

LA DUCTILIDAD COMO NÚCLEO ESENCIAL DEL DERECHO: LA REFORMA AL ARTÍCULO 1° DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

THE DUCTILITY AS THE ESSENTIAL CORE OF THE LAW: THE REFORM OF ARTICLE 1ST OF THE MEXICAN CONSTITUTION

GEOFREDO ANGULO LÓPEZ¹

Sumario: I. DE LA INCORPORACIÓN DE VALORES Y PRINCIPIOS A LA CONSTITUCIÓN MEXICANA. II. DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS: LA REFORMA AL ARTÍCULO 1°, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA. III. ARTÍCULO 1°, TERCER PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: LA CONSTRUCCIÓN DE UNA ÉTICA ÚNICA PARA EL RESPETO, PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS. IV. LA PREVALENCIA DE LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LOS TRATADOS INTERNACIONALES: UNA FRACTURA AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD.

Summary; INCORPORATION OF VALUES AND PRINCIPLES INTO THE MEXICAN CONSTITUTION. II. HUMAN RIGHTS AND GUARANTEES: THE REFORM OF THE SECOND PARAGRAPH OF ARTICLE 1 OF THE MEXICAN CONSTITUTION. III. PARAGRAPH THREE, ARTICLE 1° OF THE MEXICAN CONSTITUTION. THE CONSTRUCTION OF AN UNIQUE ETHIC FOR THE RESPECT, GUARANTEE AND PROTECTION OF THE HUMAN RIGHTS. IV. SUPREMACY OF THE MEXICAN CONSTITUTION OVER THE INTERNATIONAL AGREEMENTS: THE RUPTURE OF THE CONSTITUTION.

Resumen: En el presente artículo se analizan algunas implicaciones conceptuales y exigencias morales derivadas de la reforma del artículo 1° de la Constitución mexicana, así como algunos criterios jurisprudenciales en el marco del neoconstitucionalismo mexicano que obedece a la inclusión de principios sustantivos como el *pro persona*, la cláusula de interpretación conforme y el impacto que actualmente han tenido para el sistema jurídico mexicano. Una vez realizado esto, el propósito fundamental se centra en la resolución de la Suprema Corte de la *Contradicción de Tesis*, 293/2011 en el que se hace prevalecer la Constitución a través de una restricción sobre los estándares internacionales aun cuando estos contengan elementos más favorables para la persona, destacando con ello, que la resolución contradice el fundamento de la reforma constitucional en materia de derechos humanos e impactará en la labor interpretativa y aplicación del control de convencionalidad para la resolución de casos por parte de los jueces mexicanos.

¹ Doctor en Derechos Fundamentales por la Universidad de Jaén, Andalucía, España. Asesor Ejecutivo de la Comisión de Derechos Humanos del Estado de Yucatán. Profesor e investigador de la Facultad de Derecho de la Universidad Autónoma de Yucatán. *A mi padre que está siempre conmigo, y a mi madre por su amor incondicional.*

Palabras clave: Derecho dúctil, neoconstitucionalismo, principios, derechos humanos.

Abstract: In this paper it is analyzed some conceptual implications and moral claims arising from the reform of the Article 1st of the Mexican Constitution, as well as some legal criteria adopted in Mexico. All these is done under the neoconstitutionalism theory that observes the inclusion of essential principles such as “*pro personae*”, the consistent interpretation and the impact these principles have had in the Mexican legal system. Once this is done, it is analyzed the pronouncement of the Supreme Court of the legal criteria 293/2011 which gives primacy to the Constitution through a restriction on international principles even when these programs include more favorable elements for the being, highlighting thus the resolution contradicts the foundation of constitutional reform on human rights and impact the application of interpretative work and control of compliance for the resolution of cases by Mexican judges.

Keywords: Ductility law, neoconstitutionalism, values, human rights.

I. DE LA INCORPORACIÓN DE VALORES Y PRINCIPIOS A LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

De las evoluciones que ha experimentado el Estado Constitucional en la cultura jurídica occidental, Gustavo Zagrebelsky extrae una idea de Derecho que parece exigir una profunda renovación de las numerosas concepciones jurídicas que hoy operan en la práctica.² Zagrebelsky afirma que la mejor característica que describe hoy al Derecho es su “ductilidad”. El Derecho es *dúctil*, y la ductilidad en el Derecho es sobre todo ductilidad constitucional. El autor italiano entiende la ductilidad como la catalogación que permite expresar el carácter esencial del Derecho en los Estados constitucionales actuales. Precisamente, la ductilidad de la Constitución es, por una parte, lo que facilita a ésta mantener sus fines de unidad e integridad al posibilitar la coexistencia de valores y principios diferentes en un mismo sistema jurídico. Por otra parte, la ductilidad es “la característica del Derecho que consigue evitar que la Constitución se haga incompatible con la base material pluralista de nuestras sociedades democráticas;”³ de tal manera que para Zagrebelsky la principal función del texto constitucional será la de fijar los presupuestos de la convivencia, es decir, de los principios sustanciales de la vida común y las reglas del ejercicio del poder público aceptados por todos.

² G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil*, Ed. Trotta, 4^a ed., Madrid, 2002, p.9.

³ G. ZAGREBELSKY, *íd.*, p. 14.

El Derecho, por principio, es el origen del *diritto mitte*.⁴ La ductilidad que se expande en el Derecho actual tiene que ver con la inclusión en los sistemas jurídicos occidentales de valores y principios a los que la actuación legislativa y judicial deben ajustarse.⁵ La formulación de una dogmática rígida no puede ser el objetivo de la ciencia constitucional. El único contenido sólido que la ciencia de una Constitución pluralista debe defender con todo el rigor, es precisamente esa pluralidad de valores y principios de lo que nos habla Zagrebelsky. Así, la ductilidad constitucional representa la creación de un constitucionalismo contemporáneo (o constitucionalismo de principios) que ha invadido todo el ordenamiento jurídico y que ha desembocado, además, en un cambio en el modelo de Estado de Derecho Legislativo decimonónico (legalismo como teoría jurídica), cuya vigencia se extendió al siglo XX, sustituido por el actual Estado Constitucional de Derecho (Constitucionalismo), que es el modelo de Estado de Derecho con el que actualmente operan las Democracias modernas.⁶

Precisamente la relevancia que tienen los principios para el constitucionalismo del siglo XXI ha dado lugar a un *no positivismo principialista*⁷ que forma parte de los fundamentos del nuevo paradigma en formación que se ha dado en llamar

⁴ La doctrina del *diritto mitte*, considera el derecho no como un “dato”, sino como un incesante “hacerse” donde convergen innumerables exigencias planteadas por varios principios a veces contradictorios que pretenden venir realizados en el contacto con la realidad viva de las experiencias sociales. Vid; G. ZAGREBELSKY, *El derecho dúctil, Op. Cit.*, pp. 122-124. También vid; A. DEL REAL ALCALÁ, “Cuestionamiento del ideal de certeza en el Derecho: Hart-Zagrebelsky-Endicott”, *Boletín Mexicano de Derecho Comparado*, núm. 131, 2011, pp. 690-691.

⁵ Vid; A. DEL REAL ALCALÁ, *Interpretación Jurídica y Neoconstitucionalismo*, Universidad Autónoma de Occidente, Universidad Carlos III de Madrid, Bogotá, 2011, p. 76. También vid; E. GARCÍA DE ENTERRÍA, *La Constitución como norma y el Tribunal Constitucional*, Civitas, Madrid, 1991.

⁶ G. ZAGREBELSKY. *El derecho dúctil, Op. Cit.*, p. 150. También vid; A. DEL REAL ALCALÁ, *Interpretación Jurídica y Neoconstitucionalismo, Op. Cit.*, p. 77.

⁷ Zagrebelsky en su capítulo sexto se apega desde el derecho constitucional a una doctrina caracterizada por dos aspectos fundamentales, primero: la censura del positivismo jurídico y segundo: la aplicación de los principios como instrumentos de tal intervención. Esta teoría es la que se denomina como *el no positivismo principialista*. La cual expresa que: si existen principios en el derecho, evidentemente es imposible una concepción positivista del derecho. Para un mayor entendimiento, por *positivismo* jurídico se concebirá aquí, a la teoría que sostiene la ausencia de una relación conceptual necesaria entre derecho y moral; y, por *no positivismo* la que se fundamenta sobre la tesis contraria, es decir, la existencia de una conexión conceptual ineludible entre derecho y moral. Por consiguiente, el rasgo *principialista* se referirá a la unidad de recurrir a los principios para explicar las insuficiencias del modelo positivista del derecho. Los máximos defensores de esta idea la tenemos en Ronald Dworkin en la cultura jurídica angloamericana y Robert Alexy en la continental. La teoría de ambos autores tienen una presencia fuerte en el tratamiento teórico del que se vale Zagrebelsky en *Il diritto mitte* para su crítica del positivismo. Sobre las implicaciones del *no positivismo principialista* en la teoría de Zagrebelsky, vid; A. GARCÍA FIGUEROA, “El no positivismo principialista en *Il diritto mite* de Gustavo Zagrebelsky”, *Anuario de Filosofía del Derecho XIII*, (1996), pp. 87-109.

neoconstitucionalismo;⁸ el cual representa un avance valiosísimo para los derechos humanos y como parámetro fundamental del nuevo diseño en el Estado Constitucional; como señala Susanna Pozzolo, un modelo axiológico-normativo para el desarrollo del derecho real: “una proyección evolutiva, expansiva y necesaria del contenido del derecho constitucional positivo”.⁹ Justamente, Comanducci señala que este modelo como teoría, reconstruye el sistema jurídico y presenta una concepción distinta de la Constitución, de los derechos fundamentales, así como de la interpretación y aplicación de la ley, y como ideología, invierte su objetivo atribuyendo mayor importancia a los derechos.¹⁰

Barberis nos dice que el principal rasgo del neoconstitucionalismo es que, verdaderamente, hace suya la tesis iusnaturalista de la conexión (identificativa) ineludible entre el Derecho y la moral, distinguiéndose del iusnaturalismo tradicional y aproximándose al iuspositivismo en cuanto ubica tal vínculo a la altura de los principios fundamentales o constitucionales; así el Derecho no se va a distinguir necesaria o conceptualmente de la moral, pues incorpora principios comunes a ambos.¹¹ No obstante, los principios no aparecen de por sí en ese nexo entre el Derecho y la moral solo por la incorporación de principios en la Constitución, sino que es un hecho innegable que evidentemente implica un cambio en el método para estudiar los sistemas jurídicos contemporáneos;¹² así, la vinculación surge, además, del proceso de ponderación asociado necesariamente a los principios. La pluralidad de principios y la ausencia de jerarquía confieren a su aplicación un carácter inevitablemente creativo.¹³ Es así como en este punto Zagrebelsky acude a la concepción de Alexy¹⁴ de los principios como *mandatos de optimización*, que se caracterizan precisamente por el hecho de que pueden trasladarse al ámbito de su efectivo cumplimiento en distintos grados y que el ajuste necesario de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades reales sino también de las jurídicas; por lo que nos remiten invariablemente a una teoría ética y política.¹⁵

8 Vid; A. GARCÍA FIGUEROA, “¿Existen diferencias entre reglas y principios en el Estado Constitucional? Algunas notas sobre la teoría de los principios de Robert Alexy”, en, R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, Fundación Coloquio Jurídico Europeo Madrid, 2009, pp. 336-337.

9 S. POZZOLO, “Un constitucionalismo ambiguo”, en, M. CARBONEL, (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, Trotta, Madrid, 2003, p. 188.

10 Vid; P. COMANDUCCI, “Formas del (neo) constitucionalismo: un análisis metateórico”, en, M. CARBONEL, (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, *Op. Cit.*, p. 83.

11 Vid; M. BARBERIS, “Neoconstitucionalismo, democracia e imperialismo de la moral”, en, M. CARBONELL, (ed.), *Neoconstitucionalismo (s)*, *Op. Cit.*, p. 260.

12 Vid; P. SALAZAR UGARTE, “Garantismo y neoconstitucionalismo frente a frente: algunas claves para su distinción”, *Doxa, Cuadernos de Filosofía del Derecho*, n° 34, 2011, p. 298.

13 ZAGREBELSKY, G., *El derecho dúctil*, *Op. Cit.*, p. 112. También vid; GARCÍA FIGUEROA, Alfonso, “El no positivismo principialista en Il diritto Mite de Gustavo Zagrebelsky”, *Op. Cit.*, pp. 95-96.

14 G. ZAGREBELSKY, *íd.*, p. 125.

15 Vid; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2002, p. 86.

Para Robert Alexy entre las diversas distinciones estructurales relevantes para los derechos fundamentales, la que adquiere mayor importancia es la distinción entre reglas y principios. Es decir, la indeterminación no pesa sobre el supuesto fáctico, sino sobre la consecuencia jurídica. Por ejemplo, en el artículo primero de la Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad, se establece que:

“ [...] el Estado deberá promover, proteger y asegurar el pleno ejercicio de los derechos humanos y libertades fundamentales de las personas con discapacidad, asegurando su plena inclusión a la sociedad en un marco de respeto, igualdad y equiparación de oportunidades. De manera enunciativa y no limitativa, esta Ley reconoce a las personas con discapacidad sus derechos humanos y mandata el establecimiento de las políticas públicas necesarias para su ejercicio.”¹⁶

En efecto, es posible saber en qué situaciones es relevante la disposición legal, en el sentido que podemos conocer perfectamente el contexto en el que la discapacidad puede tratarse en casos concretos; por ejemplo, la discriminación en el ámbito laboral, la falta de accesibilidad en los edificios arquitectónicos, etc., pero por lo otro lado, permanece con cierta vaguedad qué clase de obligación corresponde al Estado, qué clase de política pública habrá de implementarse para lograr la plena inclusión a la sociedad de las personas con discapacidad, pero, ¿a partir de qué nivel o grado de voluntad política cabe decir que la norma ha de ser cumplida o llevarla a la eficacia?. Es por ello, y así lo sostiene Alexy, que los derechos fundamentales tienen naturaleza de principios y los principios son “mandatos de optimización” que están caracterizados por el hecho de que pueden ser cumplidos en diferente grado, y que la medida debida de su cumplimiento no solo depende de las posibilidades fácticas, sino también de las jurídicas; es decir, aquel que está determinado por los principios y las reglas opuestas.¹⁷ Así las posibilidades jurídicas vienen dadas por el hecho de que en el caso concorra o no otra norma de sentido contrario. La indeterminación de lo que Alexy denomina “posibilidades fácticas” nos dicen Manuel Atienza y Ruiz Manero, que expresan “la peculiaridad de las directrices, a saber; que estas normas no prescriben una conducta concreta, sino sólo la obligación de perseguir ciertos fines cuya plena satisfacción tampoco se exige”.¹⁸

16 Artículo 1º párr. 2º de la “Ley General para la Inclusión de las Personas con Discapacidad”. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el lunes 30 de mayo de 2011.

17 Vid; R. ALEXY, *Teoría de los derechos fundamentales*, *íd.*, pp. 86-98.

¹⁸ M. ATIENZA, / J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho*, Ariel, Barcelona, 1996, p. 11. También vid; L. PRIETO SANCHÍS, *Ley, Principios, derechos*, Dykinson-IDH Universidad Carlos III de Madrid, Madrid, 1998, p. 11

En efecto, en el examen de la obra de Zagrebelsky, *El derecho dúctil*, que realiza Peces-Barba, hay un momento analítico en el que sostiene que es posible aceptar lo que dice Zagrebelsky sobre esos valores y principios, en el sentido de que solo proporcionarían criterios para resolver el caso concreto. Sin embargo, para Peces Barba, lo relevante para el sistema no es eso, ni que el género de interpretación de las normas principales sea del tipo de la razonabilidad o de la ponderación, siempre con criterios flexibles, sino que lo relevante es que exista siempre un operador jurídico competente, dependiente de una norma del sistema, que resuelva los casos. En muchos de ellos tendrá que resolver desde una norma concreta o desde un grupo de éstas, pero en otros lo hará partiendo de valores, principios de organización y derechos, es decir, desde lo que denomina Peces Barba *normas principales*, con lo que éstas proporcionarían criterios para resolver el caso concreto. Justamente para Peces Barba “ésta es la plenitud y la coherencia derivada de que siempre hay una respuesta a cada caso que se presente, pero no porque la suministre necesariamente el Derecho en sus regulaciones, sino porque debe proporcionarla un operador competente”.¹⁹

Esta evolución del valor jurídico y de los contenidos de las constituciones del constitucionalismo genera consecuencias de gran trascendencia para todo el sistema jurídico y, por tanto, para el modo en que debemos comprenderlo, valorarlo y trabajarlo.²⁰ Ante esto, el operador jurídico deberá trabajar con la nueva interpretación constitucional, entre las que se incluyen, los principios de interpretación de los derechos humanos, las cláusulas generales, las colisiones de normas constitucionales, así como con nuevas pautas argumentativas, basadas ya no –o no solo, ni principalmente- en la subsunción, sino en la técnica de la ponderación y en el juicio de proporcionalidad.²¹

Como se sabe, las cláusulas generales como *la no discriminación*, o conceptos jurídicos indeterminados como *la dignidad*, poseen términos o expresiones de textura abierta e indeterminada, con gran plasticidad, que provoca el inicio de la significación que deberá ser complementada por el intérprete, tomando en consideración las circunstancias del caso en concreto.²² Como señala Alberti, en la moderna interpretación constitucionalista, que opera esencialmente con argumentos de razonabilidad y proporcionalidad, “los principios constitucionales juegan un papel de la máxima trascendencia, pues constituyen piezas clave del juicio de constitucionalidad, esto es, del

19 G. PECES-BARBA MARTÍNEZ, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de filosofía jurídica y política*, Dykinson-Universidad Carlos III, Madrid, 1999, p.125.

20 Vid; R. ALEXY, *Derechos sociales y ponderación*, *Op. Cit.*, 15.

21 Vid; J. CÁRDENAS, *La argumentación como derecho*, IIJ-UNAM, México, 2005, p. 36 y ss. También vid; M. CARBONELL, *Introducción General al control de convencionalidad*, Porrúa-UNAM, México, 2013, p. 48.

22 Vid; L. R. BARROSO, *El neoconstitucionalismo y la constitucionalización del derecho*, IIJ-UNAM, México, 2008, p. 13.

modo de razonamiento a través del cual se dota de sentido a la Constitución y esta se proyecta hacia todo el ordenamiento”.²³ Tales principios, considerados en términos generales como rasgos distintivos del neoconstitucionalismo, son proyectados por diversos modelos innovadores de comprensión del Derecho que se manifiestan evidentemente a favor de los derechos humanos, concretándose en la reivindicación de la función judicial, pues el juzgador asume la gran responsabilidad de custodio de los principios consagrados en la Constitución.²⁴

La ductilidad como núcleo esencial del Derecho del constitucionalismo contemporáneo parece vislumbrarse en México a raíz de la reforma constitucional en materia de derechos humanos del 10 de junio del 2011 bajo el paradigma del Estado Constitucional; ésta es la de mayor alcance y relevancia que ha experimentado nuestra Carta Magna desde el inicio de su vigencia; más específicamente, en lo que se refiere al impacto, el efecto impregnación o irradiación²⁵ que los valores, principios, objetivos políticos, directrices, jurisprudencias y tratados internacionales tienen sobre el conjunto del sistema jurídico; esto último, efecto de lo que Prieto Sanchís denomina una “rematerialización constitucional”²⁶ como rango definitorio del constitucionalismo de nuestra época.²⁷ Así, este conjunto de principios será el fundamento de la “rematerialización”, lo cual va a implicar que el Derecho se aproxime a la moral y que la

23 E. ALBERTÍ ROVIRA, “El derecho por principios: algunas precauciones necesarias. (Debate sobre el Derecho dúctil, de Gustavo Zagrebelsky)”, *Anuario de Filosofía del Derecho*, N°. 13-14, 1996-1997., p. 43.

24 Vid; G. NIETO CASTILLO, “Una visión retrospectiva de los derechos políticos en México y su perspectiva dentro del marco del Estado Constitucional de Derecho. Impacto del Neoconstitucionalismo”, en, J. MIJANGOS Y GONZÁLES, (coord.), *Estado Constitucional y derechos fundamentales*, Porrúa, México, 2010, p. 250.

25 El “efecto irradiación” (Ausstrahlungswirkung) suele aludir en la doctrina alemana a la eficacia o proyección de los derechos fundamentales en el ámbito del Derecho privado. Aquí se usa en un sentido más general. Al respecto, Vid; L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, Trotta, Madrid, 2003, p. 119.

²⁶ Este enfoque de rematerialización del Derecho Constitucional tiene su origen en la primera jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán; específicamente, en la sentencia *Lüth*, de 1958, en la que se establecen conceptos como: valor, ordenamiento valorativo, jerarquía valorativa y sistemas de valores, en los que se apoyará posteriormente el Tribunal en numerosas decisiones. La importancia de esta sentencia radica en su consideración como norma objetiva, los principios y la decisión axiológica de los denominados “derechos fundamentales”, que pasan de esta manera a informa a todo el sistema jurídico, operando como principio hermenéutico. Vid; L. CRUZ, *La Constitución como orden de valores. Problemas jurídicos y políticos*, Comares, Granada, España, 2005, pp. 9-16. Véase extracto de la sentencia BVerfGE 7, 198 [Lüth], en, J. SCHWABE (Ccomp.), *Jurisprudencia del Tribunal Constitucional Federal Alemán. Extractos de las sentencias más relevantes*, Konrad-Adenauer-Stiftung, México, 2009, p. 202.

²⁷ Vid L. PRIETO SANCHÍS, *Justicia constitucional y derechos fundamentales*, *Op. Cit.*, p, 101 y ss. También vid; L. PRIETO SANCHÍS, “El Constitucionalismo de los Derechos”, en, M. CARBONELL (ed.), *Teoría del Neoconstitucionalismo*, Trotta-UNAM, México, 2007.

moral se aproxime al Derecho.²⁸ Como lo ha puesto de manifiesto Habermas, la moral ya no se encuentra fuera del sistema jurídico sino al interior del mismo, la moral ya no flota, ha migrado al corazón mismo del derecho positivo.²⁹ Precisamente Atienza sostiene que una consecuencia de la moralización del Derecho o de nuestros derechos, se basa en la situación de que los sistemas jurídicos han positivado a través de sus Constituciones los principios “de una moral universal que no pretende ser simplemente la moral social de un determinado grupo;”³⁰ sino que la moral ha migrado al interior de los derechos, provocando que los juristas no solo se tengan que afrontar ante conflictos entre el Derecho y la moral, sino a la interpretación de esos principios incorporados en las constituciones.³¹ Efectivamente, esta es la cuestión fundamental a tratar. Encontrar los métodos para reconocer y explicar la presencia de la moral en el derecho, acostumbrarse a convivir con ella, y a partir de ahí armonizar nuestro ordenamiento jurídico con la incorporación de figuras como la cláusula de interpretación conforme y el principio *pro persona* en este nuevo paradigma constitucional.

En definitiva, este ingreso de la moral al Derecho ha dado lugar a la presencia de una Constitución axiológicamente generosa que repercute por consiguiente en la moralización del razonamiento jurídico;³² que ha traído como resultado la exigencia de una dinámica intelectual en las prácticas de los jueces que los obliga no solo a analizar, interpretar y aplicar el Derecho, sino a identificar el Derecho válido sobre la realidad actual y el modo en que deberán operar en él y con él, caracterizado por lo existencia de un Derecho por principios que los vincula a ajustarse a la instrumentación de nuevas técnicas de interpretación propia de los principios constitucionales como el *pro persona* y los de universalidad, interdependencia, indivisibilidad, progresividad, ponderación, proporcionalidad, maximización, el efecto irradiación, la proyección horizontal de los

²⁸ Vid; A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, Trotta, Madrid, 2009, p. 44.

²⁹ Sobre la relación entre el Derecho y la moral Habermas sostiene que: “Hemos aclarado cómo se complementan mutuamente un derecho exteriorizado en términos convencionales (en el sentido que a esta expresión da L. Kohlberg) y una moral interiorizada. Pero más que esta relación de complementariedad nos interesa el simultáneo *entrelazamiento* de derecho y moral. Este se produce porque en los órdenes e instituciones del Estado de derecho se hace uso del derecho positivo como medio para distribuir cargas de argumentación e institucionalizar vías de fundamentación y justificación, que quedan abiertas a argumentaciones morales. La moral ya no se cierne por *encima del* derecho (como sugiere todavía la construcción del derecho natural racional en forma de un conjunto suprapositivo de normas); emigra al interior del derecho positivo, pero sin agotarse en derecho positivo.” J. HABERMAS, *Facticidad y validez. Sobre el derecho y el Estado democrático de derecho en términos de teoría del discurso*, Trotta, 3ª ed., Madrid, 2001, p. 559. También vid; Y. CARRILLO DE LA ROSA, “El concepto y la validez del Derecho en la teoría jurídica y el neo (-o nuevo) constitucionalismo”, *Verba Iuris* n° 28, julio-diciembre 2012, pp. 19-30.

³⁰ M. ATIENZA, *El sentido del Derecho*, Ariel, España, 2012, p. 125.

³¹ Vid; M. ATIENZA, *id.*, p. 125.

³² Vid; A. GARCÍA FIGUEROA, *Criaturas de la moralidad, una aproximación neoconstitucionalista al Derecho a través de los derechos*, *Op. Cit.*, p. 65.

derechos, (drittwirkung), etc., así como con mayores márgenes de actuación, con lo que se renueva su propia actividad judicial. En efecto, el positivismo jurídico, como sostiene Atienza, ha agotado su ciclo histórico, al no reconocer el Derecho como una práctica compleja.³³ El papel que en los últimos años ha asumido el operador jurídico, al desprenderse de los métodos de interpretación tradicionales e involucrarse en las nuevas dinámicas de la interpretación y argumentación jurídica, ha favorecido la justificación de decisiones racionales y razonables conforme a los derechos humanos reconocidos en los tratados internacionales y jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, lo cual revela ya la importancia que el juzgador asume en la aplicación de los principios a través de la labor argumentativa judicial.³⁴

II. DE LOS DERECHOS HUMANOS Y SUS GARANTÍAS: LA REFORMA AL ARTÍCULO 1º, SEGUNDO PÁRRAFO, DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA

La reforma al artículo 1º, segundo párrafo, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, abre, para todas las autoridades en nuestro país, sin excepción, la oportunidad de ver a los derechos humanos desde una perspectiva mucho más amplia de la que tradicionalmente conocemos. De inicio, el cambio de denominación del Capítulo Primero, Título Primero de nuestra Carta Magna, ahora llamado “De los derechos humanos y sus garantías”, incorpora y eleva a rango constitucional el concepto de “derechos humanos” y da por terminado el debate dogmático que por mucho tiempo confundió el concepto de derechos humanos con el de “garantías individuales”, este último rebasado por el desarrollo de la teoría constitucional y el Derecho internacional, como sostiene en muchos de sus trabajos, con mayor agudeza, el profesor Héctor Fix-Zamudio, quien apunta que: “El concepto de garantía no puede ser equivalente al de un derecho. La garantía es el medio, como su nombre lo indica, para garantizar algo, para hacerlo eficaz, para devolverlo a su estado original en caso de que haya sido tergiversado, violado, no respetado. En

33 Vid; M. ATIENZA, Y J. RUIZ MANERO, “Dejemos atrás el positivismo jurídico”, en, *Isonomía, Revista de Teoría y Filosofía del Derecho*, ITAM, núm. 27, octubre de 2007, pp. 1, 25.

34 M. ATIENZA, y J. RUIZ MANERO, describen algunas de las características que se le han atribuido a este conjunto de principios, valores, derechos y directrices, que han denominado como las nuevas piezas fundamentales del Derecho, al señalar que son: a) normas muy generales; b) redactadas en términos particularmente vagos; c) programáticas en el sentido de que imponen la obligación de perseguir determinados fines; d) expresan los valores superiores del ordenamiento jurídico y; d) sirven como criterios de interpretación del Derecho subconstitucional, por mencionar solo algunos. Vid; M. ATIENZA /J. RUIZ MANERO, *Las piezas del Derecho, Op. Cit.*, p. 4.

sentido moderno una garantía constitucional tiene por objeto reparar las violaciones que se hayan producido a los principios, valores o disposiciones fundamentales”.³⁵

Esto obedece naturalmente a un momento histórico actual de la ciencia jurídica que ha visualizado que los derechos humanos, más allá de fórmulas y contenidos –primer estrato en que se consideraron- han de discurrir hacia mecanismos e instrumentos que les den plena realización, por lo que el significativo aporte que en su tiempo fueron el diseño de las llamadas “garantías” ya individuales, ya sociales, ante el demostrado fracaso de su eficacia, motiva a remarcar la clara diferencia entre el Derecho mismo y lo que se conoce como su garantía, que es un atributo únicamente del primero, pero no es el Derecho mismo. Ferrajoli y Laporta han señalado que efectivamente, no debemos confundir los derechos ni con las razones que los justifican, ni con las técnicas de protección de los mismos.³⁶ Es decir, si la garantía no se cumple no es por la deficiencia del Derecho sino únicamente de una de sus consecuencias, aquella que precisamente había de darle eficacia. Hay que señalar que el concepto de “derechos humanos” es una de las nociones más controvertidas en la doctrina jurídica contemporánea desde la que se estudian otras formas posibles de referirnos a los derechos humanos, como derechos naturales, derechos humanos del hombre, derechos públicos subjetivos, derechos fundamentales y, especialmente, derechos morales que nos remite especialmente a la obra de Ronald Dworkin y a la cultura anglosajona de los derechos. El uso de unos u otros términos dependerá de la concepción que se mantenga acerca del fundamento último de los derechos humanos.

De esta forma damos cuenta del cambio a la denominación del catálogo de derechos, como la primera de las modificaciones sustantivas de la reforma constitucional y como eje central de la articulación estatal, sustituyendo la figura arcaica de las “garantías individuales”. Por lo tanto, sostenemos por una parte, que la forma lingüística más precisa y preferente sería la de “derechos fundamentales”, pues abarca las dos dimensiones en las que aparecen los derechos humanos (ética y jurídica), sin incurrir en los reduccionismos iusnaturalistas o positivistas. No obstante, para efectos del Título Primero Capítulo I de la Constitución Mexicana, en el sentido de que: “[...] *todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte*”, así como del párrafo segundo en el que; “[...] *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*”; consideramos que la noción de “derechos

³⁵ Vid; H. FIX-ZAMUDIO, “Breves reflexiones sobre el concepto y contenido del derechos procesal constitucional”, en, E. FERRER MACGREGOR, (Coord.), *Derecho procesal constitucional*, Porrúa, 4ª ed., México, 2003, t. I, pp., 273-283.

³⁶ Vid; L. FERRAJOLI, *Derechos y garantías. La ley del más débil*, Trotta, Madrid, 1999. (Trad. P. A. Ibáñez y A. Greppi). Del mismo autor vid; *Garantismo. Una discusión sobre derecho y democracia*, Trotta, Madrid, 2006. De F. LAPORTA, vid; “Sobre el concepto de derechos humanos”, *Doxa*, N° 4, 1987.

humanos” es la más plausible, ya que si bien “los derechos fundamentales son derechos humanos transformados en derecho constitucional positivo”³⁷, sería una antinomia conceptual afirmar primero: que todas las personas gozarán de los “derechos fundamentales” reconocidos en la Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado se parte y segundo: que la normas relativas a los “derechos fundamentales” se interpretarán de conformidad con la Constitución y con los tratados internacionales. En definitiva, la diferencia entre los derechos humanos y los fundamentales depende del lugar en el que se ponga el acento de su validez y de qué tipo de validez es al que se dé primacía; por otro lado estas diferencias no deben llevarnos a pensar que se tratan de categorías separadas e incomunicadas; al contrario, realmente podríamos decir que todos los derechos fundamentales son derechos humanos constitucionalizados, ya que suelen tener una tutela reforzada en el ordenamiento jurídico.³⁸

III. ARTÍCULO 1º., TERCER PÁRRAFO DE LA CONSTITUCIÓN MEXICANA: LA CONSTRUCCIÓN DE UNA ÉTICA ÚNICA PARA EL RESPETO, PROTECCIÓN Y GARANTÍA DE LOS DERECHOS HUMANOS

En los últimos años, en México, juntamente con las reformas constitucionales y legales en materia de derechos humanos, se ha venido consolidando la tendencia, tanto de la sociedad civil organizada como en el ciudadano víctima de la marginación y la violencia, a expresar sus inconformidades y sus protestas con el lenguaje de los derechos humanos, lo que constituye una prueba de que la expresión “derechos humanos” ha logrado afianzarse en la conciencia de la sociedad mexicana.³⁹ Sin embargo, esta presencia de los derechos humanos en la sociedad, en la legislación y en los diferentes niveles de gobierno, no ha asegurado instituciones y prácticas que garanticen efectivamente el Estado de Derecho y el acceso de todas las personas a la justicia. En esta tarea los derechos humanos en todas sus dimensiones son esenciales. Justamente en este tiempo de crisis y transformaciones sociales, políticas, y culturales, es necesario construir una visión compartida de los derechos humanos⁴⁰ que inspire una nueva toma de conciencia sobre el modo en que se han de entender, justificar y defender los derechos humanos con miras a su realización práctica.

³⁷ Sobre el concepto de derechos fundamentales, vid; R. ALEXY, “Tres escritos sobre los derechos fundamentales y la teoría de los principios”, Universidad Externado de Colombia, *Serie de Teoría Jurídica y Filosofía del Derechos*, N° 28, 2003, pp. 19-28. (Trad. Carlos Bernal Pulido).

³⁸ Sobre las diferencias entre derechos humanos y derechos fundamentales, vid; M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, UNAM-Comisión Nacional de los Derechos Humanos, México, 1ª ed., 2004, p.9.

Vid; A. PAPACCHINI, *Filosofía y derechos humanos*, Universidad del Valle, Santiago de Cali, 2003, pp. 5-10.

⁴⁰ Sobre una visión universal de los derechos humanos, Vid; L. FERNANDEZ GÓMEZ, “Otra lectura sobre los derechos humanos”, *Dikaiosyne. Revista de Filosofía Práctica*, N° 1, 1998, p.99

Como bien sostiene el profesor Pérez Luño, “sigue en pie el reto de fundamentar los ordenamientos internos en valores éticos compartidos, es decir, universales”.⁴¹

En efecto, así se encuentra fundamentada la Constitución mexicana en el tercer párrafo del artículo 1º, cuando obliga a todas las autoridades en el ámbito de sus competencias a “[...] *promover, respetar, proteger y garantizar los derechos humanos de conformidad con los principios de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad...*”. Es claro que estos principios quedan como elementos básicos de nuestra cultura jurídica actual y criterios de legitimidad del ejercicio del poder público. No obstante, si queremos que estos principios éticos, que fundamentan la Constitución, funcionen en beneficio de todos, tiene que estar basada en una “ética única”, es decir, necesitamos que estos objetivos, valores e ideales sean comunes, compartidos y asumidos por todos.⁴² El valor de la solidaridad⁴³ no solo se concreta jurídicamente en derechos y en obligaciones positivas que corresponden a los poderes públicos, sino que requiere la participación ciudadana para contribuir precisamente a ese respeto, protección y garantía de los derechos humanos que demanda la Constitución, aumentando de este modo la propia integración y no solamente la de las autoridades en este proyecto común.

Ahora bien, en cualquier Constitución o ley que se incorporen derechos humanos, es fundamental que la sociedad en su conjunto conozca sus derechos y esté dispuesta a reclamar sus violaciones y exigir su cumplimiento. A esto se le llama: “*litigiosidad social mínima*, como un requisito indispensable para hacer valer el sentido de los humanos”.⁴⁴ Si la sociedad no es capaz de determinar cuándo hay violaciones sistemáticas a sus derechos humanos, si no se indigna por la marginación o discriminación hacia los grupos en situación de vulnerabilidad, poco o nada se podrá hacer aun teniendo las mejores reformas constitucionales de vanguardia, y los instrumentos normativos de amparo en el país. En una visión compartida, el profesor Rafael De Asís sostiene que la mejor forma de proteger los derechos humanos no radica solo en el establecimiento de técnicas jurídicas a servir como garantía de los mismos, sino también en respaldarlos con buenos argumentos a la hora de fundamentarlos, delimitarlos, defenderlos, y esto precisamente se consigue mediante el desarrollo y el apoyo de la enseñanza de los derechos, en la promoción de una cultura basada en la exaltación de la dignidad humana, de una cultura de la libertad, la igualdad y

⁴¹ A.E. PÉREZ LUÑO, “La universalidad de los derechos humanos”, *Derecho y Cambio Social*, n° 9, 2007, p. 22.

⁴² Vid; H. KÜNG, *Proyecto de una ética mundial*, Trotta, Madrid, 1991, pp. 52-53.

⁴³ Sobre la solidaridad como valor superior de los ordenamientos jurídicos, Vid; G. PECES-BARBA, *Los valores superiores*, Tecnos, Madrid, 1986. Del mismo autor, vid; “Ética, poder y derecho. Reflexiones ante el fin del siglo”, en, G. PECES-BARBA, (et. al.), *Valores, derecho y Estado a finales del siglo XX*, Dykinson-Universidad Carlos III, Madrid, 1996.

⁴⁴ M. CARBONELL, “Una ley para el México del siglo XXI”, en, AA.VV., *Ley federal para prevenir y eliminar la discriminación*, Consejo Nacional para Prevenir la Discriminación”, México, 2006, p.13.

la solidaridad.⁴⁵ El funcionamiento de los Estados democráticos está basado en la participación del pueblo, mediata o inmediata, en los asuntos públicos. En este sentido, la vigencia y salvaguardia de los derechos humanos es un asunto público de la mayor relevancia para la construcción de una “ética única” y la consolidación democrática, por lo que la responsabilidad social y la participación ciudadana adquieren un papel predominante.

IV. LA PREVALENCIA DE LA CONSTITUCIÓN FRENTE A LOS TRATADOS INTERNACIONALES: UNA FRACTURA AL BLOQUE DE CONSTITUCIONALIDAD

Pese a los avances que ha generado la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011, a tres años de publicación, aún existen temas que surgen con la neoconstitucionalidad y con los problemas relacionados con la misma como: la distinción entre reglas, valores y principios, necesidad de una argumentación racional, moral y contextual, la necesidad de una interpretación jurídica de efectos extensivos y no regresivos, tensión entre normas y principios contenidas en la [Constitución] y en los [Tratados Internacionales], el desarrollo de posibilidades fácticas para legitimar la vinculatoriedad de la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos para los jueces nacionales, así como para imponer restricciones contenidas en la Constitución para hacerla prevalecer frente a estándares convencionales; temas que nos llevan hacia una nueva comprensión de la actividad jurisdiccional y que cobran relevancia, sobre todo a raíz de la reciente resolución de la contradicción de *Tesis 293/2011* en el que la Suprema Corte de Justicia de la Nación resolvió el 3 de septiembre de 2013 sobre tres cuestiones fundamentales que impactan en la dinámica del constitucionalismo mexicano.

Primero: la Suprema Corte reconoce la existencia de un “bloque de constitucionalidad”⁴⁶ al reconocer un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la

⁴⁵Vid; R. DE ASÍS ROIG, “Los derechos humanos y discapacidad. Algunas reflexiones derivadas del análisis de la discapacidad desde la teoría de los derechos”, en, I. CAMPOY, I. / A. PALACIOS, (eds.), *Igualdad, no discriminación y discapacidad*, Dykinson-Universidad Carlos III, Madrid, 2008, p.50. También, vid; L. FERRAJOLI, *Razones jurídicas del pacifismo*, Trotta, Madrid, 2004, pp.103-104.

⁴⁶ La incorporación de los derechos humanos de fuente internacional al catálogo de los derechos fundamentales en las constituciones implica lo que se denomina “bloque de constitucionalidad”. El concepto de “Bloque de Constitucionalidad” proviene de Francia, donde fue desarrollado a partir de la década de los setenta. Se entiende como el conjunto de principios y reglas de valor constitucional para designar el conjunto de normas situadas a nivel constitucional, cuyo respeto se impone a la ley. Vid; L. FAVOREU, “El Bloque de Constitucionalidad”, *Revista del Centro de Estudios Constitucionales*, N° 5, 1990, pp. 45-68. El “Bloque de constitucionalidad” es una figura jurídica ampliamente desarrollada por la jurisprudencia constitucional comparada que cumple una función trascendental no solo teórica sino práctica, en la medida en que permite incorporar los estándares normativos del derecho internacional de los derechos humanos al ordenamiento

Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado mexicano es parte y que conforman el parámetro de control de regularidad del ordenamiento jurídico mexicano; segundo: la Corte estableció que todas las autoridades de nuestro país, en los distintos niveles de gobierno, están obligadas a observar la jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos, tanto de los casos en los que México es parte,⁴⁷ así como de los que no fuera parte. Es decir, estarán obligados a tomar en cuenta todos los criterios sostenidos por la Corte Interamericana de Derechos Humanos de los casos que resuelva, sin necesidad de que se siga un procedimiento formal distinto.⁴⁸ No obstante para la Suprema Corte la aplicación de la jurisprudencia deberá realizarse en términos de colaboración y no contradicción con la jurisprudencia nacional, atendiendo en todo momento al principio pro persona. En este sentido, la inaplicación de un criterio jurisprudencial, ya sea nacional o interamericano se justificará atendiendo a la preferencia de otro que resulte en todo momento más favorecedor a la persona. Lo anterior ha quedado expresado en la reciente “TESIS JURISPRUDENCIAL P./J. 21/2014 (10a.) JURISPRUDENCIA EMITIDA POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. ES VINCULANTE PARA LOS JUECES MEXICANOS SIEMPRE QUE SEA MÁS FAVORABLE A LA PERSONA”,⁴⁹ que sobre el particular sostiene:

“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

jurídico mexicano. Es decir, el control de constitucionalidad deberá emplearse no solo frente las disposiciones de la Constitución, sino también a partir de su confrontación con otros dispositivos de carácter supraconstitucional, como los criterios jurisprudenciales, las normas y principios que sin estar formalmente incluidos en la constitución, son utilizados como parámetros de validez de control de constitucionalidad. Vid; A.V. MORALES MORALES, / J. C. ODIMBA ON' ETAMBALAKOWETSHOKONDA, “La incorporación del concepto de bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos en México”, *Prolegómenos. Derechos y Valores*, 2011, pp. 35-146. Disponible en: <http://www.redalyc.org/articulo.oa?id=87619038010>. Consultado el 3 de junio de 2014. Sobre el bloque de constitucionalidad también vid; E. CORZO SOSA, “Control constitucional, instrumentos internacionales y bloque de constitucionalidad”, en E. FERRER MAC-GREGOR, y A. ZALDÍVAR LELO DE LARREA, *La ciencia del derecho procesal constitucional. Estudios en homenaje a Héctor Fix-Zamudio en sus cincuenta años como investigador del derecho*, Tomo IV. (Derechos fundamentales y tutela constitucional), IIJ-UNAM, México, 2008.

47“SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS. SON VINCULANTES EN SUS TÉRMINOS CUANDO EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE EN EL LITIGIO”. Décima Época; Registro: 160482; Instancia: Pleno; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Libro III, Diciembre de 2011, Tomo 1; Materia(s): Constitucional; Tesis: P. LXV/2011 (9a.); p. 556.

48“SENTENCIAS EMITIDAS POR LA CORTE INTERAMERICANA DE DERECHOS HUMANOS EN ASUNTOS DONDE EL ESTADO MEXICANO FUE PARTE. PARA QUE SUS CRITERIOS TENGAN CARÁCTER VINCULANTE NO REQUIEREN SER REITERADOS”. [Décima Época; Registro: 2003156; Instancia: Pleno; Tesis Aislada; Fuente: Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta; Localización: Libro XVIII, Marzo de 2013, Tomo 1; Materia(s): Constitucional; Tesis: P. III/2013 (10a.); p. 368].

⁴⁹ PLENO. *Contradicción de tesis 293/2011*.

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”.⁵⁰ (Subrayado añadido).

Justamente, esta vinculación directa de los criterios jurisprudenciales de la Corte Interamericana obliga a los jueces mexicanos 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 de las personas;”⁵¹

El tercer criterio de la Suprema Corte de Justicia de la Nación -que consideramos un retroceso para los derechos humanos-, consiste en la negación por parte de la Suprema Corte, al reconocer que las disposiciones contenidas en los tratados de derechos humanos no pueden predominar frente a la Constitución cuando esta prevea una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, es decir, se deberá estar a lo que indica la norma Constitucional. Así, puede verse establecido en la “TESIS JURISPRUDENCIAL P./J. 20/2014 (10a.) DERECHOS HUMANOS CONTENIDOS EN LA CONSTITUCIÓN Y EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. CONSTITUYEN EL PARÁMETRO DE CONTROL DE REGULARIDAD CONSTITUCIONAL, PERO CUANDO EN LA CONSTITUCIÓN HAYA UNA RESTRICCIÓN EXPRESA AL EJERCICIO DE AQUÉLLOS, SE DEBE ESTAR A LO QUE ESTABLECE EL TEXTO CONSTITUCIONAL”, que sobre el particular señala:

“ [...] El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional,

⁵⁰ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de Tesis 293/2011*, Engrose final, 3 de septiembre de 2013, p. 65.

⁵¹ Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de Tesis 293/2011*, Engrose final, 3 de septiembre de 2013, p. 64.

*ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano,[...]”.*⁵² (Subrayado añadido).

Llegado a este punto, consideramos que es de vital importancia determinar cuáles son las condiciones sobre las cuales se van a aplicar las restricciones a normas de derechos humanos y a principios constitucionales; ya que lo fundamental es que las restricciones tengan validez, que estén sujetas al cumplimiento de juicios de valor derivados de la aplicación de principios como el de proporcionalidad, ponderación, progresividad, maximización, etc. Está claro que ante el escenario de conflicto de normas, aparece la necesidad de restringir o limitar un principio o un derecho humano; sin embargo, hay que considerar que ante todas las posibilidades de restricción o limitación de derechos y principios, conllevan a su vez su propio límite, que reside principalmente en el respeto al contenido esencial de los mismos en función de sus límites estructurales. En efecto, como podemos ver en la resolución de la contradicción de tesis que se comenta, en ningún momento se establecieron las reglas o el procedimiento que se debe llevar a cabo para las intervenciones o restricciones constitucionales, solo se determinó que son de aplicación obligatoria, por lo que es preciso establecer cuáles son los elementos que deben tomarse en cuenta para darle validez a las restricciones constitucionales.

Es necesario enfatizar que para hablar sobre restricciones a las normas de carácter internacional, hay que tomar en consideración algunos principios de Derecho Internacional de los Derechos Humanos, como por ejemplo el *Pacta sunt servanda*, contenido en artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados,⁵³ el cual establece que: desde el momento en que el Estado suscribe un compromiso internacional, se generan obligaciones que deben ser cumplidas por las autoridades; de igual manera, un Estado parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. De tal manera que estos principios internacionales podrían extender su alcance e interpretación en clave garantista para evitar las omisiones por parte de la actividad jurisdiccional a los principios constitucionales de *jus cogens* como el *pro persona*, cláusulas convencionales o a la interpretación que de las mismas hayan hecho los organismos encargados de su aplicación, sobre todo cuando resulten más favorables para la protección de los derechos humanos de la persona; solo así se podrá tener un avance real en la efectividad y progreso de la reforma constitucional en materia de derechos humanos.

El caso más notorio respecto a la existencia de una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos en la Constitución para hacerla prevalecer por sobre una norma

⁵² Suprema Corte de Justicia de la Nación, *Contradicción de Tesis* 293/2011, Engrose final, 3 de septiembre de 2013, p. 65.

⁵³ Suscrita en Viena, Austria el 23 de mayo de 1969 y entró en vigencia el 27 de enero de 1980. Publicada en el Diario Oficial de la Federación el 28 de abril de 1988.

internacional de carácter más favorable o menos restrictivo para la persona, es sin duda la figura del “arraigo”, el cual ha pasado por tres estatus jurídicos en México, primero en el 2005 la Suprema Corte de Justicia de la Nación lo declara inconstitucional;⁵⁴ en el año 2008 revierte dicha tesis y colocó un nuevo giro al darle a dicha medida cautelar rango constitucional al introducirla en el artículo 16⁵⁵ de la Constitución Federal bajo el argumento de su necesidad para el éxito de las investigaciones; lo que ha llevado a pensar que esta medida por el solo hecho de estar prevista en la carta magna es válida y por lo tanto no restringe garantías y derechos humanos del detenido. Nuestra postura es que dicha medida cautelar metaconstitucional permite sobreponerse, en términos absolutos, al contenido esencial de los derechos fundamentales como la libertad personal, a la presunción de inocencia, al debido proceso y a la tutela judicial efectiva; derechos reconocidos en la constitución, así como en diversos tratados internacionales como la Convención Americana de Derechos Humanos, por lo que podemos ver como esta figura ha transitado de la inconstitucionalidad, constitucionalidad a la inconvencionalidad.

Es así que las violaciones sistemáticas a los derechos humanos relacionadas con el uso del arraigo han dado lugar a que varios organismos internacionales realicen señalamientos y recomendaciones destinadas a condenar esta práctica a nivel federal y local.⁵⁶ La Comisión Nacional de los Derechos Humanos dio a conocer que entre 2008 y 2011 se presentaron 405 quejas por violaciones de derechos humanos relacionadas al arraigo, de las cuales 41% se refirieron a tortura y malos tratos; el propio Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes de Naciones Unidas, señaló, tras su visita a México, que cerca del 50% de las personas bajo arraigo mostraban signos de tortura;⁵⁷ no obstante, y a pesar a lo anterior, esta figura no ha

54 ARRAIGO PENAL. EL ARTÍCULO 122 BIS DEL CÓDIGO DE PROCEDIMIENTOS PENALES DEL ESTADO DE CHIHUAHUA QUE LO ESTABLECE, VIOLA LA GARANTÍA DE LIBERTAD PERSONAL QUE CONSAGRAN LOS ARTÍCULOS 16, 18, 19, 20 Y 21 DE LA CONSTITUCIÓN FEDERAL. [TA]; 9a. Época; Pleno; S.J.F. y su Gaceta; XXIII, febrero de 2006; p. 1170.

55 Art. 16. (...) La autoridad judicial, a petición del Ministerio Público y tratándose de delitos de delincuencia organizada, podrá decretar el arraigo de una persona, con las modalidades de lugar y tiempo que la ley señale, sin que pueda exceder de cuarenta días, siempre que sea necesario para el éxito de la investigación, la protección de personas o bienes jurídicos, o cuando exista riesgo fundado de que el inculcado se sustraiga a la acción de la justicia. Este plazo podrá prorrogarse, siempre y cuando el Ministerio Público acredite que subsisten las causas que le dieron origen. En todo caso, la duración total del arraigo no podrá exceder los ochenta días.

56 Grupo de Trabajo sobre Detenciones Arbitrarias, 2002, párr. 50; Comité Contra la Tortura, 2007, párr. 15; Subcomité de Prevención de la Tortura, 2009, párr. 238; Consejo de Derechos Humanos, Examen Periódico Universal, 2009; Comité de Derechos Humanos, 2010, párr. 15; Relatora Especial de la ONU sobre la Independencia de Jueces y Abogados, 2010, párr. 92-94; Grupo de Trabajo sobre Desapariciones Forzadas o Involuntarias, 2011, párr. 88; Comité Contra la Tortura, 2012, párr. 11.

57 Informe sobre la visita a México del Subcomité para la Prevención de la Tortura y otros Tratos o Penas Cruelles, Inhumanos o Degradantes, tras su visita a México en 2009, párr. 225. En este mismo sentido se han

logrado desaparecer por completo del procedimiento penal, ya que aún subsiste en el ámbito federal,⁵⁸ con ciertas limitantes como: la reducción de la temporalidad de su aplicación; su procedencia solo cuando se acredite la existencia de indicios suficientes para la vinculación a la persona con los delitos a los que se les imputa; así como la facultad a los Organismos públicos de protección de derechos humanos de presentarse ante los centros de arraigo sin previo aviso con el fin de vigilar que en la aplicación de este tipo de medidas no se presenten violaciones a los derechos humanos de las personas detenidas. Si bien, estas limitaciones impuestas a la figura del arraigo, son un paso para controlar su aplicación, y para erradicar por completo esta práctica; consideramos que la Suprema Corte de Justicia tiene una oportunidad para estudiar de fondo los efectos que tiene esta medida para con los derechos humanos y poner en el centro de análisis la aplicación de principios como *el pro persona* y el control de convencionalidad para resolver este tipo de casos.

Ante tal escenario sobre la restricción impuesta por la Suprema Corte de Justicia para hacer prevalecer la Constitución sobre un tratado internacional, es inevitable sostener que, en una visión abstracta de los derechos humanos nos podemos encontrar ante un caso concreto en la necesidad de su restricción o de su delimitación.⁵⁹ Sin embargo, lo sustancial es reconocer que si dicha restricción es lícita, solo puede determinarse a través de un examen de proporcionalidad.⁶⁰ Estamos de acuerdo con el criterio de la Suprema Corte en

pronunciado otros mecanismos de Naciones Unidas como: el Comité de Derechos Humanos, el Grupo de Trabajo de Desapariciones Forzadas o Involuntarias, y finalmente la Relatora Especial sobre la Independencia de los Jueces y Abogados, que en sus informes han recomendado al Estado mexicano suprimir esta medida pues constituye una violación grave a la libertad personal y los derechos humanos de las personas. Sobre el impacto en México sobre la figura del arraigo puede ser visto en: <http://cmdpdh.org/wp-content/uploads/2013/03/Informe-CIDH-sobre-el-impacto-en-e%C3%ACxico-de-la-figura-del-arraigo-penal-en-los-derechos-humanos-FINAL.pdf> Página consultada el 15 de junio de 2014.

⁵⁸ La Suprema Corte ha invalidado su aplicación a nivel local derivada de dos acciones de inconstitucionalidad presentadas por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (29/2012 y 22/2013) en las que se cuestiona la constitucionalidad de su incorporación en los nuevos códigos procesales de Aguascalientes e Hidalgo. Publicado en el *Diario Oficial de la Federación* el 22/05/2014. Véase la Sentencia dictada por el Tribunal Pleno en: http://www.dof.gob.mx/nota_detalle.php?codigo=5345740&fecha=22/05/2014. Página consultada el 16 de junio de 2014.

⁵⁹ La Corte Interamericana de Derechos Humanos en el numeral IV párrafo 174 establece que los derechos no son absolutos, que pueden restringirse, salvo el derecho a no ser objeto de tortura o de malos tratos o penas crueles, inhumanos o degradantes bajo ninguna circunstancia. En su razonamiento la Corte ofrece criterios de interpretación para valorar si una limitación impuesta al ejercicio de un derecho, en su contenido normativo, es legítima. Así, en la propia sentencia, precisa las condiciones y requisitos que se deben cumplir al momento de regular o restringir los derechos y libertades consagrados en la Convención, tales como: a) la legalidad de la medida restrictiva, b) la finalidad de la medida restrictiva, y c) necesidad y proporcionalidad. Vid; Corte Interamericana de Derechos Humanos, Caso *Jorge Castañeda Gutman vs. Estados Unidos Mexicanos*.

⁶⁰ Para un examen amplio sobre los requisitos del principio de proporcionalidad, vid; C. BERNAL PULIDO, *El principio de proporcionalidad y los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, Madrid, 2003, p.75 y ss.

el sentido de que no existen derechos absolutos, sino que cada derecho, ya sea absoluto o relativo, se encuentra en la posibilidad de ser intervenido, limitado, o restringido;⁶¹ pero debe ser esto a través de la aplicación del principio de proporcionalidad. He aquí lo relevante, ya que lo fundamental será justificar las restricciones, darles legitimidad a la intervención de un derecho humano de índole internacional para proteger otros derechos, valores o principios de orden constitucional.⁶² Por lo tanto se deben fijar los límites que el juzgador no puede traspasar bajo ningún concepto sino quiere que su actividad, así como el resultado de sus decisiones, carezcan de legitimidad.⁶³

El propio ministro Cossío en su voto particular de la resolución de la referida contradicción de tesis sostiene sus razones del disenso con el criterio de jerarquía que aplicaron los diez ministros para resolver el tema de la prevalencia de la Constitución frente a los tratados internacionales, pues el ministro señala que: “[e]l párrafo del artículo 1º dispone que a las personas se les dará en todo momento la protección más amplia en términos de lo que dispongan los derechos humanos de fuente constitucional o convencional[...],” por lo tanto “[n]o puede establecerse la prevalencia de las normas constitucionales en los casos en que establezcan restricciones, sin admitir que con ello se incorpora expresamente un criterio de jerarquía constitucional.”⁶⁴ En efecto, sostiene el

61 Sobre el principio de proporcionalidad, vid; M. CARBONELL, (Coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, CNDH, México, 2008, pp. 7-8.

62 Precisamente, el principio de proporcionalidad tiene tres sub principios: El de idoneidad, (la intervención debe procurar un fin constitucional), b) Necesidad, (La afectación al principio debe ser la menos gravosa de entre las disponibles), y el de proporcionalidad en sentido estricto, (la afectación debe compensarse o equilibrarse en beneficios). Vid; R. ALEXYY, “La fórmula del peso”, en, M. CARBONELL, (coord.), *El principio de proporcionalidad y protección de los derechos fundamentales*, *Op. Cit.*, pp. 12-13. El contenido de la idea de proporcionalidad en sentido estricto puede expresarse a través de la ponderación, la cual intenta ser un método para la fundamentación de ese enunciado de preferencia referido al caso concreto; un auxilio para resolver conflictos entre principios del mismo valor o jerarquía cuya regla constitutiva puede formularse así: “Cuando mayor sea el grado de la no satisfacción o de afectación de un principio, tanto mayor tiene que ser la importancia de la satisfacción de otro”. Vid; R. ALEXYY, *Teoría de los derechos fundamentales*, Centro de Estudios Políticos y Constitucionales, 1ª ed., Madrid, 1993, p. 161. También vid; R. ALEXYY, “Derecho y razón práctica”, *Revista Isonomía*, núm. 1, 1994, pp. 37 y ss. En este sentido, Alexy comenta que los subprincipios de la proporcionalidad: “Expresan la idea de optimización. Interpretar los derechos fundamentales de acuerdo al principio de proporcionalidad es tratar a estos como requisitos de optimización, es decir, como principios y no simplemente como reglas. Los principios como requisitos de optimización, son normas que requieren que algo se realice con la mayor amplitud posible dentro de las posibilidades jurídicas y fácticas”, Vid; R. ALEXYY, “Ponderación, control de constitucionalidad y presentación”, (trad. De la Vega, René, G.), en, M. CARBONELL, /R. VÁZQUEZ, y J. OROZCO HENRÍQUEZ, (Coords.), *Jueces y ponderación argumentativa*, IJ-UNAM, México, 2006, p. 2.

63 Vid; S. E. RODRÍGUEZ BOENTE, *La justificación de las decisiones judiciales. El artículo 120.3 de la Constitución Española*, Universidad de Santiago de Compostela, Santiago de Compostela, 2003, p. 280.

64 José Cossío, Voto Particular, *Contradicción de Tesis*, 293/2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación, p. 3

Ministro, que: “[...] desde el momento en que se dice que ello será así “salvo” cuando exista una restricción constitucional expresa, se está desconociendo lo dispuesto en el propio texto constitucional en razón del desplazamiento que se hace de los derechos de fuente convencional frente a lo dispuesto, no como derecho, sino como restricción, por la Constitución nacional, utilizándose así un criterio jerárquico”.⁶⁵ Es decir; es una contradicción de la Suprema Corte al estipular primero que las normas de derechos humanos, independientemente de que sean de orden constitucional o internacional, no se relacionan por cuestiones de jerarquía, y segundo determinar que cuando la Constitución establezca una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá atender a lo que señala la disposición constitucional.

Este criterio ha generado, lo que denomina el ministro Cossío en su voto particular, una *regla hermenéutica de carácter general*⁶⁶ para darle siempre preferencia a favor al dispositivo constitucional frente al convencional, sin importar si favorece en todo momento a la persona o no, resultado de ello, es que tengamos, -como bien sostiene el Ministro Cossío- no una *regla de ponderación*, sino una *regla de preferencia* de una fuente sobre otra; teniendo como consecuencia que, al sostenerse una regla de jerarquía, se eliminara toda posibilidad de aplicar el principio *pro persona* para solucionar los conflictos entre normas de una u otra fuente.⁶⁷ A pesar de lo anterior, sostenemos que esta *regla de preferencia* está fundada en una postura excluyente. Es decir, existe, pertenece al sistema, pero no es válida. Para comprender este planteamiento es necesario pensar en la constitucionalidad como una *rhapconstitutio*,⁶⁸ una red normativa, compuesta de (valores, normas, reglas, principios, directrices y jurisprudencias), logrando así, una constitución de efecto brillante que irradia todo el sistema jurídico; para luego identificar dentro de este orden jurídico tres momentos específicos. El primero: su *pertenencia*⁶⁹ en el sistema jurídico que se justificaría por el ingreso de estos principios como el *pro persona* al sistema a través del reconocimiento constitucional; y el segundo su *existencia*, la cual radicaría en la aceptación y la aplicación de este principio por parte de los jueces y los tribunales en su labor judicial, y el tercero, su *validez*, es decir, cuando estos principios una vez

⁶⁵ José Cossío, Voto Particular, *Contradicción de Tesis*, 293/2011, Op. Cit., p. 4

⁶⁶ Vid; José Cossío, Voto Particular, *Contradicción de Tesis*, 293/2011, Suprema Corte de Justicia de la Nación, pp. 5-6.

⁶⁷ Vid; José Cossío, Voto Particular, *Contradicción de Tesis*, 293/2011, Op. Cit., pp. 5-6.

⁶⁸ Sustantivo formado a partir del latín *rhaptein*, (ensamblar) y *constitutio* o *constitutionis*, nombre formado a partir del verbo *constituere*, (establecer, colocar, organizar, construir). *Rhapconstitutio*, significa por tanto, literalmente, “Constitución ensamblada”. Es decir una Constitución construida a partir de varios fragmentos que puede ser interpretados de distintas formas. De tal manera que en este punto, Constitución e interpretación se fusionan de forma tangible.

⁶⁹ Sobre la manera de comprender la validez en su sentido de pertenencia al sistema, vid; H. HART, *El concepto de Derecho*, Abeledo-Perrot, Buenos Aires, 1998, p. 129. (Trad. G. Carrió.)

incorporados actúan como parámetros de validez jurídica⁷⁰ para controlar la coherencia del sistema. Es en este tercer punto donde los ministros deciden negar el condicionamiento moral de validez jurídica al principio *pro persona*, dejando en claro que la regla para resolver casos esencialmente controvertidos dentro de esta *rhapconstitutio*, no será la prevalencia del principio *pro persona* sino la regla de jerarquía.

Por consiguiente, la gravedad de este criterio adoptado por la Suprema Corte, reside en el sentido de que solo tendrá validez el principio *pro persona* cuando no exista dicha restricción en la constitución, a pesar de que contradigan normas o criterios más favorables, éstas no serán reconocidas como normas o principios propios del sistema; de tal manera que el criterio que determina finalmente la validez jurídica es un criterio supremo o de jerarquía que se traduce en una regla de reconocimiento que deben aplicar los jueces para la identificación de los estándares jurídicos que deben utilizar en la fundamentación de sus resoluciones, en lugar de realizar una dinámica valorativa de la dimensión de peso y balance de los principios de entre los derechos humanos, ya sean de fuente constitucional o internacional; por lo que en un principio el efecto práctico de esta interpretación de la Suprema Corte consistirá en que no se podrá derrotar bajo ningún mecanismo un acto de autoridad que haya violado algún contenido normativo de derechos humanos reconocido en alguna jurisprudencia o tratado internacional, lo que afectará ineludiblemente la comprensión del contenido y alcance del principio *pro persona*, y el ejercicio del control de convencionalidad, al no poderse determinar en sus decisiones qué contenidos materiales utilizar como criterios de validez jurídica.⁷¹

Ahora bien, Habermas sostiene que la moral que ha migrado al Derecho es de carácter procedimental: “[...] esa moralidad que no solamente se enfrenta al derecho, sino que también se instala en el derecho mismo, es de naturaleza procedimental; se ha desembarazado de todo contenido normativo determinado y ha quedado sublimada en un procedimiento de fundamentación y aplicación de contenidos normativos posibles. [...]”.⁷² En este sentido, el carácter procedimental del principio *pro persona* radica, primero: en que al constitucionalizarse este principio, no se extingue en el proceso mismo, sino que traspasa

⁷⁰ En términos básicos, la validez jurídica puede entenderse en dos aspectos; primero: como *pertenencia*, cuando una norma pertenece o no (es válida) a un determinado Ordenamiento jurídico por haber sido creada conforme al procedimiento por él establecido, no ha sido derogada y no es contradictoria con las normas de mayor jerarquía y; segundo: como *existencia*, cuando una norma (existe) a pesar de no cumplir los requisitos anteriormente señalados sino que tiene una existencia, más que normativa, de tipo empírico. Vid; H. HART, “El nuevo desafío del positivismo jurídico”, *Sistema*, n.º. 36, 1980, p. 5. (Traducción de Liborio Hierro, Francisco Laporta y Juan Ramón Páramo).

⁷¹ Sobre los diferentes sentidos del concepto de validez jurídica, vid; E. BULYGIN, “Validez y positivismo”, en, C. E. ALCHOURRÓN, y E. BULYGIN, *Análisis lógico y derecho*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1991, pp. 508-511.

⁷² J. HABERMAS, *Facticidad y validez*, *Op. Cit.*, p. 559.

la dimensión positiva al informar todo el sistema jurídico, y, segundo en que dicho principio no prescribe una conducta que exprese la idea del bien o de la felicidad, sino que señala específicamente un objetivo jurídico en virtud del cual debe contribuir a que los jueces que se encuentran en la posibilidad de escoger de entre las normas, apliquen la más favorable y de la interpretación, elijan la que menos restrinja el contenido esencial de un derecho. En efecto, los jueces deben interpretar la Constitución de acuerdo con la mejor teoría política y moral posible.⁷³ Sin embargo, no es menos cierto que una vez que se abren las puertas a los principios morales como condiciones de validez jurídica, resulta difícil encontrar el límite y, aún más, la justificación de dicho límite.⁷⁴ Quien incorpora al sistema jurídico principios con contenido teleológico;⁷⁵ como por ejemplo: garantizar en todo momento a la persona su protección más amplia, a través de principios como el *pro persona*, universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, orientados a la protección de los derechos humanos, está obligado –si quiere ser coherente–, a rechazar toda decisión que vaya en contra de la razón de ser de estos principios, que es la maximización y optimización del sistema de derechos y el fortalecimiento de sus garantías;⁷⁶ siendo conforme con lo que denomina Peces-Barba, la *ética pública de la modernidad*, relacionada entre otras cosas, con un sistema jurídico abierto, flexible, dúctil y procedimental.⁷⁷

Efectivamente, es del artículo primero constitucional de donde se infiere que el principio *pro persona* es el parámetro para realizar la ingeniería normativa a través de la cual se construirán los criterios interpretativos para aplicar a una disposición de derechos humanos ya sea contenida en los tratados internacionales o en la propia Constitución, sin establecer ninguna jerarquía entre ellos; de tal manera que establecer en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos para hacerla prevalecer frente a un tratado internacional que pueda contener una norma más favorable, o ante un criterio jurisprudencial que restrinja menos el núcleo esencial de un derecho que la propia norma constitucional, resulta una transgresión no solo al principio *pro persona*, sino a principios como los de irreversibilidad, maximización, irradiación, ponderación y progresividad. Estos principios encuentran su máxima expresión, en tanto que a mayores instrumentos de interpretación, mayor avance favorable tendremos de los derechos humanos, evitando con

⁷³ Vid; R. DWORKIN, *La justicia con toga*, Marcial Pons, Madrid, 2007, pp. 206-207, 217.

⁷⁴ Vid; R. M. JIMÉNEZ CANO, “Problemas abiertos de la Regla de Reconocimiento, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, Universidad Carlos III de Madrid, n° 10, julio 2009, pp. 99-100.

⁷⁵ Vid; N. BOBBIO, *El problema del positivismo jurídico*, Fontamara, México, 2004, p. 42. (Trad. Ernesto Garzón Valdés.)

⁷⁶ Vid; G. BIDART CAMPOS, *La interpretación del sistema de derechos humanos*, Ediar, Argentina, 1995, pp. 362-369.

⁷⁷ G. PECES-BARBA, *Derechos sociales y positivismo jurídico. Escritos de Filosofía Jurídica y Política*, Op. Cit., p. 127.

ello restricciones y regresiones respecto a estos derechos y principios.⁷⁸ En consecuencia, puede considerarse que en nuestro orden constitucional, se ha *fracturado* el bloque de constitucionalidad,⁷⁹ ese conjunto de derechos integrados en el que se debe convivir bajo los principios que de acuerdo a Peces Barba, desempeñan un papel esencial como elementos que unifican y dan coherencia al sistema jurídico, y que a la vez sirven de guía y son base de donde se sostiene la labor de aquellos que crean, interpretan, y ejecutan el Derecho cumpliendo un papel unificador e integrador del sistema frente a las posibles intervenciones que lo ponen en peligro.⁸⁰

No obstante, sería deseable que toda norma o decisión jurídica siempre resultara congruente con el sistema constitucional, dotado de sentido, gracias a la incorporación de dichos principios al ordenamiento, en este caso el principio *pro persona*. Sin embargo, los principios apuntan a la idea de un proceso de gradualidad, de maximización, de optimización, idea que no garantiza la bondad moral del derecho, pero que sí hace de él un orden normativo donde las decisiones derivadas en este caso de las resoluciones judiciales tengan siempre la pretensión de ser corregidas. En efecto, si bien la coherencia que los principios dan al sistema jurídico, no garantiza la bondad moral del derecho, para conseguirla es preciso asumir teorías como la *pretensión de corrección* de Alexy; en el sentido de que, si bien “todo fallo judicial formula necesariamente una pretensión de corrección”;⁸¹ será necesario que quien pretenda realizar una norma jurídica, es decir, la interpretación que le debe dar un tribunal a una disposición constitucional o legal, debe pretender, además, que su decisión sea *moralmente correcta*, que sus criterios o resoluciones no vayan en contra de la coherencia de dichos principios; por eso, cuando Alexy sostiene que los principios son *mandatos de optimización*, exige a los jueces que no

⁷⁸ Vid; M. ATIENZA, *Los límites de la interpretación constitucional*, en, E. FERRER MAC-GREGOR, *Interpretación constitucional*, (Coord.), Porrúa-UNAM, México, 2005. Tomo I. p. 121.

⁷⁹ El ministro Cossío sostuvo que la posición mayoritaria de los ministros de la Suprema Corte en la resolución de la contradicción de tesis 293/2011, terminó generando una *regla universal de interpretación*, por virtud de la cual, el derecho convencional cede frente al derecho constitucional desplazando la posibilidad de resolver los problemas caso por caso aplicando efectivamente el principio *pro persona*. El ministro afirma, que es una falacia considerar que la interpretación generada por ella permita la ponderación caso por caso de todos los derechos humanos. Para que ello fuera así, considera que debería darse la plena igualdad entre los derechos humanos, tanto los de fuente constitucional como los de fuente convencional. Pero, que al introducirse una diferenciación entre uno y otro tipo de derechos al darle preeminencia jerárquica a las restricciones constitucionales, tal igualdad se rompió. Bajo este argumento, es por ello que consideramos que con esta resolución de la Corte se fractura el “bloque de constitucionalidad”. Vid; J. R. COSSÍO DÍAZ, “Las trampas del consenso”, *Revista Nexos*, octubre 2013. <http://www.nexos.com.mx/?p=15502>. Página consultada el día 24 de octubre de 2014.

⁸⁰ Vid; G. PECES-BARBA, “Ética, Poder y Derecho. Reflexiones ante el fin del siglo”, Centro de Estudios Constitucionales, *Cuadernos y Debates*, N° 54, Madrid, 1995, p 74.

⁸¹ R. ALEXY, *El concepto y la validez del derecho*, Gedisa, Barcelona, 1997, (trad. de Jorge M. Seña.), pp. 63-64.

solo se conformen con una única respuesta jurídica dada, sino que se inmersen en la búsqueda del contenido más favorable para resolver el caso de que se trate.

Precisamente los rasgos característicos de la concepción del Derecho como integridad de Dworkin,⁸² se refiere no solo a la inclusión de los principios en los sistemas jurídicos y su relevancia en el desarrollo del Derecho, sino que también se va a referir a los procesos de interpretación y aplicación del Derecho; por lo que la integridad va a representar la exigencia de que la decisión judicial no solo se ajuste a una actitud interpretativista, sino además de respeto a la integridad del ordenamiento jurídico, siendo con ello coherente con los principios incorporados al sistema. Así, para Dworkin, los principios “representan una exigencia de justicia o de corrección o de cualquier otra dimensión moral.”⁸³ En este sentido el Derecho es concebido como una actividad compleja de interpretación, pero no dejada a la discrecionalidad de los jueces, sino sólidamente vinculado a los contenidos morales del Derecho expresados por los principios y por los derechos humanos.⁸⁴

En definitiva, ante tal escenario actual, las preguntas centrales serán: ¿Cómo lograr que los principios constitucionales desplieguen en la práctica su máxima eficacia? y sobre todo, ¿Cómo hacer frente a las consecuencias jurídicas, políticas y sociales que atraerá el contenido de restricciones expresas en la Constitución, para hacerla prevalecer frente a un tratado o criterio jurisprudencial internacional, aunque resultaren estos más favorables para la protección de los derechos humanos, vulnerando de esta manera los principios de derechos humanos reconocidos en el artículo 1º de la Constitución mexicana que conllevan una serie de mandatos de actuación y de optimización del sistema jurídico? ¿Cómo proteger los principios de derechos humanos y cuál debe ser el papel del poder judicial en el cumplimiento de este mandato?

Estamos en el momento decisivo en el que la pretensión será sustraer este conjunto de principios a la voluntad de las mayorías, a decisiones que puedan lesionarlos, restringirlos, o reducir su eficacia. Incluirlos como señala Ferrajoli, al menos por lo que se refiere a los derechos humanos, en una *esfera de lo indecible*,⁸⁵ o desde lo que sostiene

⁸² Sobre el Derecho como integridad en Dworkin, vid; J. DELGADO PINTO, “La noción de integridad en la teoría del derecho de R. Dworkin: análisis y valoración”, *Derechos y Libertades, Revista del Instituto Bartolomé de las Casas*, enero-diciembre, 2002, p.15-44.

⁸³ R. DWORKIN, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel derecho, 1ª ed., 1984. (Traducción Marta Guastavino.), p. 90.

⁸⁴ Vid; C. FARALLI, “La filosofía jurídica actual”, *Anuario de Derechos Humanos*, Nueva Época, Universidad Complutense de Madrid, Vol. 3, 2002, pp. 140-143. 148.

⁸⁵ Ferrajoli utiliza la expresión de “esfera de lo indecible” para denominar al conjunto de principios que, en democracia, están sustraídos a la voluntad de las mayorías. La expresión recuerda nociones similares como la del “coto vedado” de Ernesto Garzón Valdés y la del “territorio inviolable” de Norberto Bobbio. Categorías filosófico-política, que expresan el principio político, clásicamente liberal, de los límites impuestos a las decisiones políticas, aunque sean de la mayoría, en tutela de los derechos humanos. Vid; L. FERRAJOLI, “La

Garzón Valdés, trazar un *coto vedado*⁸⁶ de derechos humanos, una figura que podría aplicarse como marco de análisis de la legitimidad, entendida desde la calidad y resguardo moral de las resoluciones judiciales que restringen principios constitucionales de validez *prima facie* como el *pro persona*. Como sostiene Moreso, si se acepta una teoría de la justicia que contenga principios que establecen derechos humanos, luego entonces, estamos obligados a diseñar nuestras instituciones políticas de un modo tal que aumente la probabilidad de obtener decisiones que no violen tales derechos humanos.⁸⁷ Por lo tal, en esta antinomia, lo que está en riesgo es considerable. Más allá de la resolución de la contradicción de tesis referida por parte de la Suprema Corte, sin duda trascendental para los cuestionamientos de interpretación constitucional, o de alguna probable responsabilidad internacional por contravenir tratados internacionales, se advierte que lo que está en tela de juicio es la legitimidad y fundamentación de los fallos de los jueces constitucionales en la construcción de ideales comunes con un alto grado de valor ético tendencialmente universales. El tema de la dignidad, la igualdad y no discriminación de todos los seres humanos aspiran a la universalidad, por lo tanto su interpretación debe ser de unión y no de límite, de armonización con los estándares internacionales.

No es una cuestión particular lo que resolvieron los ministros, sino una cuestión universal, de carácter constitucional y que determina en gran manera el alcance de los derechos humanos a través de la aplicación de un principio como el *pro persona* o la cláusula de interpretación conforme. El terreno sobre el que se desarrolló la discusión y finalmente la decisión de imponer la restricción descrita, a la que llegaron los ministros, conlleva el peligro de estar abriendo la puerta a otras limitaciones válidas que puedan propiciar violaciones a derechos humanos, justificadas constitucionalmente por motivos de seguridad nacional, como el combate al terrorismo o a la criminalidad organizada. La relevancia que tienen estos principios, los tratados y la jurisprudencia supra-nacional para nuestro ordenamiento jurídico, no se puede entender como la existencia predominante de un ámbito jurídico supra-constitucional; como sostiene Zagrebelsky, “no estamos hablando

esfera de lo indecible y la división de poderes”, *Estudios Constitucionales*, Año, 6, n° 1, 2008, p. 337. (Traducción de Miguel Carbonell). Del mismo autor vid; L. FERRAJOLI, *Democracia y Garantismo*, en, M. CARBONELL, (ed.), Trotta, Madrid, 2008, pp. 304 y ss. Sobre un interesante análisis que desarrolla las ideas de Ferrajoli en torno a la tesis de la “esfera de lo indecible”, puede verse, A. M. ALTERIO, “La esfera de lo indecible en el constitucionalismo de Luigi Ferrajoli: un análisis crítico”, *Universitas, Revista de Filosofía, Derecho y Política*, n° 13, enero 2011, pp. 3-36.

⁸⁶ Sobre la tesis del “coto vedado”, vid; E. GARZÓN VALDÉS, *Derecho, Ética y Política*, Centro de Estudios Constitucionales, Madrid, 1993.

⁸⁷ Vid; J. MORESO, “Derechos y justicia procesal imperfecta”, *Discusiones: Derecho y Justicia Constitucional*, núm. 1, 2000, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, p. 40. También vid; R. A. GARGARELLA, “Los jueces frente al coto vedado”, *Discusiones: Derecho y Justicia Constitucional*, núm. 1, 2000, Alicante, Biblioteca Virtual Miguel de Cervantes, 2008, pp. 53-64.

de un caballo de Troya para afirmar la dictadura universal de los derechos,”⁸⁸ sino de instrumentos que nos ayuden a entender nuestra propia constitución, a enriquecer las argumentaciones y a solucionar los casos difíciles encontrando la única respuesta correcta,⁸⁹ la mejor justificación posible en relación a la protección de los derechos humanos de la persona. Así las cosas, la restricción establecida por la Suprema Corte, equivale a la ruptura con ese ideal o aspiración del Juez Hércules⁹⁰ que camina sobre bases políticos-constitucionales, pero tiene la cabeza dirigida hacia principios de alcance universal.

Finalmente, el cumplimiento de este gran reto será la única vía para conducir los derechos humanos desde las formulaciones doctrinales y normativas hacia su realización efectiva. Es por ello que estamos convencidos que, a partir de un consenso en esta nueva visión, puede darse un cambio sustancial en la conciencia colectiva sobre los derechos humanos. Más que cualquier otro, el objetivo de este artículo es el de contribuir a ese lenguaje común, para sumarse, aunque sea de manera mínima, a otras contribuciones que se están dando en la teoría constitucional contemporánea que son esenciales en momentos en que la protección y garantía de los derechos humanos requiere de las aportaciones de todos. Todo ello, para finalizar, con la intención de alcanzar una sociedad más justa, en la que el respeto a los derechos humanos, a la dignidad y a los planes y proyectos de vida de todas y todos, formen parte de una conciencia universal que no podrá ser jamás un interés ajeno.

Artículo recibido: 09.09.2014

Artículo aceptado: 11.10.2014

⁸⁸ G. ZAGREBELSKY, “¿Qué es ser juez constitucional?,” *Dikaion, Revista de fundamentación jurídica*, Universidad de la Sabana, Colombia, Vol. 15, noviembre 2006, p. 161. (Trad. Miguel Carbonell).

⁸⁹ La tesis de Dworkin de la existencia de una respuesta correcta presupone que los principios forman parte del Derecho y que un juez Hércules sería capaz de encontrar esa respuesta. “La noción de respuesta correcta se puede abordar desde dos perspectivas. En su versión fuerte, significa que existe una respuesta escondida en el ordenamiento jurídico y que puede ser deducida de premisas axiomáticas y evidentes. En su versión débil, por el contrario, significa que, para un juez o un teórico del Derecho, la respuesta correcta funciona como una guía. Pero esto último resulta problemático desde un punto de vista metodológico (¿cómo encontrar la respuesta correcta?), epistemológico (¿cómo saber que se ha encontrado?) y ontológico (¿existe una respuesta correcta?).” Vid; M, ATIENZA, “Sobre la única respuesta correcta,” *Revista Jurídicas*, Vol. 6, n° 2, Colombia, Julio-Diciembre, 2009, p. 14.

⁹⁰ Sobre la figura del “Juez Hércules” vid; DWORKIN, Ronald, *Los derechos en serio*, Barcelona, Ariel derecho, 1º Edición 1984. (Traducción Marta Guastavino), y *El Imperio de la justicia*, Barcelona, Gedisa, 2ª Edición 1992 (Traducción Claudia Ferrari).