos la protección, y esta obligación exige al Estado “que impida abusos a los derechos de un individuo o grupo y, en consecuencia, que adopte medidas necesarias para garantizar que terceras personas no interfieran con su disfrute” (SCJN, 2014: 86).

Como podemos ver, el Estado tiene mucho trabajo que realizar en cuanto al cumplimiento y ejercicio de los derechos humanos, pues no basta con tener un marco jurídico y constitucional actualizado con los derechos humanos que la población requiere sino realizar todos los esfuerzos para no impedir su ejercicio, garantizar su disfrute, impedir su violación y reparar el daño, mientras da a conocer todo esto a sus habitantes y funcionarios.

Cuando las autoridades no pueden prevenir la violación de los derechos humanos siguen persistiendo deberes constitucionales en aras de reparar el daño y prevenir más violaciones: estas son las de prevenir, investigar, sancionar y reparar.

En el tema de la prevención podemos encontrar todas las medidas necesarias para evitar la violación de los derechos humanos las cuales van estrechamente de la mano con las obligaciones de promoción, respeto, garantía y protección de los mismos.

En cuanto a la investigación de las violaciones, nos referimos a “que el Estado debe llevar a cabo actuaciones serias y eficaces tendientes a revelar la existencia de violaciones y a identificar a los sujetos que, en su caso, las cometieron a efecto de que no queden impunes” (SCJN, 2014: 91).

En cada supuesta violación de derechos humanos la autoridad es responsable de hacer todo lo necesario para comprobar si hubo dicha violación y en su caso identificar a los responsables.

Si se encontró a dichos responsables, está la obligación de sancionarlos, es decir, aplicar las penas que el propio Estado considere necesarias —para evitar futuras violaciones e impartir justicia.

En cuanto a la reparación del daño, se pretende que el Estado tenga el deber de “resarcir a la víctima de los daños que le hayan sido causados; por tanto, en la medida de lo posible volver las cosas al estado en que se encontraban antes de que se perpetrara la violación, así como remediar las consecuencias que esta haya generado” (SCJN, 2014).

Este es quizá el deber más complicado de la autoridad pues, por la propia naturaleza de las violaciones de los derechos humanos, regresar las cosas al estado original en muchas de las ocasiones resulta imposible, es por ello que en esos caso el Estado debe buscar remediar las consecuencias que generó la violación mediante una debida indemnización.

Al analizar el derecho de acceso a la información como un derecho humano, estudiamos sus características y conceptos pero también, sobre todo, las obligaciones de las autoridades a partir de la reforma constitucional de 2011.

## DESARROLLO DE LA TEMÁTICA

Los derechos humanos son una especie particular de derechos, inherentes al ser humano y que en cada momento histórico concretan las exigencias de la dignidad, la libertad y la igualdad humana, las cuales deben ser reconocidas positivamente por los ordenamientos jurídicos a nivel nacional e internacional (SCJN, 2014). Los derechos humanos se diferencian de los otros derechos en que protegen lo que en filosofía política se conoce como “bienes básicos”, que son aquellos que resultan necesarios para realizar cualquier plan de vida (Carbonell, 2014).

De los conceptos anteriores de derechos humanos podemos desprender que son derechos especiales, que conforman en sí una

rama particular del derecho al estudiar ciertas normas en particular con sus características y elementos propios. Podemos ver que se enfocan en proteger la dignidad y los bienes básicos y que su positivización es muy importante.

Un concepto de derechos humanos que da la Suprema Corte de Justicia de la Nación es el siguiente: “Prerrogativas mínimas que todo miembro de la especie humana, por su propia naturaleza, debe gozar, y cuyo respeto y observancia deben ser garantizados por el Estado en todo tiempo y lugar, pues a través de ellas se concretan las exigencias de la dignidad humana” (SCJN, 2014: 5).

Al desmembrar el concepto anterior llegamos a la conclusión de que se habla de las prerrogativas básicas del ser humano, las cuales otorgan facultades, privilegios, poderes y libertades diferentes pero todas enfocadas en la propia naturaleza del ser humano y que por su simple condición es titular de ellas. La calidad de la observancia y respeto de los derechos humanos en cada Estado dependerá de las propias autoridades y su propio sistema jurídico.

El artículo 6° de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su segundo párrafo establece que “toda persona tiene derecho al libre acceso a información pública y oportuna, así como a buscar, recibir y difundir información e ideas de toda índole por cualquier medio de expresión”.

Más adelante en el mismo artículo encontramos que

toda la información en posesión de cualquier autoridad, entidad, órgano y organismo de los poderes ejecutivo, legislativo y judicial, órganos autónomos, partidos políticos, fideicomisos y fondos públicos, así como de cualquier persona física, moral o sindicato que reciba y ejerza recursos públicos o realice actos de autoridad en el ámbito federal, estatal y municipal, es pública.

Toda la información es pública, sin embargo, podrá reservarse su acceso temporalmente por razones de interés social y seguridad nacional, como lo establecen el propio artículo sexto y las leyes. Cuando se interpreta el derecho de acceso a la información nuestra Constitución establece que debe prevalecer el principio de máxima publicidad.

Es importante señalar que la Constitución señala que “los sujetos obligados deberán documentar todo acto que derive del ejercicio de sus facultades, competencias o funciones, la ley determinará los supuestos específicos bajo los cuales procederá la declaración de inexistencia de la información”.

Si nos vamos a nuestra Constitución local encontraremos en el artículo 7º, apartado C, que:

Toda persona sin necesidad de acreditar interés alguno, tiene derecho a acceder a la información que la ley atribuye el carácter de pública, a sus datos personales, o a la rectificación de estos. La Ley de la materia deberá observar, entre otros, los principios de protección a los datos personales, máxima publicidad y gratuidad; asimismo, deberá establecer los mecanismos de acceso a la información pública, de protección de los datos personales, así como los procedimientos de revisión, y señalar aquella que tenga el carácter de reservada o confidencial.

En cuanto a la definición de información pública en nuestra entidad, es necesario remitirnos a la Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública para el Estado de Baja California que en su artículo 3º nos dice que

la información generada, administrada o en posesión de los sujetos obligados, se considera un bien de dominio público, por lo que



cualquier persona tendrá acceso a la misma en los términos y con las excepciones que esta Ley señala. Su reglamento no podrá establecer más excepciones que las previstas en este ordenamiento.

En el ámbito internacional, el derecho de acceso a la información lo vamos a encontrar de la mano de la libertad de expresión. En la Declaración Universal de Derechos Humanos, artículo 19, encontramos lo siguiente:

Todo individuo tiene derecho a la libertad de opinión y de expresión; este derecho incluye el de no ser molestado a causa de sus opiniones, el de investigar y recibir informaciones y opiniones, y el de difundirlas, sin limitación de fronteras, por cualquier medio de expresión.

El Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de 1966 sigue la misma línea y en el artículo 19.2 establece que:

Toda persona tiene derecho a la libertad 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.

En el Sistema Americano de Derechos Humanos podemos encontrar que el artículo 13 del Pacto de San José asocia también el derecho de acceso a la información con el de libertad de expresión al señalar lo siguiente:

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.

El vocablo *acceso*, nos dice la Real Academia de la Lengua, es “la acción de llegar o acercarse”. Por *información pública* vemos que la ley se refiere a la contenida en los documentos que los sujetos obligados generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven por cualquier título. La misma ley establece que *documentos* es cualquier registro que documente el ejercicio de las facultades o su actividad en cualquier medio, sea visual, impreso, sonoro, escrito, electrónico u holográfico.

Podemos entonces concluir que el derecho de acceso a la información es la prerrogativa que tiene cualquier persona, sin acreditar interés alguno, de llegar a los documentos que generen, obtengan, adquieran, transformen o conserven los sujetos obligados en cualquier medio.

El derecho de acceso a la información pública siempre se asocia con la transparencia y la protección de datos, como lo podemos ver en el nombre de las leyes (Ley de Transparencia y Acceso a la Información Pública Gubernamental) y en los órganos garantes (Instituto Federal de Acceso a la Información Pública y Protección de Datos), y aunque son cuestiones diferentes, todos protegen el mismo derecho: el del acceso a la información pública, ya sea por obligación del gobierno a transparentar sus documentos o por proteger los datos confidenciales de las personas.

El vocablo de *transparencia* proviene del adjetivo “transparente” que sugiere una calidad de un cuerpo que deja ver claramente sus objetos, que permite dejar pasar la luz, que es translúcido, que es evidente o que se comprende sin duda ni ambigüedad. Aplicado

a la filosofía política se entiende como una obligación por parte de los servidores públicos de dar a conocer los actos y documentos de su administración, especialmente el uso del dinero público, para prevenir la corrupción. Los organismos y las instituciones de gobierno deben colocar toda la información en una caja de cristal, transparente, por donde pase no solamente la luz sino los ojos de los ciudadanos y de la opinión pública.

Si bien el derecho de acceso a la información existe en nuestra Constitución a partir de la reforma constitucional de 1977 al artículo sexto (aunque solo se establecía que se garantizaría el derecho de acceso a la información, pero no se decía cómo), no fue sino hasta el año 2002 que se crea la ley y el órgano que garantizarían dicho derecho.

Tomando en cuenta los antecedentes históricos de este derecho, podemos ver que en los tratados firmados en 1949, 1966 y 1969 no se establecía tal derecho en un artículo propio sino como parte de la libertad de expresión.

La Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos estableció en 2012 que

el derecho de acceso a la información es un derecho fundamental protegido por el artículo 13 de la Convención Americana. Se trata de un derecho particularmente importante para la consolidación, el funcionamiento y la preservación de los sistemas democráticos, por lo cual ha recibido un alto grado de atención, tanto por los Estados miembros de la OEA como por la doctrina y la jurisprudencia internacional (CIDH, 2012: 1).

La propia Relatoría Especial, en el mismo documento, nos da un concepto a través de su interpretación: “El artículo 13 de la

Convención Americana comprende la obligación positiva en cabeza del Estado de permitir a los ciudadanos acceder a la información que está en su poder” (CIDH, 2012). Esto despeja toda duda de que el artículo 13 no solo abarca el derecho de acceso a la información en el sistema americano sino que es en sí un derecho humano, diferente e importante para la consolidación de los sistemas democráticos. Incluso

la Corte Interamericana ha establecido que el artículo 13 de la Convención Americana, al estipular expresamente los derechos a buscar y a recibir informaciones, protege el derecho que tiene toda persona a acceder a la información bajo el control del Estado, con las salvedades permitidas bajo el estricto régimen de restricciones establecido en dicho instrumento (CIDH, 2012).

Si bien esto nos habla de un control por parte del Estado, también señala el contenido y el alcance del derecho y que las restricciones deben ser mínimas.

Podemos encontrar otras evidencias donde la Corte reconoce que es un nuevo derecho humano; incluso en las sentencias de los Casos Claude Reyes y otros y Gomes Lund y otros (Guerrilha do Araguaia), la Corte ya no se refirió a la formulación clásica del artículo 13 de la Convención Americana (en términos de la libertad de expresión) y sostuvo más bien la existencia de un nuevo derecho humano.

La decisión de la Corte Interamericana de afirmar que el acceso a la información constituye un derecho fundamental fue considerada histórica por muchas organizaciones protectoras de derechos humanos, pues fue el primer tribunal internacional que lo hizo (CIDH, 2012).

## CONCLUSIONES

Los derechos humanos son un tipo de derechos que se enfocan en proteger la dignidad y los bienes básicos, que crean obligaciones para las autoridades y cuya positivización es muy importante.

Están dotados de características especiales pues son inherentes a la persona, incondicionales, transnacionales, inalienables, irrenunciables, imprescriptibles e irreversibles. Sin embargo, los derechos humanos no son absolutos, es decir, es necesario limitarlos para que impidan avasallar otros derechos humanos entendiendo que son indivisibles e interdependientes (Carbonell, 2014). El propósito de este trabajo ha sido comprobar que el derecho de acceso a la información es un derecho humano, es por eso que primero definimos lo que son los derechos humanos, después hicimos lo propio con el derecho de acceso a la información pública y por último buscamos opiniones de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, jurisprudencia que aplica a nuestro sistema jurídico (Steiner & Uribe, 2014: 13), sentencias que enumeramos en el subtítulo anterior donde la Corte establece que en efecto el derecho de acceso a la información es un derecho humano.

Agregar el derecho de acceso a la información al catálogo de derechos humanos de nuestro país es un avance importante pues genera las obligaciones a las autoridades de promover, garantizar, respetar y proteger dicho derecho con los principios de interpretación conforme y propersona, obligando al Estado a solo limitarlo cuando entra en conflicto con otro derecho humano y a crear las condiciones necesarias para que dicho derecho se ejerza.

## BIBLIOGRAFÍA

- Carbonell, M. (15 de abril de 2014). 28. Los límites de los derechos humanos. Recuperado el 7 de marzo de 2015 de <https://www.youtube.com/watch?v=cSkZdtwRpLc&index=28&list=PL14tmFGP4Lr0tMrMHoOjft7FWIEAI-vwo>
- . (15 de abril de 2014). 3. ¿Por qué es necesario plasmar por escrito los derechos humanos? Recuperado el 7 de marzo de 2015 de [https://www.youtube.com/watch?v=oCnwe7-\\_8lk&index=3&list=PL14tmFGP4Lr0tMrMHoOjft7FWIEAI-vwo](https://www.youtube.com/watch?v=oCnwe7-_8lk&index=3&list=PL14tmFGP4Lr0tMrMHoOjft7FWIEAI-vwo)
- Carmona T., J. U. (2011). Panorama y breves comentarios al sentido y alcance de la inminente reforma constitucional en materia de derechos humanos en México de 2011. En J. P. Abreu Sacramento & J. Le Clercq (Coords.), *La reforma humanista. Derechos humanos y cambio social en México*. México: Senado de la República, LXI Legislatura, M. A. Porrúa, Fundación Humanismo Político, Fundación Honrad Adenauer (Serie El derecho).
- Corte Interamericana de Derechos Humanos. (fecha). Caso Velásquez Rodríguez vs. Honduras, Fondo, Sentencia de 29 de julio de 1988, Serie C, No. 4.
- Relatoría Especial para la Libertad de Expresión de la Comisión Interamericana de Derechos Humanos. (2012). *El derecho de acceso a la información en el marco jurídico interamericano* (2ª ed.). Washington, D. C. EUA: Comisión Interamericana de Derechos Humanos.
- Steiner, C. & Uribe, P. (Coords.). (2014). *Convención Americana sobre Derechos Humanos comentada*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación.

- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2014). *Derechos Humanos, Parte General*. México: Autor.
- Vázquez, L. D. & Serrano, S. (2012). Los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad. Apuntes para su aplicación práctica. En M. Carbonell & P. Salazar (Coords.), *La reforma constitucional de derechos humanos: Un nuevo paradigma*. México: Suprema Corte de Justicia de la Nación, Instituto de Investigaciones Jurídicas-Universidad Nacional Autónoma de México.





## EL ACCESO AL ABORTO LEGAL Y SEGURO: UN DERECHO HUMANO

Ana Luna Serrano\*

### INTRODUCCIÓN

Las mujeres que optan por interrumpir sus embarazos no deseados enfrentan una estigmatización y criminalización generalizada, misma que resulta en un perjuicio en la relación familiar de la mujer que la sufre (Kane, Galli & Skuster, 2013).

Pero este es solo el primero de los problemas que enfrentan las mujeres que abortan. La figura del aborto representa una problemática de salud pública que representa la causa de muerte de miles de mujeres al año.

Parte importante de los derechos humanos de las mujeres son los relacionados con la salud, particularmente los derechos sexuales y reproductivos. El acceso al aborto legal y seguro es uno de los derechos que las mujeres deben poder ejercer libremente.

\* Profesora de tiempo completo de la Facultad de Ciencias Administrativas y Sociales. Correo electrónico: ana.luna.serrano@uabc.edu.mx. Es importante extender un agradecimiento a los estudiantes de derecho Bryan Sánchez Agustín, Itzel Sánchez Agustín y Karla Fernanda López Cuéllar por su apoyo para la realización de este artículo.

Sin embargo, en el mundo, y particularmente en nuestro país, las mujeres enfrentan un sinnúmero de obstáculos para interrumpir sus embarazos no deseados, incluso en los supuestos en que el aborto está permitido por la ley.

La dimensión de esta problemática ha originado que diversos organismos internacionales de protección de los derechos humanos se hayan pronunciado al respecto, recomendando a los Estados pautas de actuación para armonizar su normatividad interna y políticas públicas con sus obligaciones internacionales en la materia.

#### EL ACCESO AL ABORTO LEGAL Y SEGURO COMO DERECHO DE LA MUJER

Parte esencial de los derechos de salud que tienen las mujeres es el acceso al aborto legal y seguro. Esto se fundamenta en los derechos a la vida, la salud, la integridad física, la vida privada, la no discriminación y la autonomía reproductiva, mismos que se encuentran reconocidos en los tratados internacionales en materia de derechos humanos, así como en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos.<sup>1</sup>

Las recomendaciones de las instancias internacionales de protección a los derechos humanos hacia los Estados son en el sentido de garantizar el acceso al aborto seguro en los supuestos estable-

<sup>1</sup> Algunos de los tratados de los que México es parte que contienen disposiciones consagrando los derechos aquí mencionados son la Convención Americana de Derechos Humanos, el Protocolo de San Salvador, el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales y la Convención para la Eliminación de todas las formas de Discriminación contra la Mujer.

cidos en la ley y de abolir las penas punitivas a las mujeres que se hayan sometido a abortos.

Tal es el caso del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (Comité CEDAW) que en su Recomendación General No. 24 insta a los Estados a “garantizar la eliminación de todas las barreras al acceso de la mujer a los servicios, la educación y la información sobre salud, inclusive en la esfera de la salud sexual”, así como a “en la medida de lo posible [...] enmendarse la legislación que castigue el aborto a fin de abolir las medidas punitivas impuestas a mujeres que se hayan sometido a abortos” (1999).

Resulta gravemente preocupante que 40% de las mujeres en edad fértil habita en países con leyes muy restrictivas, o donde el aborto, aun siendo legal, no está garantizado puesto que resulta inaccesible (OMS, 2012).

Esta es la situación a la que se enfrentan las mujeres mexicanas. El Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE) realizó, para su informe “Omisión e indiferencia: Derechos reproductivos en México”, un análisis de información pública relacionada con la implementación del marco normativo relacionado al aborto, misma que fue obtenida a través de medios remotos, sistemas Infomex y alternos, a nivel federal y local (Andión & Ramos, 2013).

Al cuestionar a la Fiscalía Especial para los Delitos de Violencia contra las Mujeres y Trata de Personas respecto del número de autorizaciones para interrupción legal del embarazo en casos de violación sexual, esta dependencia informó que habiendo realizado “una búsqueda exhaustiva en los registros internos de dicha unidad, no se encontró antecedente alguno respecto a la información solicitada”. Al mismo tiempo, se iniciaron 88 averiguaciones previas entre 2007 y 2012 por el delito de violación sexual. Resta preguntarse si ninguna de las víctimas de violación sexual quedó

embarazada o solicitó la autorización para la interrupción legal del embarazo (Andión & Ramos, 2013).

A escala local, los resultados fueron aún más preocupantes. Las procuradurías de Coahuila, Sonora, Tamaulipas y Veracruz señalaron que no tienen competencia para emitir autorizaciones para interrupción del embarazo por violación. En el caso de Sonora, la procuraduría señaló explícitamente que no emite autorizaciones por ser el aborto un delito, demostrando el amplio desconocimiento de la normatividad relacionada a la interrupción legal del embarazo por violación, o bien, la falta de voluntad para emitir autorizaciones a pesar de la ley (Andión & Ramos, 2013).

Las cifras de autorizaciones para interrupción legal del embarazo aportadas por las demás entidades federativas resultaron más contrastantes que a nivel federal respecto del número de averiguaciones previas por el delito de violación en el mismo periodo.

De acuerdo con las respuestas proporcionadas al GIRE por el estado de Baja California, se iniciaron 1 826 averiguaciones previas por el delito de violación sexual y únicamente se dieron tres autorizaciones para la interrupción del embarazo. Este contraste resulta aún más preocupante si se considera el subregistro de incidencia por la falta de denuncias por delito de violación (Andión & Ramos, 2013).

En las Observaciones Finales del Comité CEDAW dirigidas a México en 2012, el Comité expresó su preocupación con respecto a

los casos en que los proveedores de servicios médicos y trabajadores sociales han denegado el acceso al aborto legal a embarazadas que cumplían los restrictivos criterios reglamentarios y, a continuación, las denunciaron ante las autoridades judiciales, quienes a su vez las condenaron a largas penas de prisión por infanticidio o asesinato (CEDAW, 2012).

Claramente, a pesar de los numerosos tratados internacionales firmados y ratificados por México en materia de derechos humanos, y de la reforma constitucional de 2011, los derechos de salud reproductiva de la mujer están siendo completamente vulnerados en el país, particularmente en el caso del acceso a un aborto legal y seguro, prácticamente nulo en México, a excepción del Distrito Federal.

El Comité de la CEDAW se ha pronunciado en otras ocasiones acerca del tema<sup>2</sup>, y otros comités de Naciones Unidas, como el

<sup>2</sup> El Comité CEDAW se ha pronunciado reiteradamente al respecto. Véase ONU, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Comunicación N° 22/2009 (3-21 de octubre de 2011). Recuperado de [http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW.C.50.D.22.2009\\_en.pdf](http://www.ohchr.org/Documents/HRBodies/CEDAW/Jurisprudence/CEDAW.C.50.D.22.2009_en.pdf); ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Suplemento No. 38, A/56/38 (20 de abril de 2001). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/docs/56/a5638p1.pdf>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: España, Suplemento No. 38, A/52/38/Rev.1 (12 de agosto de 1997). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/docs/52/plenary/a52-38rev1.htm>; ONU, Asamblea General, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Estado parte: Belice, Suplemento No. 38, A/54/38 (25 de junio de 1999). Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf>; ONU, Asamblea General, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales, Suplemento No. 38, A/50/38 (16 de enero a 3 de febrero de 1995). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/docs/50/plenary/a50-38.htm>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Chile, Suplemento No. 38, A/54/38 (4 de mayo de 1999). Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/20report.pdf>; ONU, Asamblea General, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales, CEDAW/C/CHI/CO/4 (25 de agosto de 2006). Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw36/cc/chile/0647950S.pdf>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Tailandia,

---

Suplemento No. 38 A/54/38/Rev.1 (19 de enero a 5 de febrero de 1999). Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf>; ONU, Asamblea General, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Colombia, Suplemento No. 38, A/54/38/Rev.1 (7 - 25 de junio de 1999); ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Suplemento No. 38, A/51/38 (9 de mayo de 1996). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/cedaw/15/report/a51-38-contents.htm>; ONU, Asamblea General, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Irlanda, Suplemento No. 38, A/54/38 (7-25 de junio de 1999). Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf>; ONU, Informe del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Suplemento No. 38, A/55/38 (17 de enero a 4 de febrero de 2000). Recuperado de [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/CONCLUDING\\_COMMENTS/Jordan/Jordan-CO-1-2.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/spanish/CONCLUDING_COMMENTS/Jordan/Jordan-CO-1-2.pdf); ONU, Asamblea General, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Liechtenstein, Suplemento No. 38 A/54/38 (19 de enero-5 de febrero de 1999). Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf>; ONU, Asamblea General, Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: Luxembourg, A/52/38/Rev.1, 12 de agosto de 1997. Recuperado de [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/\(Symbol\)/A.52.38.Rev.1,PartIIparas.184-227.Sp?Opendocument](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/(Symbol)/A.52.38.Rev.1,PartIIparas.184-227.Sp?Opendocument); ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Mauricio, A/50/38 (31 de mayo de 1995). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/docs/50/plenary/a50-38.htm>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Mauricio, CEDAW/C/MAR/CO/5 (21 de octubre de 2011). Recuperado de <http://www2.ohchr.org/english/bodies/cedaw/docs/co/CEDAW-C-MUS-CO-6-7.pdf>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Namibia, A/52/38/Rev.1, Parte II (12 de agosto de 1997). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/docs/52/plenary/a52-38rev1.htm>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Panamá, Suplemento No. 38 A/55/38/Rev.1 (17 de enero-4 de febrero de 2000). Recuperado de <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/611/52/PDF/N0061152.pdf?OpenElement>; ONU, Asamblea

---

General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Paraguay, Suplemento No. 38, A/51/38 (9 de mayo de 1996). Recuperado de [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/8e9c603f486cdf83802566f8003870e7/3158b22c12038765c1256996003d49e7/\\$FILE/N9611937.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/8e9c603f486cdf83802566f8003870e7/3158b22c12038765c1256996003d49e7/$FILE/N9611937.pdf); ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Perú, Suplemento No. 38, A/53/38/Rev.1 (14 de mayo de 1998). Recuperado de [http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/8e9c603f486cdf83802566f8003870e7/3158b22c12038765c1256996003d49e7/\\$FILE/N9611937.pdf](http://www.unhchr.ch/tbs/doc.nsf/8e9c603f486cdf83802566f8003870e7/3158b22c12038765c1256996003d49e7/$FILE/N9611937.pdf); ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del comité: Portugal, Suplemento No. 38, A/57/38 (14 de enero-1 de febrero de 2002). Recuperado de <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N02/614/17/PDF/N0261417.pdf?OpenElement>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: República Dominicana, Suplemento No. 38, A/53/38 (14 de mayo de 1998). Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/18report.pdf>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: República Federal Democrática de Nepal. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: República Federal Democrática de Nepal, Suplemento No. 38, A/54/38 (20 de agosto de 1999). Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/21report.pdf>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: San Vicente y las Granadinas, Suplemento No. 38, A/52/38/Rev.1 (12 de agosto de 1997). Recuperado de: <http://www.un.org/documents/ga/docs/52/plenary/a52-38rev1.htm>; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Surinam, CEDAW/C/SUR/CO/3 (2 de febrero de 2007). Recuperado de [http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/english/CONCLUDING\\_COMMENTS/Suriname/Suriname-CO-3.pdf](http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/cedaw25years/content/english/CONCLUDING_COMMENTS/Suriname/Suriname-CO-3.pdf); ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suplemento No.38, A/55/38 (12-30 de Junio de 2000). Recuperado <http://daccess-dds-ny.un.org/doc/UNDOC/GEN/N00/611/52/PDF/N0061152>.

Comité de Derechos Humanos (CDH),<sup>3</sup> el Consejo Económico y Social (Ecosoc)<sup>4</sup>, el Comité contra la Tortura (CCT)<sup>5</sup> y el Comité sobre Derechos del Niño (CRC),<sup>6</sup> también se han manifestado en

---

pdf?OpenElement; ONU, Asamblea General, Reporte del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del comité: Venezuela, suplemento No. 38, A/52/38/Rev.1 (12 de agosto de 1997). Recuperado de <http://www.un.org/documents/ga/docs/52/plenary/a52-38rev1.htm>; ONU, Asamblea General, Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (CEDAW), Observaciones finales del Comité: Zimbabwe, Suplemento No. 38, A/53/38 (14 de mayo de 1998). Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/reports/18report.pdf>.

<sup>3</sup> En el caso del Comité de Derechos Humanos puede verse: ONU, CDH, Observaciones finales: *Bolivia*, Párr. 22, CCPR/C/79/Add.74 (1997); Paraguay, Párr. 208, CCPR/C/19/Add.48, A/50/40 (1995).

<sup>4</sup> El Consejo Económico y Social también se ha pronunciado y al respecto puede consultarse: ONU, Ecosoc, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes de Conformidad con los Artículos 16 y 17 del Pacto, E/C.12/CRI/CO/4 (4 de enero de 2008). Recuperado de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/CRI/CO/4/CORR.1&Lang=Sp](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=E/C.12/CRI/CO/4/CORR.1&Lang=Sp)

<sup>5</sup> En el caso del Comité contra la Tortura el documento consultable es: ONU, CAT, Consideraciones de reportes presentados por los estados partes bajo el artículo 19 de la Convención, conclusiones y recomendaciones del CAT. Perú, 23, CAT/C/PER/4 (2006).

<sup>6</sup> Respecto del Comité de los Derechos del Niño pueden consultarse los siguientes documentos: onu, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales: Chad, CRC/C/15/Add.107 (24 de agosto de 1999). Recuperado de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F15%2FAdd.107&Lang=es](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC%2FC%2F15%2FAdd.107&Lang=es); onu, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 44 de la Convención. Observaciones Finales: Chile, crc/c/ chl/co/3 (23 de abril de 2007). Recuperado de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/CHL/CO/3&Lang=En](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/CHL/CO/3&Lang=En); onu, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 44 de la Convención, Observaciones finales del Comité de los Derechos del Niño. Palau, crc/c/15/Add.149 (21 de febrero de 2001). Recuperado de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/CHL/CO/3&Lang=En](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/CHL/CO/3&Lang=En)



contra de las leyes que restringen el acceso al aborto, felicitando a los Estados que lo reconocen como un derecho e instándolos a garantizar su efectiva implementación.

### EL ABORTO COMO PROBLEMA DE SALUD PÚBLICA

Uno de los principales problemas que enfrenta nuestro país con respecto al aborto, es que se le atiende como un crimen y no como un problema de salud pública.

De acuerdo con un informe reciente de la Organización Mundial de la Salud (OMS), aproximadamente 47 mil mujeres mueren cada año debido a complicaciones del aborto inseguro. Esto representa 13% de las muertes maternas y 20% de la mortalidad total y la carga por discapacidad debida al embarazo y al nacimiento. Estas cifras se reducen drásticamente en los lugares en donde las restricciones para tener acceso al aborto sin riesgos son pocas (OMS, 2012).

Se tiene la creencia de que las legislaciones y políticas que faciliten el acceso al aborto sin riesgos fomentarán la práctica del aborto, misma que se verá reflejada en un aumento en este tipo de procedimientos. Sin embargo, está comprobado que el efecto principal que tienen estas políticas es cambiar los procedimientos que anteriormente eran ilícitos y de alto riesgo a procedimientos legales y seguros (OMS, 2012).

---

ohchr.org/\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/15/Add.149&Lang=En; onu, Comité de los Derechos del Niño, Examen de los Informes Presentados por los Estados Partes en Virtud del Artículo 44 de la Convención. Observaciones finales. Uruguay, crc/c/ury/co/2 (5 de julio de 2007). Recuperado de [http://tbinternet.ohchr.org/\\_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/URY/CO/2&Lang=Sp](http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/treatybodyexternal/Download.aspx?symbolno=CRC/C/URY/CO/2&Lang=Sp)

De la misma manera, las restricciones legales al aborto no resultan en una disminución de procedimientos ni en aumentos en los índices de nacimiento. Esto se debe a que la restricción del acceso legal al aborto no disminuye su necesidad. El único resultado de este tipo de restricciones es un aumento en los índices de morbilidad y mortalidad, puesto que más mujeres acuden a servicios clandestinos e inseguros para practicarse un aborto. Cabe mencionar que estas restricciones legales orillan a muchas mujeres a realizarse los procedimientos en otros estados o países donde el aborto es legal (OMS, 2012).

Este es el caso de nuestro país, donde las restricciones al aborto tienen como consecuencia que las mujeres que se ven en la necesidad de practicarse un aborto y que tienen la capacidad económica para viajar al extranjero o al Distrito Federal se trasladen para poder tener acceso a un procedimiento seguro. Esto significa que las mujeres de escasos recursos, sin posibilidades de viajar, son las más afectadas por las normas que restringen el aborto legal y las más propensas a perder la vida durante estos procedimientos.

Siempre que a las mujeres no se les permite interrumpir su embarazo no deseado nos encontramos frente a un embarazo forzado. En palabras de Luigi Ferrajoli:

Cualquier decisión heterónoma, justificada por intereses extraños a los de la mujer, equivale a una lesión del segundo imperativo kantiano según el cual ninguna persona puede ser tratada como medio o instrumento —aunque sea de procreación— para fines no propios, sino solo como fin en sí misma; porque, en fin, a diferencia de cualquier otra prohibición penal, la prohibición del aborto equivale a una obligación —la de convertirse en madre, soportar un embarazo, parir, criar un hijo— en contraste con todos los principios liberales del derecho penal (2004).

Cabe mencionar también que el Comité CEDAW, específicamente en el caso *L. C. vs. Perú*, concluyó que negarle un aborto a una mujer cuyo embarazo representaba un peligro grave para su salud física y mental constituía discriminación de género y una violación no solo a su derecho a la salud, sino también a la no discriminación (2009).

#### LA PROTECCIÓN CONSTITUCIONAL DEL DERECHO A LA VIDA DESDE LA CONCEPCIÓN

Como respuesta a la despenalización del aborto en el Distrito Federal y su validación constitucional por parte de la Suprema Corte de Justicia de la Nación en las acciones de inconstitucionalidad 146/2007 y su acumulada 147/2007, el país ha presenciado una serie de reformas a las constituciones locales para proteger la vida desde el momento de la concepción.

Estas reformas a las constituciones locales no anulan por sí mismas las causales para interrumpir legalmente el embarazo, sin embargo, generan confusión e inseguridad jurídica, y no solo en las mujeres sino también en los prestadores de servicios de salud y las procuradurías respecto de la legalidad del aborto en los supuestos permitidos por la ley.

En el apartado anterior estudiamos la problemática que de por sí representa la aplicación de la ley respecto a la interrupción legal del embarazo. Pues bien, con este tipo de reformas a las constituciones locales, la falta de voluntad política y el desconocimiento de las autoridades y las mujeres en cuanto al acceso al aborto legal, la problemática empeora considerablemente.

En las ya referidas Observaciones Finales del Comité CEDAW dirigidas a México en 2012, el Comité externó que

le preocupa que las enmiendas introducidas en las constituciones locales que protegen la vida desde el momento de la concepción hayan puesto en peligro el disfrute por la mujer de su salud y derechos sexuales y reproductivos, aun cuando esas enmiendas no hayan modificado los motivos jurídicos ya establecidos para practicar un aborto (2012).

Al respecto, el Comité pidió a México:

*a)* Armonice las leyes federales y estatales relativas al aborto a fin de eliminar los obstáculos que enfrentan las mujeres que deseen interrumpir un embarazo de forma legal y amplíe también el acceso al aborto legal teniendo en cuenta la reforma constitucional en materia de derechos humanos y la recomendación general núm. 24 (1999) del Comité;

*b)* Informe a los proveedores de servicios médicos y trabajadores sociales que las enmiendas constitucionales locales no han derogado los motivos para interrumpir un embarazo de forma legal y les comunique también las responsabilidades que les incumben;

*c)* Se asegure de que en todos los estados las mujeres que tengan motivos legales que justifiquen la interrupción de un embarazo tengan acceso a servicios médicos seguros, y vele por la debida aplicación de la Norma Oficial Mexicana NOM-046-SSA2-2005, en particular el acceso de las mujeres que han sido violadas a anticonceptivos de emergencia, al aborto y a tratamiento para la prevención de enfermedades de transmisión sexual y el VIH/SIDA (2012).

De acuerdo con la información del Grupo de Información en Reproducción Elegida (GIRE), la aprobación de las reformas que protegen la vida desde la concepción han resultado en un incremento

significativo en las denuncias a mujeres por el delito de aborto. Durante el periodo comprendido entre 2009 y 2011, 679 mujeres fueron denunciadas por aborto, lo que equivale a 226.3 mujeres en promedio al año. Esto quiere decir que 163.8 mujeres más son denunciadas al año por interrumpir sus embarazos (Andión & Ramos, 2013).

La Suprema Corte de Justicia de la Nación discutió dos acciones de inconstitucionalidad en contra de las reformas de San Luis Potosí y Baja California que protegen de forma absoluta el producto de la concepción. La mayoría de los ministros de la Corte se pronunció por la inconstitucionalidad de las reformas. Si bien reconocieron que la protección de la vida prenatal es importante, enfatizaron en que dicha protección debe ser compatible con los derechos de las mujeres y la protección absoluta del producto de la concepción pone en riesgo los derechos reproductivos de las mismas (SCJN, 2011).

Una consecuencia preocupante de este tipo de reformas a las constituciones locales es que impiden la ampliación de las causas de aborto legal, convirtiéndose en un obstáculo a los derechos sexuales y reproductivos de la mujer.

Por su parte, la Corte Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) se pronunció en la sentencia del caso *Artavia Murillo vs. Costa Rica* respecto de que no es posible otorgar el estatus de persona al embrión, y que el objeto directo de protección del derecho a la vida consagrado en el artículo 4.1 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es fundamentalmente la mujer embarazada, y que la defensa del no nacido debe realizarse de manera independiente sino esencialmente a través de la protección de la mujer (2012).

## CONCLUSIONES

Como hemos visto, el error de identificar el aborto como un crimen y no como una problemática de salud pública resulta en la muerte de miles de mujeres al año.

Puede afirmarse que los comités de la ONU se han manifestado contra las leyes que restringen el acceso al aborto, y a favor de la despenalización del mismo.

Tal como ha sostenido la CIDH, los Estados parte de la Convención Americana de Derechos Humanos están obligados a proteger la vida prenatal, pero deben hacerlo a través de la prestación de servicios de salud de calidad a las mujeres embarazadas.

En atención a las recomendaciones de instancias internacionales y frente al claro desconocimiento de la normatividad sobre la interrupción legal del embarazo entre las autoridades competentes para facilitarlo, los Estados deben capacitar a los prestadores de servicios de salud y a las procuradurías, así como concienciar a la población sobre los derechos sexuales y reproductivos de las mujeres.

Finalmente, podemos afirmar que la condición *sine qua non* para resolver el problema de salud pública que representa el aborto será, sin lugar a dudas, la despenalización de su práctica.

## BIBLIOGRAFÍA

- Andión, X. & Ramos, R. (2013). *Omisión e indiferencia: Derechos reproductivos en México*. México: Grupo de Información en Reproducción Elegida.
- Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer (1999). *Recomendación general 24, Artículo 12 de la Convención sobre la Eliminación de todas las Formas de Discriminación*.

- minación contra la Mujer*. 2015, ONU. Recuperado de <http://www.un.org/womenwatch/daw/cedaw/recommendations/recomm-sp.htm#recom24>
- . (2009). *Caso L. C. vs. Perú, Com. No. 22/2009* (CEDAW/c/50/D/22/2009).
- . (2012). *Observaciones finales del Comité para la Eliminación de la Discriminación contra la Mujer: México, 52º periodo de sesiones* (CEDAW/C/MEX/CO/7-8). 2015, ONU. Recuperado de [http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos\\_download/CEDAW\\_C\\_MEX\\_CO\\_7\\_8\\_esp.pdf](http://cedoc.inmujeres.gob.mx/documentos_download/CEDAW_C_MEX_CO_7_8_esp.pdf)
- Corte IDH. (2012). *Caso Artavia Murillo y otros (“Fecundación in vitro”) vs. Costa Rica, Excepciones Preliminares, Fondo, Reparaciones y Costas*, Sentencia de 28 de noviembre de 2012, párr. 222.
- Ferrajoli, L. (2004). *Derechos y garantías. La ley del más débil*. Madrid: Trotta.
- Kane, G., Galli, B. & Skuster, P. (2013). *Cuando el aborto es un crimen: La amenaza para mujeres vulnerables en América Latina*. Carolina del Norte: Ipas.
- Organización Mundial de la Salud. (2012). *Aborto sin riesgos: Guía técnica y de políticas para sistemas de salud*. Ginebra: Organización Mundial de la Salud.
- Suprema Corte de Justicia de la Nación. (2011). Versión taquigráfica de la sesión pública ordinaria del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, celebrada el martes 27 de septiembre de 2011. México. Recuperado de [https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver\\_taquigraficas/pl20110927v3.pdf](https://www.scjn.gob.mx/PLENO/ver_taquigraficas/pl20110927v3.pdf).





## ÍNDICE

Prólogo .....	7
Presentación .....	23
Capítulo I. El control constitucional de las leyes desde la perspectiva de los derechos humanos, así como de la jurisprudencia mexicana .....	35
La delimitación de los Derechos Humanos en el control constitucional de las Leyes .....	37
Los derechos humanos a la luz de la jurisprudencia de la Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	63
Consideraciones finales .....	80
Capítulo II. Enfoque filosófico (axiológico-valorativo) .....	95
La concepción de la dignidad humana, como presupuesto básico de los Derechos Humanos. ....	97
Importancia ético-jurídica de la Declaración de los Derechos Humanos de la ONU .....	98
La dignidad humana, visualizada en los instrumentos jurídicos internacionales.....	101
El concepto de dignidad humana, incorporado en la vigente Constitución mexicana.....	102
Fundamentación axiológica de la dignidad humana .....	106
A manera de conclusiones .....	107
Referencias .....	108
El iusnaturalismo racionalista como fundamento filosófico de los derechos humanos en México .....	109
Introducción .....	109

El concepto de <i>derecho</i> y el replanteamiento de su tridimensionalidad .....	110
El derecho como axiología.....	114
Algunos rasgos del iusnaturalismo racionalista .....	117
El iusnaturalismo racionalista como fundamento de los derechos humanos.....	122
Conclusiones .....	126
Bibliografía .....	128
Derechos humanos: Importancia y trascendencia en la actualidad .....	131
Introducción .....	131
Justificación.....	132
Los derechos humanos .....	133
Conclusión.....	141
Bibliografía .....	142
Un modelo universal en derechos humanos o fundamentales .....	145
Introducción .....	145
Justificación.....	147
Premisas metodológicas .....	149
Cambio de paradigma para una definición antropológico-social .....	154
Análisis y conclusiones .....	157
Bibliografía .....	161
Capítulo III. Enfoque nacional jurisprudencial (derecho interno).....	163
Breve ensayo sobre la jurisprudencia .....	165
Bibliografía .....	180
Mecanismos de control constitucional en México, ante la Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	183

Introducción .....	183
Justificación.....	185
Suprema Corte de Justicia de la Nación.....	186
Control de constitucionalidad .....	187
Control difuso.....	188
Control concentrado .....	189
Instrumentos de control constitucional .....	190
Juicio de amparo.....	190
Controversias constitucionales .....	192
Acción de inconstitucionalidad .....	193
Conclusión.....	195
Bibliografía .....	198
¿Discriminación de género en la designación de ministras de la SCJN?: Un ejemplo latente de la existencia del techo de cristal en nuestro país.....	201
Introducción .....	201
Marco jurídico internacional y nacional del principio de igualdad .....	204
El principio de igualdad .....	206
Modalidades jurídicas del principio de igualdad .....	208
La discriminación .....	210
Procedimiento de designación de integrantes de la Suprema Corte de Justicia de la Nación .....	213
Problemática actual .....	214
El “techo de cristal” .....	217
Conclusiones .....	220
Bibliografía .....	220
La labor de los abogados y jueces en la protección de los derechos humanos en México .....	223
Introducción .....	223
Justificación.....	224

La formación de los abogados, importante para la defensa de los derechos humanos.....	224
El deber de los jueces de respetar los derechos humanos .....	227
Conclusiones .....	232
Bibliografía .....	232
La función jurisdiccional en paradigma de derechos humanos en México. Especial referencia al derecho de tutela judicial efectiva.....	235
Introducción .....	235
Justificación. Del juez tradicional al juez de derechos humanos .....	237
El derecho fundamental de tutela judicial efectiva .....	240
Conclusiones .....	245
Bibliografía .....	246
Capítulo iv. Enfoque internacional.....	247
Las restricciones constitucionales a los derechos humanos frente al derecho internacional: Caso mexicano.....	249
Introducción .....	249
Justificación.....	251
La jurisprudencia de la SCJN respecto de los derechos humanos de sede internacional.....	253
Consecuencias de estos criterios: .....	255
Las restricciones a los derechos humanos establecidas en las constituciones nacionales frente al derecho internacional, con especial referencia a los criterios de la CIDH .....	256
La obligación internacional de cumplir los tratados internacionales de buena fe.....	256

Validez de las restricciones a los derechos humanos establecidas en sede constitucional según criterios de la CIDH .....	257
Conclusiones .....	261
Bibliografía .....	262
Derechos y modelos de colaboración entre ordenamientos jurídicos .....	269
Sujetos y derecho internacional .....	269
La internacionalización de los derechos humanos .....	272
El modelo regional .....	276
Los tribunales y la elaboración del derecho regional .....	280
El modelo supranacional de integración .....	284
Derechos de las personas en los procesos de integración internacional: Algunas observaciones conclusivas .....	288
Bibliografía .....	291
El alcance de los derechos humanos en el Estado transnacional .....	299
Introducción .....	299
El Estado contemporáneo .....	300
La globalización y la transformación del derecho .....	304
El surgimiento del Estado transnacional .....	309
Conclusiones .....	315
Bibliografía .....	317
Protección de derechos humanos en México a través del control difuso de convencionalidad .....	319
Introducción .....	319
Sobre el control de convencionalidad .....	320
La Corte Interamericana y el control de convencionalidad .....	322
Control difuso de convencionalidad .....	323

Análisis jurídico del control de convencionalidad en México .....	326
Protección de derechos humanos vía control de convencionalidad.....	331
Consideraciones finales.....	334
Bibliografía .....	335

Capítulo v. Enfoque en torno a derechos humanos específicos .....	337
Legislación electoral y derechos humanos: La ausencia de un recurso efectivo en contra del artículo 14 de la Constitución Política de Baja California, que prevé normas sobre geografía electoral <i>per se</i> violatorias al derecho humano al voto igual.....	339
Introducción .....	339
Derechos humanos y leyes electorales .....	342
Geografía electoral y voto igual en Baja California.....	351
Conclusiones .....	354
Bibliografía .....	356
El derecho humano de acceso a la información pública.....	359
Introducción .....	359
Justificación.....	360
Desarrollo de la temática.....	366
Conclusiones .....	373
Bibliografía .....	374
El acceso al aborto legal y seguro: Un derecho humano ....	377
Introducción .....	377
El acceso al aborto legal y seguro como derecho de la mujer.....	378
El aborto como problema de salud pública .....	385

La protección constitucional del derecho a la vida desde la concepción.....	387
Conclusiones .....	390
Bibliografía .....	390

*Ensayos académicos sobre derechos humanos a partir de la reforma constitucional* se terminó de imprimir en marzo de 2016 en Grupo Comersia, Insurgentes 1793 int. 202, colonia Guadalupe Inn, CP. 01020, México, D. F., tel. (55) 5662-1872.  
[www.comersia.com](http://www.comersia.com)

La edición estuvo al cuidado del Centro de Estudios sobre la Universidad de la Universidad Autónoma de Baja California.

En la composición se utilizó la familia

Times New Roman, 11 puntos.

El tiraje consta de 300 ejemplares.