

Mesa 1

¿Bloque, jerarquía y soberanía constitucionales?

Ponentes:

Fernando Francisco Gómez Mont, Santiago Corcuera Cabezut,
Carlos Pérez Vázquez, Silvano Cantú Martínez, Sandra Serrano García

Moderador:

José Luis Caballero Ochoa

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA

Consejero de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal e Investigador titular en el Departamento de Derecho de la Universidad Iberoamericana Ciudad de México (UIA). Licenciado en Derecho por el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey campus Chihuahua, maestro en derecho por la Facultad de Derecho de la Universidad Nacional Autónoma de México (UNAM) y doctor en Derecho por la Universidad Nacional de Educación a Distancia de España. Diplomado en derechos humanos y procesos de democratización por la Universidad de Chile. Perteneció al Sistema Nacional de Investigadores. Entre sus obras está *La incorporación de los tratados internacionales sobre derechos humanos en España y México*.

Esta mesa se ocupa de uno de los temas centrales que están en el debate público y motivan la actuación de los operadores jurídicos, desde la Suprema Corte de Justicia

de la Nación (SCJN), los juzgados federales y locales, hasta el Poder Legislativo. Se plantea si a partir de las nuevas claves de interpretación sobre derechos humanos se configura lo que en otros contextos se denomina un *bloque de constitucionalidad* a partir de la reforma realizada a los dos primeros párrafos del artículo 1º de la Constitución. Esta discusión tiene dos aproximaciones.

En primer lugar, en el ámbito de las fuentes del derecho hay quienes sostienen que la interpretación con respecto a derechos humanos contenida en la Constitución y los tratados se encuentra supeditada a la jerarquía de las normas a partir de las fuentes de producción o aplicación de ordenamientos.

El segundo enfoque considera que el tema corre por otra ruta, con respeto de la supremacía constitucional pero sin involucrarse directamente con las fuentes, sino que a través de las claves interpretativas de las normas de derechos humanos contenidas en la Constitución y en los tratados internacionales se conforma una masa o bloque de derechos.

FERNANDO GÓMEZ MONT URUETA

Abogado litigante en diversas materias jurídicas. Licenciado en Derecho por la Escuela Libre de Derecho. Fue secretario de Gobernación (2008-2010), diputado federal, miembro de la Comisión Federal Electoral, representante del Partido Acción Nacional ante el Instituto Federal Electoral, así como asesor en materia de reformas al Poder Judicial y del procurador general de la República durante la administración del presidente Ernesto Zedillo.

Desde mi punto de vista, el tema de la jerarquía normativa y el bloque de constitucionalidad está razonablemente resuelto en los textos de la Constitución. Sostengo que la jerarquía normativa se da en el siguiente orden: en el pináculo, la Constitución; luego los tratados de derechos humanos, seguidos de los tratados internacionales y las leyes generales, y después las leyes federales y estatales. Posteriormente viene la siguiente jerarquía normativa: reglamentos, circulares, etcétera, cada una en distintos ámbitos de competencia.

¿Por qué lo asumo así y por qué creo que no existe una jerarquía idéntica entre los tratados de derechos humanos y la Constitución?

Considero que el artículo 1º constitucional nos da diversas claves. En su primer párrafo señala:

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 párrafo resuelve el tema de la jerarquía de manera muy precisa. Si la Constitución puede restringir a los tratados de derechos humanos, queda claro que para los efectos de orden constitucional interno la Constitución tiene un grado superior. ¿En qué medida esto es relevante? En la medida en que se presenten conflictos entre normas, lo cual es verdaderamente excepcional.

Para establecer cómo se presentan estos conflictos entre normas que obligan a acudir a la jerarquía para encontrar una solución es necesario ubicar cuáles son las zonas de conflicto. Hay que definir, en primer lugar, qué es un derecho humano. ¿Quién dice qué es un derecho humano y en qué medida se establece su aplicación? De entrada, los derechos humanos se definen desde la Constitución y desde los tratados. ¿Es posible encontrar derechos humanos en otros cuerpos normativos? Para hablar de un derecho humano desde el punto de vista de su producción se tiene que llegar a un grado de consenso tal que se exprese en una decisión constitucional o en una decisión internacional que tenga el respaldo de un tratado. En el caso de otras fuentes de derechos nuevos habría que analizar si son susceptibles en función de la legitimación necesaria para su producción de derechos humanos.

En segundo lugar, hay que analizar el derecho humano desde el punto de vista material. El derecho humano –y de ahí que la fuente sea importante– debe tener un grado de abstracción tal que sustente su universalidad. De ahí que se afirme que los derechos humanos como normas de optimización que interactúan con las otras reglas del derecho para darles sentido y coherencia deben tener un grado importante de abstracción, porque con base en ellos que se van a interpretar otras reglas que prevén derechos y limitaciones a los derechos. En tercer lugar, tiene que ser interpretado en conjunto con los derechos humanos ya reconocidos porque debe ser un derecho interdependiente, que tenga la posibilidad de progresividad, entre otras características.

Así pues, vamos ubicando las coordenadas para establecer quién puede llegar a definir en la realidad al derecho humano con respecto a otras reglas: el que los interpreta. Queda muy claro que los dos órganos que interpretan con claridad derechos humanos son la SCJN –y los tribunales colegiados, los jueces de distrito– y la Corte Interamericana de Derechos Humanos (Corte IDH).

Hoy, mediante el desplazamiento de normas de validez, se está buscando extender esta facultad a todo órgano jurisdiccional a partir de lo que se expresa en el tercer párrafo del artículo 1º constitucional. Sin embargo, en cuanto a su definición como principio de autoridad, creo que esto con toda claridad debe estar en los intérpretes y, sobre todo, en los intérpretes jurisdiccionales, porque son ellos quienes acaban resolviendo las problemáticas entre las normas y los derechos, los deberes, sus limitaciones, sus extensiones.

Los intérpretes jurisdiccionales nutridos por los debates académicos y sociales siempre intervienen frente a una problematización de la aplicación del derecho. Es a ellos a quienes les llegan los conflictos en su manera más depurada. Si algo alimenta los cambios recientes en el régimen político es la ampliación de la intervención de los poderes judiciales para la resolución de conflictos y el desplazamiento de las autoridades políticas. En la actualidad, los conflictos en la sociedad se resuelven en los tribunales más que antes, y menos conflictos se resuelven por la gestión administrativa, política y parlamentaria. Éste es un cambio central de la división del trabajo. ¿Por qué? Porque hay una actitud social ante a la resolución de los conflictos, que debe estar a cargo de autoridades que sean independientes del problema y de acuerdo con un esquema de reglas que sirvan para la solución del conflicto.

Cuando fui secretario de Gobernación nunca tuve que resolver un conflicto poselectoral, a lo mucho podía intervenir en la prevención de conflictos en la fase previa entre los actores del juego político y después les correspondía actuar a los tribunales. No ocurría así cuando yo era mucho más joven y teníamos que acudir a la Secretaría de Gobernación para que interviniera, para que gestionara una salida razonable a lo que se acusaba como un conflicto electoral por un abuso de una parte sobre otra.

Así pues, éstos son los intérpretes jurisdiccionales. ¿Y cuáles son los criterios de definición de esos derechos humanos y cómo interactúan? La doctrina ha dicho fundamentalmente –sobre todo aquella nutrida en la tradición española reciente– que son la libertad y la igualdad. Así lo reconoce el propio artículo 1º cuando señala que las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia de las personas y cuando habla de discriminación y dice que queda prohibida cualquier medida que atente contra la dignidad humana y tenga por objeto anular o menoscabar derechos y libertades de las personas.

Bajo el tamiz de la libertad, de la autonomía de las personas frente a otras y de la necesidad de no discriminar en función de las decisiones que se derivan en la autonomía, vamos entendiendo lo que son los derechos humanos en juego. Es una constante interacción de principios. Si se atiende al principio de autonomía y al principio de no

discriminación es posible encontrar, contra el principio de legitimación formal y junto al principio de abstracción que pueda cumplir con las reglas de los derechos humanos, criterios más o menos razonables para la definición y quién debe definirlos.

Por último, acerca del problema de cómo se resuelve la jerarquía entre órganos, esto resulta relevante en función de la jerarquía entre la Corte IDH y la SCJN. Mi interpretación de los artículos 1º y 133 es que nuestra Constitución ha establecido por excepción una revisión de las decisiones de la Corte en materia de inconstitucionalidad ante la Corte IDH. Pero hay que tener cuidado, toda vez que para acceder a órgano interamericano se deben haber agotado todos los procedimientos previstos en la legislación nacional. Tenemos que asumir, entonces, que la definición del caso por la Corte IDH ya pasó por el órgano de interpretación más alto posible: un tribunal colegiado o la SCJN. Así, esa discusión, entre otras, pueda ser materia de revisión y discusión en la Corte IDH.

En ese supuesto, las sentencias de la Corte IDH deben ser obligatorias sólo en relación con el criterio controvertido en cada caso. Esto nos lleva, en el supuesto de que admitamos que esas decisiones de la SCJN son revisables por la Corte IDH –que es el órgano internacional cuya jurisdicción se ha aceptado para ello– a que ésta desconozca la legitimidad de los órganos internos y se generen las tensiones. Eso es motivo de una gran preocupación, válida pero soluble.

Las dos cortes están obligadas por sus propios cuerpos a buscar cualquier interpretación conforme entre los derechos en conflicto a fin de evitar que se extinga o se desplace plenamente un derecho frente al otro. Constantemente tienen que ponderar para evitar desplazamientos definitivos de una norma sobre otra. El sistema de derechos humanos así lo posibilita porque, por su abstracción, las reglas sí pueden ser aplicables a casos concretos. Al final, siempre estamos tratando de posibles conflictos de normas de optimización frente a juegos de reglas secundarias.

Por último, dejo sentada una preocupación para una intervención posterior. Una preocupación de quienes producen el derecho bajo la lógica de la representación democrática y aquellos que definen el derecho bajo la intervención judicial: cómo evitar la tiranía de unos y de otros, cómo resolver el tema de la legitimidad para solucionar los conflictos entre las reglas.

SANTIAGO CORCUERA CABEZUT

Licenciado en Derecho por la UIA, maestro en Derecho por la Universidad de Cambridge, Inglaterra, y miembro del Queens' College. Fue perito ante la Corte IDH en el caso de Rosendo Radilla Pacheco contra los Estados Unidos Mexicanos y abogado ante la Corte IDH y la Comisión Interamericana de Derechos Humanos en el caso de Jorge Castañeda Gutman contra los Estados Unidos Mexicanos. Se ha desempeñado como investigador visitante en el Centro de Investigaciones de Derecho Internacional de la Universidad de Cambridge y como profesor en la UIA, el Instituto Tecnológico Autónomo de México (ITAM) y la Universidad Panamericana. Fue miembro de la Comisión de Derechos Humanos del Distrito Federal, de la Comisión Internacional de Juristas y presidente del Comité Coordinador de los Procedimientos Especiales del Consejo de Derechos Humanos de la Organización de las Naciones Unidas. Conferencista en diversos foros y autor de libros, capítulos de libros y artículos especializados en el tema de los derechos humanos. Entre sus principales libros destaca *Derecho constitucional y derecho internacional de los derechos humanos* (2002).

Entraré directamente a la cuestión relativa a la discusión sobre si tenemos o no tenemos un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos. Se ha debatido en torno a una posible contradicción entre los textos de los artículos 1º y 133 constitucionales. Creo que no se han analizado de manera conjunta con el artículo 105, fracción II, inciso g, y con el artículo 103, fracción I, que entró en vigor seis meses después de la reforma constitucional. Si leyéramos estos cuatro preceptos de manera integral, en mi opinión, no existiría o no debería existir preocupación alguna. De esta manera, el texto a que se refiere el maestro Gómez Mont respecto de las restricciones previstas en la Constitución tendría que leerse en ese contexto.

Creo que la manera de superar la aparente –y digo aparente– contradicción entre el artículo 1º y el artículo 133 es, por un lado, aplicar el conocido principio de hermenéutica jurídica, que es el de ley especial, que “deroga” a la norma general: la norma especial “deroga” o supera a la norma general. En estrecha relación con lo anterior está el principio que dice: cuando la ley no distingue no debemos distinguir y, por el contrario, cuando lo hace, debemos hacerlo. Estos dos principios los vamos a aplicar a los dos preceptos, al artículo 1º y al 133, primero de un modo y luego en el sentido contrario. Me explico:

El artículo 133 dice que la Constitución, las leyes del Congreso de la Unión que emanen de ella y los tratados internacionales firmados por el Ejecutivo y aprobados

por el Senado que estén de acuerdo con la misma, será la Ley Suprema de la Unión. Aquí, en cuanto a la jerarquía, la Constitución, o esta norma en particular, distingue al decir que los tratados internacionales deben estar de acuerdo con la misma; hace una distinción específica de jerarquización. Los tratados internacionales que no estén de acuerdo con la Constitución no serán Ley Suprema de la Unión y serán expulsados del orden jurídico. Eso es lo que está diciendo. Si están de acuerdo con la Constitución, se integran al orden jurídico; si no, no. Se distingue en cuanto a la jerarquía. Claramente, el artículo 133 establece una jerarquía inferior de los tratados respecto de la Constitución.

El artículo 1º dice: “En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos reconocidos por esta Constitución y –una palabra corta pero muy importante porque copula a la Constitución– en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte”. Y en el segundo párrafo reitera: “Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y –vuelve a colocar un y copulativo– con los tratados internacionales de la materia”.

Sin embargo, en cuanto a la jerarquía no dice este artículo 1º que estén de acuerdo con la misma. Por lo tanto, podríamos llegar a la siguiente conclusión: el artículo 133 es norma general en cuanto a todos los tratados internacionales que no contienen normas de derechos humanos, pero no de las que sí los contienen.

El artículo 133 se refiere a tratados comerciales, a tratados en materia de uniformidad de poderes, a tratados bilaterales de inversión, a tratados de cualquier otro tipo que no contengan normas de derechos humanos, que son la inmensa mayoría de los tratados que México ha celebrado. Y ésa es la norma general, todos esos tratados deben de estar de acuerdo con la Constitución.

Sin embargo, el artículo 1º es especial en cuanto al tipo de normas contenidas en los tratados. Si la norma contenida en un tratado refleja, consagra o reconoce un derecho humano fundamental, esa norma no tiene que estar de acuerdo con la Constitución, sino que se ha integrado a ella en un bloque. Si no nos gusta la palabra bloque porque es muy afrancesada o por alguna otra razón, digamos “cuerpo normativo de rango constitucional” o, como ya se dijo antes, “masa jurídica de rango constitucional”. Digámosle como queramos, pero lo importante es que el artículo 1º constitucional ha integrado un nuevo cúmulo de normas que se han incluido en la Constitución, no en su texto, pero sí en cuanto a su contenido.

Algunos países no poseen constitución escrita y tienen sus normas constitucionales dispersas por todos lados. Nosotros sí tenemos una constitución escrita, pero también hay otras normas que se han integrado en la Constitución.

Si entendemos a la Constitución actual como un conjunto de normas que no nada más tiene 136 artículos, sino muchos más que se han integrado a ella, no nos debería preocupar leer la última parte del primer párrafo del artículo 1º: "... cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse más que en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establezca". ¿Cuál es esta Constitución? Ésta y todos los demás artículos que se han integrado a ella. Ninguna norma inferior a esas normas podrá restringir lo que esas normas digan. Pero las normas sobre derechos humanos contenidas en tratados ya están en la Constitución y no hay contradicción entre los artículos 1º y 133, simplemente se están refiriendo a cosas distintas: el 133 a tratados internacionales que no contengan normas de derechos humanos, y el 1º a normas contenidas en tratados internacionales que reconozcan derechos humanos.

Esto queda comprobado absolutamente por el artículo 105, fracción II, inciso g, que fue reformado al mismo tiempo que el artículo 1º. Para comprobar esto hay que leer ese precepto que dice que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos puede interponer acción de inconstitucionalidad, es decir, el contraste que debe hacer la Corte entre una norma y la Constitución. Eso es de lo que se trata la acción de inconstitucionalidad. ¿Para qué? Por si la norma de inferior jerarquía contradice a la Constitución, en cuyo caso será expulsada del orden jurídico mexicano.

¿Y qué dice el inciso g de la fracción II del artículo 105? Que la Comisión Nacional de los Derechos Humanos tiene facultades para interponer una acción de inconstitucionalidad cuando las normas inferiores, cuando leyes de cualquier tipo, federales o locales, o tratados, contradigan a la Constitución o a los tratados sobre derechos humanos.

Esto comprueba que el artículo 105, fracción II, inciso g distingue a dos tipos de tratados en cuanto a su contenido: los que se refieran a derechos humanos y los que no. Los que no contienen normas sobre derechos humanos están por debajo de la Constitución; las normas sobre derechos humanos contenidos en tratados están al mismo nivel de ella. A mí, esa interpretación me deja muy tranquilo porque tenemos un nuevo bloque de constitucionalidad en México.

Por desgracia, la Segunda Sala de la SCJN ha emitido una tesis regresiva y peligrosa que ojalá el Pleno supere, porque además esa tesis comete tres errores increíbles: invocar un tratado que no está en vigor; decir que el artículo 133 no contemplaba la misma jerarquía de tratados desde 1917, lo cual es falso, porque eso sucedió hasta 1934, y afirmar que el artículo 105 no se reformó el 10 de junio de 2011, lo que también es falso, como ya vimos. Pero, además, reitero, esa tesis de la Segunda Sala es regresiva y peligrosa.

Por lo pronto, el Pleno podría comprobar, reiterar y anunciar con firmeza que en México tenemos un bloque de constitucionalidad en materia de derechos humanos orientado e inspirado por el principio pro persona. Siempre, claro, de modo tal que nuestra preocupación no sea si se contradice la Constitución, pues ésta, con todo respeto, no es más que un cuerpo normativo que tiene fines, y los fines son la justicia, y en la justicia está lo que a cada quien le corresponde, y lo que a cada quien le corresponde o es suyo, son sus derechos. Eso es lo que nos debería de importar, y no qué ordenamiento está encima de otro.

CARLOS PÉREZ VÁZQUEZ

Coordinador de asesores de la Presidencia de la SCJN e investigador del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Licenciado en Derecho por la UNAM, maestro en Derecho por la Harvard Law School de Boston y doctor en Letras por la University College London. Ha impartido cátedra en el Centro de Investigación y Docencia Económicas, el Centro de Capacitación Judicial Electoral del Tribunal Electoral del Poder Judicial de la Federación, el Instituto Nacional de Ciencias Penales, la Facultad de Derecho de la UNAM y el Centro Universitario México. Se ha desempeñado como capacitador en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. En el Poder Judicial de la Federación ha sido asesor y secretario particular de mando superior.

Antes que nada, agradezco a los organizadores la oportunidad de discutir este tema que, en efecto, está en el centro del debate jurídico en México. Más allá de que sea el debate de moda, es, quizá, un debate jurídico como no lo habíamos visto en mucho tiempo, en los rubros de opinión, de aportación, de puntos de vista contrastantes de generaciones y generaciones de abogados, de organizaciones de ciudadanos. La efervescencia que hoy se vive en México con respecto a este tema en los tribunales y fuera de ellos es producto de una larga historia y tradición, de la que nos beneficiamos quienes ahora participamos en este debate.

Siempre me ha parecido muy relevante iniciar la discusión desde el punto de vista de la Constitución, pero para efectos de esta mesa –un panel de primera– vale la pena empezar con la lectura de lo que dice un tratado internacional que ya es fundacional de esta nueva época: el Pacto de San José –y me refiero a una nueva época también en términos jurisprudenciales–. Todos sabemos que la SCJN inició su Décima Época justo a partir de la entrada en vigor de las reformas constitucionales de 2011. Entonces, en

esta nueva época de discusión de lo jurídico en México –que, insisto, se nutre de un pasado de riquísimo de debate–, vale la pena leer de nuevo el preámbulo del Pacto, que sin duda es uno de los tratados emblemáticos en este tema. Dice su segundo párrafo: “Reconociendo que los derechos esenciales del hombre no nacen del hecho de ser nacional de determinado Estado, sino que tienen como fundamento los atributos de la persona humana, razón por la cual justifican una protección internacional de naturaleza convencional coadyuvante o complementaria de la que ofrece el derecho interno de los Estados americanos”. Y si en el diccionario buscamos la palabra *complemento*, encontramos la siguiente definición: “Cosa, cualidad o circunstancia que se añade a otra para hacerla íntegra o perfecta”. Entonces, en las normas estampadas en la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el llamado Pacto de San José, así reconocidas por el Estado mexicano firmante, ratificante de este instrumento internacional, se señala que estas normas son un complemento, es decir, son principios más allá de reglas, son normas que no tienen otro objetivo que perfeccionar a la Constitución –la de cada nación firmante– y hacerla íntegra.

Eso está muy bien, pero, como sabemos todos los abogados, el diablo se esconde en los detalles. No es de humanos la perfección; cuando mucho, podemos ir construyendo cotidianamente esa perfección, esa integralidad.

Hablar de integralidad y complementariedad siempre me recuerda la propuesta teórica de Paul Ricoeur, quien hace un desdoblamiento. Ustedes se acordarán claramente de su concepto de *yo hablante* a *yo ciudadano*, que puede ser muy útil para ilustrar una discusión como la que queremos establecer con respecto a la supremacía de la Constitución, el lugar que ocupan los tratados en el marco jurídico, en el marco constitucional en general. Paul Ricoeur dice que hay dos requisitos que se deben cumplir para que alguien pueda hablar con otra persona: que el hablante se reconozca a sí mismo como hablante, como ser capaz de emitir actos de habla; la otra, respetarse a sí mismo como hablante. Esto significa tener la capacidad de juzgarse a sí mismo imparcialmente como hablante. ¿Y cómo puede uno juzgarse imparcialmente? Como un hablante eficaz, a partir de las normas que rigen la acción de hablar. Ricoeur construye a partir de esto, un modelo de ciudadanía y señala que ocurre exactamente lo mismo en el caso del *yo ciudadano* sujeto de derechos.

El *yo ciudadano* sujeto de derechos es aquel que tiene enfrente a otra persona, al *tú* del cual puede distinguirse y que además le permite a cada cual distinguir a los terceros. Ahí se inicia el modelo de justicia de Paul Ricoeur, a partir de la construcción del *yo hablante*, el *yo ciudadano*, que como *yo hablante* se reconoce como sujeto de derechos y se respeta como sujeto de derechos en la medida en la que es capaz de juzgarse

imparcialmente a sí mismo, así como a la corrección o la incorrección de sus acciones. Ricoeur dice que en la última etapa de un estadio del desarrollo de la ciudadanía generada a partir del modelo lingüístico, todos somos capaces de reconocernos como habitantes o como hablantes de una lengua franca en términos eminentemente ciudadanos. Y esa lengua franca en términos eminentemente ciudadanos y democráticos es el lenguaje establecido en las normas internacionales en materia de derechos humanos.

Éste es el lenguaje de los tratados internacionales en materia de derechos humanos; es una lengua franca que nos permite a todos, independientemente del idioma, de la nacionalidad, del credo, de las preferencias de diversa índole, reconocernos como miembros de una comunidad, tener relaciones interpersonales y generar relaciones institucionales.

Así pues, con sustento en la perspectiva que propone Paul Ricoeur, encuentro que la lectura del preámbulo de la Convención Americana sobre Derechos Humanos es un punto de partida para entender o defender una postura con la que pudiéramos tener diferencias terminológicas. Porque si hay o no bloque, si hay masa, éstas son diferencias terminológicas, pero lo importante es que este punto de vista nos permite defender la posición de que la Constitución, como cualquier documento normativo, no es un documento perfecto, no está terminado del todo, nunca ha quedado completamente integrado.

Por eso, afortunadamente existen representantes populares democráticamente electos, existe un aparato judicial. Porque el sistema constitucional mexicano, tal como lo reconoce la propia Constitución al establecer las reglas de modificación constitucional o tratados internacionales, como el Pacto de San José, que está fundado en la Declaración Universal, se va construyendo, lo vamos construyendo entre todos aquellos que de alguna manera lo interpretamos. De acuerdo con Ricoeur la comunidad de personas somos todos: todos somos sujetos de derechos constitucionales.

Resulta muy pertinente, en este punto, recordar aquella otra propuesta teóricamente muy importante de Ricoeur –y con esto concluyo, quizá pueda ahondar un poco más en la siguiente intervención–, en la que el filósofo francés intenta conciliar la teoría de Ronald Dworkin sobre la interpretación y la teoría de Robert Alexy con respecto a la argumentación. Ricoeur busca elaborar un modelo que conjunte las dos teorías y dice que siguiendo este camino podemos entender mejor y resolver casos concretos, no aplicando la regla, como propusiera Ronald Dworkin, no aplicando una ley concreta, sino descubriendo la mejor regla para resolver una controversia en concreto.

SILVANO CANTÚ MARTÍNEZ

Consultor independiente en materia de derechos humanos. Licenciado en Derecho por la Universidad Autónoma de Nuevo León y maestro en Derechos Humanos y Democracia por la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales. Ha trabajado en los sectores público y social en actividades relacionadas con los derechos humanos, la educación popular y la defensa jurídica, entre otras. Impulsor de la reforma constitucional en materia de derechos humanos, fue integrante del Movimiento por la Paz con Justicia y Dignidad en el proceso de elaboración de la Ley General de Víctimas.

Hemos visto el tema del bloque de constitucionalidad desde varias perspectivas. Me parece que esto va a aportar algunos elementos para una discusión enriquecedora, sobre todo para repensar la Constitución o para pensarla desde plataformas que nos ayuden a dinamizar y actualizar los supuestos desde los cuales se construye en nuestras normas primarias. Pensar en cómo éstas también impulsan nuevas formas de rendimiento de las normas jurídicas y, por supuesto, en su ejecución por parte de los aparatos del Estado.

Esta mesa se titula, de una manera bastante acertada e intrigante, entre interrogaciones: “¿Bloque, jerarquía y soberanía constitucionales?”. Los tres términos están planteados como una interrogante. Hay que completar la fórmula para construirle el sentido a la pregunta. Pero si la pregunta fuera sobre la compatibilidad de estos términos, yo me pronunciaría –como me parece que ya lo han hecho a su modo algunos compañeros de mesa– a favor de esta compatibilidad; o sea, en pro de entender que es posible en nuestro ordenamiento jurídico; entender que existe un conjunto de normas, que podemos denominar bloque de constitucionalidad, que no estorban al hecho de que pueda existir una supremacía constitucional, entendida a partir del supuesto, que comparto totalmente con Santiago Corcuera, de que hay una norma que determina cuál es la regla de inclusión de normas a nuestro ordenamiento jurídico. Y esa norma no está en los tratados internacionales, está en la Constitución.

Entiendo la supremacía constitucional, en la que existe la norma de inclusión al ordenamiento jurídico, de una manera diferente a como la expuso Fernando Gómez Mont. Coincidimos al considerar que la idea de una supremacía constitucional es compatible con el bloque, pero yo no colocaría la idea de la supremacía en el punto en el que se sigue entendiendo como el momento de la soberanía, el momento de la decisión sobre la suspensión o restricción de los derechos, que es hacer la interpretación de la supremacía no a partir de las reglas mediante las cuales el Congreso procesa la

ratificación de los tratados, sino más bien como lo que indica el artículo 1º, acerca de la facultad que tienen las autoridades internas a partir de la Constitución para restringir o suspender derechos. Porque de otra manera nos limitaríamos a una lectura garantista, sería tanto como decir: “Bueno, aquí hay un momento en el que el soberano decide hasta dónde llegan los derechos, qué son los derechos, qué entra al ámbito de los derechos”. Y el bloque de constitucionalidad siempre estaría sometido a que en cualquier momento se tomara la decisión sobre su suspensión.

Me parece que el modelo de democracia que busca impulsar esta reforma constitucional en derechos humanos es la superación del viejo esquema de soberanía, que reside justamente en la dicotomía que fundamenta los ordenamientos jurídicos modernos entre derechos humanos y estado de excepción. Yo pondría la pauta del fundamento de la supremacía constitucional justamente en la idea que compartimos Santiago Corcuera y yo: que la misma Constitución define la regla de inclusión al ordenamiento jurídico, de tal manera que es la Constitución también la que determina cuál es el procedimiento para validar la incorporación de un tratado internacional.

Una vez que un tratado internacional que reconoce derechos humanos ha entrado al sistema jurídico, las cosas se pueden plantear desde otra plataforma. Entonces, cabe pensar de otra manera la jerarquía normativa, y es ahí donde empezamos con algunos cuestionamientos que hemos visto recientemente en la práctica judicial o en el discurso público sobre el alcance de estas reformas o incluso en torno a la existencia de un bloque de constitucionalidad.

Creo que se puede ver muy claramente que esta discusión en gran medida proviene del Poder Judicial, donde persiste algún tipo de duda o temor incluso a bordear los límites de la interpretación mayormente basada en la jerarquía normativa, que entra en conflicto con el tema de la distribución de facultades y competencias en las jurisdicciones, entre la federal y el fuero común, y que de alguna manera evidencia un síntoma que, más que jurídico, diría que es un poco patológico; es más una especie de cuadro psicológico que tenemos en México. Algo semejante a inseguridad por crecimiento, que sucede cuando se pasa de la pubertad a la adolescencia. Creo que estamos en un momento parecido, en el que necesitamos exorcizar a Hans Kelsen, necesitamos decirle adiós a la pirámide kelseniana.

¿Por qué? Porque justamente esta idea monolítica de la pirámide kelseniana es la que nos impide empezar a pensar el derecho y la justicia de una manera distinta, en la que veamos el derecho como un instrumento, una herramienta de la justicia y no su rehén, en la que podamos pasar a una nueva gramática de la justicia.

¿Qué es una nueva gramática de la justicia? Bueno, estamos viendo un conjunto de modificaciones muy profundas en nuestro reordenamiento jurídico; pasamos de un

sistema penal inquisitivo a uno acusatorio. Estamos pasando de estas –podría decirse, ornamentales– garantías individuales que ya no funcionaban al nivel de la expectativa y del imperativo internacional de los derechos humanos, hacia un modelo de derechos humanos. Estamos pasando de una justicia retributiva a una justicia restaurativa; ahí está la Ley General de Víctimas como ejemplo, la cual, por cierto, es la primera legislación que tiene como fundamento el bloque de constitucionalidad. Es decir, está fundada en la Constitución, pero también en los tratados internacionales y en los estándares de *soft law* que interpretan de manera privilegiada estos tratados. El bloque de constitucionalidad no es nada más una idea abstracta, ya hay iniciativas de ley que se fundamentan directamente en él.

Estamos transitando hacia una gramática de la justicia en la cual no podemos seguir concibiendo la Constitución en términos positivistas decimonónicos, que restrinjan el potencial democratizador. Estamos yendo hacia una Constitución expansiva bajo el principio de progresividad; es una Constitución que va a crecer en la medida en que se incorporen nuevos tratados internacionales.

No hay ningún conflicto entre Constitución, supremacía, jerarquía y bloque; yo entiendo los derechos humanos en los tratados como Constitución.

Ya tendremos oportunidad de ampliar algunos puntos de vista en las siguientes rondas de esta mesa, pero para cerrar esta intervención quiero comentar que todas estas consideraciones de la nueva gramática de la justicia, de los avances que hemos tenido requieren de un referente mínimo que sea el piso que estructure, que le dé un sustento, que otorgue sentido a todos estos cambios. Incluso, pudiéramos incorporar el concepto, que pondría para una reflexión posterior, de *test de democraticidad* de las normas jurídicas. Para mí, el referente, los reactivos de este examen o test de democraticidad residen en el bloque de constitucionalidad.

SANDRA SERRANO GARCÍA

Profesora investigadora de la Facultad Latinoamericana de Ciencias Sociales México y coordinadora de la maestría en Derechos Humanos y Democracia. Licenciada en Derecho por el ITAM y maestra en Derecho Internacional de los Derechos Humanos por la Universidad de Essex en el Reino Unido. Ha sido coordinadora del Área de Litigio del Centro de Acceso a la Justicia del ITAM y consultora de la Corte IDH y la Organización de los Estados Americanos en el tema de acceso a la justicia y derechos de las mujeres. Entre sus principales publicaciones están *Las características de los derechos humanos en el derecho internacional* y *Los principios de derechos humanos: universalidad, indivisibilidad e interdependencia*.

Preguntarnos sobre jerarquía, bloque de constitucionalidad o supremacía constitucional es meternos en un problema que no necesariamente existe en la Constitución ni en la reforma constitucional. Creo que hay que tratar de descifrar cómo está constituido el mapa de protección de derechos en nuestro marco constitucional.

Lo primero que habría que entender es que se trata de una interpretación conforme y de incluir en la Constitución los derechos humanos contenidos en los tratados, no de incluir los tratados internacionales en el nivel constitucional. Creo que hay una diferencia fundamental, y no quiero parecer paleopositivista kelseniana, sino todo lo contrario: poskelseniana. Pero me parece que aquí hay que ser muy críticos con nuestra propia norma constitucional.

Me parece que hemos estado hablando mucho de la norma constitucional pero tal vez se nos ha olvidado qué dice la norma constitucional. Y es que la Constitución es clara cuando señala: “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”. No dice que los tratados internacionales de derechos humanos sean parte del artículo 1º constitucional, lo que dice claramente es que los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales son parte de la Constitución. Y eso es fundamental.

¿Por qué? Porque si tenemos una cláusula democrática, por ejemplo, si en el Tratado de Libre Comercio de México con la Unión Europea se especifica que si cualquiera de las partes viola derechos humanos se impide el libre comercio, entonces esa norma contenida en un tratado de libre comercio también alcanza el ámbito de protección establecido en el artículo 1º constitucional. No todo el tratado con la Unión Europea ni todo el Tratado de Libre Comercio de América del Norte, por ejemplo. No, solamente

aquellas normas que tengan que ver con derechos humanos y estén contenidas en cualquier tipo de tratado internacional.

Ahora bien, hecha esta aclaración que me parece fundamental para entrar en la discusión –porque nuestra Constitución nos dio bases suficientes para clarificar los problemas en que nos hemos metido en el último par de años–, hay que tomar en cuenta otra cosa: la reforma constitucional no es sólo cuestión de cómo decidimos sobre las normas jurídicas o cómo deciden los jueces, es sobre todo una reforma constitucional que nos invita e incluso nos obliga a pensar en la forma en la que se ejerce el poder.

¿A qué me refiero? A cómo se hacen las leyes, cómo se hacen las políticas públicas. Claro que son temas que se tratarán en otras mesas en este seminario, pero fundamentalmente me refiero a cómo se toman las decisiones en el ámbito de la administración pública, en los ámbitos legislativo y judicial en el país. Eso es lo que debe estar impregnado por la reforma constitucional, y a eso es a lo que se refiere la Constitución con la expresión interpretación conforme.

¿Significa que desplazamos las normas internas que han promulgado nuestros congresos con los ejecutivos locales y federal? De ninguna manera. No significa eso en absoluto; la interpretación conforme significa aplicar nuestras normas locales, las normas creadas y adoptadas en México pero con una perspectiva distinta, significa adoptar esas normas leyéndolas a la luz del derecho internacional de los derechos humanos (DIDH), entendiéndolas y aplicándolas conforme a los más altos estándares de protección de los derechos humanos. Es eso, ni más ni menos. No significa que voy a dejar de aplicar el artículo 13 del Código Civil por aplicar el artículo 5º de la Convención sobre los Derechos del Niño. Eso no es lo que dice nuestra reforma, sino que habla claramente de interpretación conforme.

En ese sentido, no veo ningún problema de jerarquía ni un problema de supremacía de los tratados o de la Constitución. Me parece que hasta ahí estamos perfectamente bien. Ahora bien, sí existiría un problema de jerarquía si pensáramos en antinomias, si creyéramos que existen o pueden existir antinomias jurídicas. Esto es algo que a los abogados nos interesa mucho y sobre lo cual trabajamos.

Cuando un legislador se pregunta qué normas hacen falta o cómo mejorar el ámbito normativo, no necesariamente se pregunta cuáles son todas las listas de antinomias que habría que revisar. Claro que es una de las tareas que debe realizar para que la armonización legislativa sea conforme con la reforma constitucional, pero tampoco se pregunta esto quien hace política pública o quien hace un presupuesto con enfoque de derechos humanos. Lo que se tiene que preguntar es cuáles son los estándares

más altos de derechos humanos para poder aplicar las mejores normas y diseñar los mejores proyectos de ejecución a fin de que efectivamente se cumpla lo que dijo Mary Robinson, alta comisionada de las Naciones Unidas para los Derechos Humanos de 1997 a 2002: que los derechos humanos sean una realidad en el ámbito local. De otra manera, los académicos discutiremos sobre modelos, sobre sistemas, sobre las formas en que un concepto no contradiga al otro y seremos muy felices discutiendo estos temas –porque además nos encanta– pero no resolveremos el asunto de fondo.

Entonces, ¿qué hacemos cuando se presentan antinomias? Para esos casos hay una regla especial de jerarquía que establece la Constitución, que además es muy clara y no es novedosa. Pensemos, por ejemplo, en el artículo 42 constitucional, el cual señala que en referencia a las aguas territoriales o al espacio aéreo sobre el territorio nacional se aplicará el derecho internacional público en estas materias; es decir, desplaza a la Constitución totalmente, y es una norma que no nos ha causado ningún problema en muchísimos años. De la misma manera, ante antinomias que afecten derechos fundamentales desplazamos las normas locales, desplazamos a la Constitución y aplicamos el estándar más alto que puede provenir del derecho internacional, porque el derecho internacional no necesariamente va a ser siempre el estándar más alto. Creo que eso nos queda muy claro a todos.

Hay normas, como la de readaptación social, que nuestra Constitución ha superado por mucho y que el derecho internacional sigue manejando con su estándar. Obviamente, en este caso no se trata de aplicar la readaptación social, sino la reinserción social, como lo maneja nuestra Constitución –aún más, quitaría todos los *re-*; nuestra Constitución asume que la reinserción social es un mecanismo más protector que la readaptación social.

En cuanto al bloque de constitucionalidad. El punto de que los derechos humanos contenidos en los tratados son parte de la Constitución, nos lleva a la pregunta: ¿entonces existe un bloque de constitucionalidad? Yo diría que no, no estrictamente en el sentido en el que se habla de bloque de constitucionalidad en Colombia o en Argentina o en Francia. ¿Por qué? Porque a diferencia de estas constituciones, la nuestra no establece una lista de tratados internacionales a partir del cual una corte constitucional tuviera que hacer el ejercicio de decir: “Bueno, el listado de tratados que forman parte de este bloque de constitucionalidad es tal”. México tiene una norma mucho más avanzada y mucho más sencilla que dice que todos los derechos humanos contenidos en tratados hacen parte de la Constitución. En todo caso aplicaríamos un bloque de constitucionalidad en sentido negativo; es decir, le corresponde a la SCJN decir qué derechos humanos no forman parte de ese bloque de constitucionalidad.

No necesitamos que nos digan cuáles derechos son vigentes, porque nuestra Constitución establece de manera amplia y abierta, que todos los derechos humanos contenidos en tratados hacen parte. Es decir, como bien mencionaban el maestro Cantú y el doctor Corcuera, cuando el presidente y el Senado firman y ratifican un tratado internacional, para nosotros ya es parte de la Constitución, ya es una norma interna, no hay ningún problema. Si esa norma de origen internacional contiene un derecho humano, ese derecho humano hace parte del artículo 1º de la Constitución y, por lo tanto, forma parte de nuestro ámbito de derechos humanos. Si la Suprema Corte considera que no es así, debe decirlo, pero no necesitamos que nos diga que sí es parte.

Por eso planteo que en todo caso, es en un sentido de bloque de constitucionalidad negativo. Me parece que perdernos de la discusión de los bloques nos genera más confusión. En algún momento, un ministro decía: “Se trata de un mazacote constitucional”. Bueno, tal vez estamos hablando de un mazacote constitucional, pero pensemos más bien en esta norma negativa: todo hace parte, salvo que la Suprema Corte nos diga lo contrario.

Donde sí hay un problema, y me parece que podemos avanzar en la siguiente ronda, es en cómo con esto generamos unidad en el sistema; me parece que eso es la clave del problema, que el sistema en realidad brinde unidad, que cuando resolvamos antinomias, cuando hagamos interpretación conforme, cuando incluyamos estas normas de derechos humanos reconocidas por orden del proceso legislativo de recepción, que esto genere unidad en el sistema.

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA

Le pregunto a Fernando Gómez Mont dos cosas: si hay que exorcizar a Kelsen y si al aplicar el principio pro persona y la interpretación conforme no está ya predeterminada la jerarquía normativa en el sistema interpretativo.

FERNANDO GÓMEZ MONT URUETA

Creo que hay más consenso en la mesa de lo que nos podemos permitir aceptar. Nadie discute que existe una diferencia jerárquica entre los tratados de derechos humanos y el resto del cuerpo normativo. Con eso ya vamos avanzando, cuando menos en eso estamos de acuerdo. La diferencia está en si se da algún conflicto entre los tratados de derechos humanos y la norma constitucional. Y regreso a ese punto: ¿quién define

el conflicto y de qué manera se supera? De entrada, para que se trate de derecho humano tienen que ser normas de optimización, principios de gran abstracción. Eso se resuelve, más que por el desplazamiento, por la ponderación, por la coexistencia de los dos principios en la mayor medida posible, y en uno se resuelve que se desplace la norma en función del caso. Éste es un problema, finalmente, de conflicto normativo. No se trata de matar la jerarquía normativa, no es matar a Kelsen, es meter un desorden entre las reglas de solución del problema.

Me aterran, por ejemplo, las exacerbaciones que Silvano Cantú atribuye a mi discurso. Cuando digo que el principio de especialidad, de excepción y de regla general es un principio lógico para desplazar a una norma frente a otra, hablo de método del derecho, no hablo del estado de excepción y de la democracia. Me parece que hay que centrarnos en los casos y, finalmente, el tema de la resolución de conflictos de derechos debe seguir un procedimiento. Importa la legitimidad de quien dicta el derecho y de quien resuelve la controversia. Al final, este tema se refiere a la valoración de la mayor legitimidad en un sistema democrático por parte de los órganos representativos o por los órganos judiciales que interpretan y aplican el derecho.

Hay que entender que son funciones distintas y que, a la postre, frente a la problematización de la representación democrática, un juez ajeno a la política, un juez cuya autonomía e independencia cuidamos, resuelve el conflicto. Así está diseñado el sistema. Me parece problemático olvidarnos de los términos de diseño para proponer matar a quienes han estudiado esos sistemas de diseño. En su libro *Teoría pura del derecho*, Hans Kelsen señala la siguiente etapa del análisis cuando está discutiendo con Karl Engisch la validez del derecho, él señala la limitación de la teoría por el derecho. A mediados del siglo pasado no se tenían las herramientas que permitieran valorar el grado de eficacia del derecho; de ahí la limitación en el tema de la validez del derecho, de una eficacia operativa del Estado para hacer valer la regla del derecho. Hoy el derecho está a prueba constantemente; hoy tenemos las herramientas para determinar de qué manera la norma es eficaz para resolver conflictos; hoy podemos saber en estricto sentido cómo operan los conflictos de derecho, dónde están y cómo el Estado puede ser más eficiente para resolverlos. En la actualidad el tema de la eficacia del derecho es mucho más central; la puerta que anunció Kelsen que se abriría para la sociología jurídica, se está abriendo. No hay que matar a Kelsen, hay que leerlo.

En cuanto a la pregunta sobre el principio pro persona, creo que el propio artículo 1º constitucional implica que cuando se da un conflicto de derechos, sobre todo de derechos fundamentales o de gran abstracción, el principio pro persona es uno, y el principio de no discriminación es otro. ¿Por qué? Porque en un derecho humano debe

definirse el mayor grado de libertad posible para una persona al menor costo social para los demás. No se pueden construir por medio de la lógica los derechos humanos o privilegios opresivos frente a los demás. Siempre actuamos a partir de esta maximización de la protección y de la interacción del costo del derecho.

Si no fuera así, ¿cómo podríamos ponderar no sólo el ejercicio de los derechos, sino el costo de esos derechos sobre los demás que no son el derechohabiente? En esta interacción se van estableciendo los equilibrios y casi siempre quien pondera este cálculo es un órgano representativo de la sociedad que asume el costo del derecho de cada quien. Normalmente se privilegia la representación política en ese cálculo, pero cuando el cálculo está equivocado o cuando la mayoría oprime derechos de libertad y dignidad, entra en función el que resuelve el conflicto entre normas, especificar en el caso: esta definición de la mayoría no opera o debe preservarse o se fue demasiado lejos, aludiendo al costo social que mitigó las libertades.

Cierro mi intervención con el tema de si incorporamos muchos nuevos derechos a la Constitución o no. Cuando el Legislativo decidía la reforma de derechos humanos, frente al cuerpo normativo de la Corte IDH, que es el órgano que tiene jurisdicción para hacerla valer frente a la SCJN, y que realmente puede generar la atención interpretativa, se planteó: ¿cuál nuevo derecho realmente no está razonado o aceptado, incorporado de alguna manera por un sistema constitucional? Y la respuesta fue: la indemnización por error judicial. Todos los demás derechos que incorporamos ya estaban ahí. Si los tratados son tratados desde antes de la reforma, puede resultar pedagógica su exposición frente al conflicto de normas; pero no es nuevo, en ese punto es donde los afanes de novedad me aterran.

Les voy a plantear lo que creo que sí es un nuevo derecho que se va planteando, que está dando de qué hablar y dará de qué hablar en los próximos meses y años: el derecho al uso –no al abuso– de estupefacientes por los seres humanos. ¿Dónde están las reglas del uso y del abuso? ¿Cómo, dentro de los ámbitos de libertad, no le toca al Estado restringir ciertas decisiones de consumo de los individuos? Me parece que en materia de mariguana es clarísimo, la criminalización tal y como está contemplada es un error, creo que pasa por el análisis de los derechos.

Eso sí es nuevo y se está discutiendo en la red internacional, lo otro lleva muchos años discutiéndose. En el afán de novedad hay que distinguir dónde están los debates para ver cómo se discuten. Espero que el Senado tome nota, pero si no, la Corte va a tener que ocuparse de este tema desde la vía de los derechos fundamentales. ¿Hasta dónde el Estado puede tomar la decisión por un individuo o un mayor de edad? ¿Corresponde a su autonomía o no? Tratándose de una sustancia tan discutible, ¿dónde

está su uso y dónde está su abuso? Lo puedo entender en otras sustancias superadictivas como la heroína, ¿pero la marihuana?

Me parece que éstos son los nuevos derechos que se perfilan en la SCJN y en la lucha política. En lo demás, no enterremos toda una experiencia circular que hemos adquirido, porque el alma del hombre es eterna y nada muy nuevo se inventa todo el tiempo; es más, tal vez la novedad ocurra entre quienes descubren las cosas, puede ser más un tema de materialismo o de protagonismo que de novedad. El mundo ha venido reflexionando sobre estas cosas desde hace mucho tiempo; el que de repente los jóvenes se incorporen a la discusión, no lo hace nuevo, los nuevos son ellos.

SANTIAGO CORCUERA

Me gustó mucho que el doctor Carlos Pérez sacara a relucir el tema del concepto de complementariedad, porque puede malinterpretarse. Él lo interpreta correctamente: lo que complementa integra, no desintegra, ni divide, lo que complementa integra, perfecciona, logra un todo.

En el DIDH y en el derecho internacional en general, se entiende que el derecho internacional es complementario o subsidiario del nacional; es decir, no debemos acudir a él más que cuando el derecho nacional no funciona. No debemos acudir al Sistema Interamericano de Derechos Humanos más que cuando el sistema jurisdiccional mexicano no funcionó. Eso es lo que se entiende como principio de complementariedad o subsidiariedad del derecho internacional. Por eso hay que agotar primeramente, los recursos de la jurisdicción interna, salvo que no los haya o que el sistema jurisdiccional, por ejemplo, se hubiera colapsado.

Pero el principio de complementariedad debe entenderse como integrador de una totalidad, no una suplementariedad como incorrectamente parecía pretender el senador Ricardo García Cervantes en su iniciativa de reformas al artículo 1º constitucional, al decir: “Las normas contenidas en tratados sólo cuando lo complementen”. *Sólo* era la palabra peligrosa, no cuando la complementen, porque entonces podríamos proceder como en Argentina que hace una interpretación simultánea de lo contenido en la Constitución y lo contenido en los tratados. De ahí también hay que recordar la doble naturaleza de los tratados. El tratado, o mejor dicho, las normas contenidas en tratados, se incorporan al cúmulo de normas contenidas en otros ordenamientos, y se vuelven derecho mexicano, como dice Fix Zamudio, de fuente internacional, pero derecho mexicano, mexicanísimo, al más alto nivel de la jerarquía normativa, si las normas de tratados versan sobre derechos humanos.

Actualmente ya no nos gusta el concepto de la pirámide, bueno, hablemos del edificio. Antes se creía que la Constitución vivía sola en el *penthouse* del edificio, y desde el 11 de junio de 2011 se colaron por las ventanas, la puerta de atrás y la puerta principal, muchas otras normas que ahora conviven felizmente con las normas formalmente constitucionales en el *penthouse* del nuevo edificio jurídico. Yo creo que no hay que desplazar el concepto kelseniano de jerarquía, porque ayuda a fortalecer el discurso de defensa de los derechos humanos, como parte de una argumentación jurídica; nada más que hay que entender que en esa cúspide ya no están sólo los 136 artículos que la componen, sino que ahora son acompañados felizmente, en una convivencia armónica, con otros cientos de artículos o de normas contenidas en tratados.

En eso, yo creo que las puntualizaciones de Sandra Serrano son muy correctas. Tuve cuidado en no decir *los tratados de derechos humanos*, sino siempre hablar de *las normas contenidas en tratados*, independientemente del apellido que tenga el tratado. Por ejemplo el derecho a la protección consular está en un tratado que no es de derechos humanos, sino de relaciones consulares, y ya se ha dicho que ese derecho es un derecho humano fundamental. Lo mismo que todas las normas contenidas en el derecho internacional de los refugiados o en el derecho internacional humanitario. Estoy de acuerdo en todo lo que dijo Sandra Serrano, me pareció riquísima su exposición; pero hay una cosa en la que no estoy de acuerdo, y quiero respetuosamente, ponerla sobre la mesa. Creo que la única constitución que lista los tratados es la argentina. Ninguna de las que mencionó en ese caso, lo hace, ni la colombiana, ni la venezolana, ni muchísimo menos la costarricense o la dominicana, que son sumamente lacónicas, ni la guatemalteca, ni la peruana, ni la brasileña. La nuestra es mejor porque habla de derechos humanos reconocidos por tratados, es mucho más amplia, porque entonces puede incluir a las normas de la convención sobre relaciones consulares o cualquier otro tratado que contenga una norma que reconozca derechos humanos.

Finalmente, quiero reiterar la cuestión de la supremacía. El principio de supremacía constitucional –que tanto le preocupa, por ejemplo, a la Segunda Sala de la SCJN– se respeta con el bloque de constitucionalidad. Claro, lo que tendría que entenderse es que las normas supremas ya no son sólo las contenidas en sus 136 artículos, sino en muchos más. Por otro lado, desde luego que las normas adjetivas de incorporación de normas contenidas en tratados de derechos humanos siguen siendo supremas, como muy bien lo explicaba Silvano Cantú.

Tenemos el principio de supremacía intacto por lo que se refiere a la incorporación de las normas, que se tiene que respetar; sin embargo, por otra parte, ahora las normas supremas no son sólo las contenidas en 136 artículos, sino que hay muchas otras

normas supremas. No es que se esté violando el principio de supremacía, simplemente se ha robustecido, ha crecido, ha progresado el derecho constitucional al incorporar a muchas normas que antes no vivían en el *penthouse*, y que ahora felizmente están allí.

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA

Se ha aludido en la mesa al bloque de constitucionalidad en dos cuestiones propuestas por dos actores distintos, dos operadores jurídicos: la iniciativa del senador Ricardo García Cervantes, de la que ya habló bastante Santiago Corcuera, sobre el sentido de complementariedad que no articula el bloque, sino que es tramposo y también la tesis de la Segunda Sala.

Hay otra ruta en algún sector del Poder Judicial y de la SCJN, que articula aparentemente un solo bloque, pero lo denomina *bloque de regularidad* y al momento de definirlo, dice: “Ese bloque de regularidad está conformado por el bloque de constitucionalidad y por el bloque de convencionalidad, pero separados en dos controles, porque hay una separación *a priori* jerárquica de las fuentes”. Al doctor Carlos Pérez le pregunto qué opinión le merece esto.

CARLOS PÉREZ VÁZQUEZ

En efecto, el asunto se está discutiendo al interior de la SCJN. Hay pendiente, como ustedes saben, una contradicción de tesis, al menos dos; está pendiente también la discusión por parte del Tribunal Pleno el Expediente Varios referente a Inés Fernández Ortega y Valentina Rosendo Cantú, donde seguramente se podrá desarrollar gran parte de la doctrina ya instaurada con el caso Radilla. No tenemos esas definiciones todavía, y las señoras y señores ministros están reflexionando cuidadosamente, revisando el asunto, y seguramente en un plazo de tiempo razonable tendremos una respuesta al respecto.

¿Qué tenemos en concreto? Tenemos ya determinaciones tomadas que pueden ir ilustrando no solamente la discusión de esta mesa, sino el criterio de cada uno de nosotros.

¿Qué dijo la SCJN respecto al párrafo 339 de la sentencia del Caso Radilla? Éste es un asunto muy relevante, que tiene que ver con una pregunta que me llegó y que resumo más o menos en estos términos: ¿Qué pasa con el programa de las competencias? ¿Cómo se resuelve el control de convencionalidad desde un punto de vista de competencias? Bueno, ya la Corte IDH reconoció lo que dijo la Corte mexicana. Lo que mandató la Corte IDH en el 339 dice: “No hay que preocuparse tanto, cada uno

tiene sus competencias”. Es decir, un juez de primera instancia no puede resolver una acción de inconstitucionalidad. Una acción de inconstitucionalidad no es un medio de control, como una jurisdicción voluntaria; no es una jurisdicción voluntaria. Entonces, hay competencias claramente establecidas, los órganos jurisdiccionales las tienen claramente establecidas por el sistema constitucional mexicano. Y es en ese marco en el cual cada uno de los jueces, dice la Corte IDH, lo ha aprobado así o reconocido así. La SCJN está obligando a realizar control de convencionalidad de oficio. Va a ser a través del concepto de bloque de constitucionalidad o del bloque de regularidad.

La verdad es que estamos en esa etapa. Al principio lo dije: es una etapa de construcción. No sé si un edificio, porque es, de nuevo, una visión propiamente vertical de la construcción jurídica, y la incorporación de tratados internacionales y de norma de derechos humanos en materia internacional al sistema mexicano, lo que implica, como en cualquier otro sistema, una construcción horizontal del corpus jurídico nacional y de la jurisprudencia nacional. No sé si un edificio, pero lo que sí sé es que vamos a empezar una etapa de construcción, que no empieza de la nada, no empieza de cero. Y afortunadamente se encuentra en un país con instituciones establecidas, con órganos de impartición de justicia claramente diferenciados en sus competencias y en sus facultades. Esto, sin duda, nos permite tener un punto de partida mucho más optimista que otras naciones.

En mi primera intervención me referí a la teoría de Ricoeur. ¿Por qué me parece importante? Porque, al final, lo que la teoría de Ricoeur nos dice al crear su modelo de ciudadanía, su modelo de justicia, es que si nosotros creemos en el potencial que tiene el DIDH como mecanismo que establece una lengua franca entre todas las personas, entre todos los individuos –obviamente entre todas las naciones, pero también entre todos los individuos–, esto nos permite tener una red de relaciones, concebir la existencia de una red de relaciones personales, interpersonales, pero también institucionales, que se rompe a cada momento: cada vez que hay una violación a un derecho entre todos los individuos –pasa en el plano local y pasa en el plano internacional– esa red de relaciones interpersonales, de relaciones institucionales, se rompe.

Pero afortunadamente, como sucede cuando hablamos, cuando no nos entendemos, el sistema normativo, el sistema de principios, el sistema de derechos humanos, nos permite encontrar o nos da alternativas de solución para rezurcir esa red de relaciones interpersonales y relaciones institucionales.

¿Qué pasa cuando llega un asunto a la Corte IDH y ésta condena a un Estado? Falló todo el sistema. Y la Corte IDH no es la última instancia, pero enmienda la situación. Es importante simplemente decir: la Corte IDH –y ése es otro mito que hay que deste-

rrar— no viene a ser la última instancia, no lo puede ser por capacidad logística, organizacional; pero sus criterios orientan, tal como ya lo reconoció la propia SCJN.

En los casos contenciosos de México, sus decisiones son obligatorias; el resto de sus decisiones son orientadoras. Eso puede interpretarse, es una cuestión teórica que habrá que dilucidar con más refinamiento.

Pero lo cierto es que el sistema funciona para poder reconstruir la red de relaciones interpersonales e institucionales que sostiene una relación de derecho en general, y la relación jurídica nacida de la existencia del sistema internacional de los derechos humanos.

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA

Al maestro Silvano Cantú le pregunto: ¿qué pasa cuando la reforma de este bloque de constitucionalidad, convencionalidad, este estándar de derechos humanos en la Constitución se ve como un enemigo de la seguridad pública?

SILVANO CANTÚ MARTÍNEZ

Es una pregunta interesantísima. Antes de eso, un pequeño preámbulo. Creo, con Fernando Gómez Mont, que en la mesa hay más consenso y comunión de ideas que disenso. Me parece que el problema es cómo estamos imaginando el derecho, y eso nada tiene que ver con los nuevos, novísimos incorporados a la discusión, no es un asunto generacional, creo que es un problema frecuente.

Se preguntaba Fernando Gómez Mont cómo estamos imaginando esta frontera que Kelsen planteó sobre la validez en una situación muy poskelseniana, en la que el mundo ya no es lo que era cuando Kelsen escribió su obra. Y en esa condición poskelseniana de validez del derecho y de la eficacia operativa del Estado para hacer válido el derecho, nos encontramos hoy con la pregunta que hace José Luis Caballero: ¿cómo llegamos a este punto en el que el conflicto parece formularse en términos de derechos humanos, o de seguridad? ¿Cómo podría el Estado darle primacía a las normas de derechos humanos, no en términos de supremacía, sino en términos de pirámide kelseniana? Insisto: ¿cómo podemos pensar en una primacía de las normas de derechos humanos?

Primacía, por cierto —y aunque ya se ha comentado, me parece que convendría dejarlo muy en claro—, viene no de una redacción textual, sino que es una consecuencia práctica y lógica de la aplicación del principio pro persona.

Como he sostenido –y creo todos aquí en la mesa lo hemos sostenido–, dicotomizar la seguridad y los derechos es un falso debate. Para empezar, la seguridad es un derecho. Justamente el mecanismo de subsidiaridad que estamos creando con la Ley General de Víctimas, se basa en el hecho de que la seguridad es un derecho; y si no se ha garantizado ese derecho, se genera una responsabilidad del Estado, aun cuando sean los particulares quienes infringen la ley, en este caso la ley penal.

Me parece que ahí encontramos también un tema, en el que corremos el riesgo de que de pronto el señor Carl Schmitt se nos disfrace de Kelsen, sin decir, desde luego, que Fernando Gómez Mont sea simpatizante de Schmitt.

FERNANDO GÓMEZ MONT

Pero también lo leo.

SILVANO CANTÚ MARTÍNEZ

Pero me deslindo de ese señalamiento. El tema es: ¿cuándo Kelsen –que Fernando Gómez Mont nos invita a resucitar– se convierte más bien en un Schmitt disfrazado de Kelsen? Entonces, en vez de que resucite el Kelsen que nos habla de la jerarquía y que le da certeza, tenemos una especie de zombi de Kelsen, una especie de muerto viviente, que ya no responde a las nuevas necesidades y a las nuevas circunstancias en las que vivimos.

El Estado, en el mismo texto en el que garantiza y reconoce derechos, viola los derechos. Por ejemplo, con el arraigo. Cuando se busca amparo con el artículo 16 constitucional, no puede hacerse, porque el mismo artículo 16 en su párrafo 8 implica la violación de derechos humanos al autorizar una detención sin pruebas previas. Además se ha documentado que no tiene garantías judiciales efectivas porque solamente en alrededor de 4% de los casos prosperan los juicios de amparo, ya que se trata de hechos consumados. Evidentemente, ahí es donde entramos en la zona de conflicto entre normas que reconocen derechos humanos y normas que deciden sobre la suspensión o restricción de esos derechos. En este punto estamos evidentemente, ante un tema que no es de técnica jurídica, sino un tema de poder.

Esta mesa ha sido muy esclarecedora en el sentido de clarificar que en términos técnicos no se puede decir que exista una incompatibilidad entre el conjunto de normas que reconocen derechos humanos en la Constitución y en los tratados, no está cuestionada la idea de una supremacía constitucional, incluso la idea de una jerarquía.

Pero sigue habiendo una discusión a nivel práctico, en el que se insiste en profundizar las aparentes contradicciones e incompatibilidades. En el fondo hay un tema de poder, de cómo están distribuidas las competencias entre jurisdicciones, hay un tema de hasta dónde el Estado quiere arrogarse las facultades de decidir qué es derecho y hasta dónde llega ese derecho. Y lo vemos muy claramente, por ejemplo, en una realidad: la legislatura no produce normas que tengan una referencia en la que se aplique de manera automática, oficiosa, la interpretación conforme, que no solamente se debe dar al momento de resolver sobre sentencias en el nivel judicial, sino también al producir normas, al diseñar políticas públicas en el Poder Ejecutivo, etcétera.

Así que hay una especie de desentendimiento sobre el tema del bloque de constitucionalidad, cuando en realidad cualquier política pública, cualquier ley, cualquier sentencia tienen algún fundamento o una referencia constitucional. No se ha entendido todavía que la Constitución incluye también todos estos tratados. Tampoco se ha comprendido que no se toca la supremacía constitucional, no hay esnobismo internacionalista planteando que siempre es mejor el tratado internacional frente a la Constitución, hay una incompatibilidad, como lo vemos, por ejemplo, en el Expediente Varios 912-2010, en el que se dice que las normas constitucionales no son sujetas de inaplicación, en el tercer grado de intensidad, de la interpretación conforme. Es un tema que no hubo oportunidad de discutir, pero tal vez en la mesa sobre el Poder Judicial se pueda abordar.

Termino diciendo, sobre este mismo tema, que necesitamos hacer una distinción entre un proyecto viejo de Constitución, que tenía que ver con un Estado de derecho referido a la pirámide kelseniana, y cambiar a un nuevo modelo, en el que tenemos un edificio con un *penthouse*, pero un *penthouse* giratorio; es decir, no es que siempre rijan las normas de derechos humanos de una u otra fuente, sino que se aplica a cada caso concreto la que más proteja a la persona.

Finalmente, el potencial democratizador que tiene la reforma constitucional de 2011, la idea del bloque de constitucionalidad y la idea del test de democraticidad, es que otorga un piso de certeza –al contrario de lo que se piensa– para decidir cuáles son las normas y las instituciones que realmente responden a un imperativo o un estándar de corrección, no sólo jurídica, sino también democrática.

JOSÉ LUIS CABALLERO OCHOA

Sandra Serrano empleó una expresión que nos permitiría redondear esta mesa. Ella habló de la unidad del sistema. ¿Qué es esa unidad del sistema de derechos humanos?

SANDRA SERRANO GARCÍA

Me parece que en lo general hay un acuerdo, pero creo que el problema de fondo tiene que ver con la unidad del sistema; ahí está la discusión aparentemente expuesta por quienes tienen dudas con respecto a la reforma. ¿A qué me refiero? A cómo seguimos manteniendo un orden jurídico uniforme. Un orden jurídico que no se salga de control, que alguien por un lado quiere decidir una cosa y alguien más, por otro lado, quiere decidir otra cosa, y de repente acabamos con una serie de normas contradictorias entre sí. Es el caso que ya teníamos en la Constitución antes de la reforma, con el arraigo constitucionalizado que, esperamos, cambie pronto. Pero ya tenemos ese desorden en nuestra propia Constitución.

El punto de partida para darle unidad al sistema me parece que tiene que ver con entender bien las herramientas que nos da el artículo 1º constitucional. Cuando aludimos al principio pro persona como una forma general y abstracta de interpretar cualquier tipo de norma, se cree que generamos disfunción en el sistema. El principio pro persona es un principio hermenéutico para resolver contradicciones normativas. Y las contradicciones normativas se van a dar normalmente en el cotidiano de los órdenes jurídicos hacia abajo, en el actuar cotidiano, cuando una persona solicita una pensión alimenticia, por ejemplo, y tal vez existe otra norma que estorba o contradice ese derecho. Y en ese caso sí tenemos que buscar cuál es la norma que más protege. El problema es cómo identificamos la norma que más protege y cómo la hacemos aplicable. Creo que esto va a ser una cuestión más de técnica, de cómo aprendemos y entendemos el uso de las nuevas herramientas.

En el DIDH hay una clave al propósito: el principio de efecto útil. Cuando pensamos en las normas de derechos humanos tenemos que pensar en este principio del efecto útil, es simple. ¿Cuál es la norma más útil para ese caso concreto? Normas que ya forman parte del sistema y normas que no necesariamente tienen por qué desplazar a las normas que han sido democráticamente discutidas en los órganos legislativos de nuestro país. ¿Qué quiero decir con esto? Que no se debe entender el control de convencionalidad como una norma punitiva que necesariamente implica sacar de nuestro ordenamiento jurídico a las normas del sistema. En eso me parece que la SCJN fue muy clara, hay un proceso a seguir para llegar a esa conclusión. Primero, tratemos de interpretar de manera conforme, tratemos de generar unidad en el orden jurídico, de no expulsar normas sólo por expulsar, sino de entender. En ese punto conservo la pirámide, al menos en cuanto a dejar la Constitución ampliada en la parte superior de la pirámide para entender que eso nos debe dar el efecto útil hacia abajo. Si quitáramos esa norma constitucional nos perderíamos. Ya no tendríamos unidad en el sistema, y

creo que nos enfrentaríamos a un verdadero problema. Yo dejaría la Constitución ampliada en la punta de la pirámide para que genere efectividad hacia abajo, y entonces sí podemos consolidar la unidad del orden jurídico.

¿Cuál es la implicación? Dejar al control de convencionalidad como una *ultima ratio*. La mayoría de las normas jurídicas que tenemos en México no son aberrantemente contradictorias con el DIDH. Le corresponde a los órganos legislativos hacer una revisión, tal vez crear algún órgano dentro de los órganos legislativos que se ponga a pensar no solamente sobre las reformas o las leyes en curso, cuáles y cómo violan derechos humanos o cómo los ampliarían, sino también pensar en las labores de armonización legislativa necesarias, para eliminar aquellas que sean contradictorias con el DIDH, como el arraigo. Pero la mayoría de nuestras normas no están en ese caso. Entonces, insistir en una discusión que nos lleve a generar más y más desorden es, simplemente, ahondar en una discusión que nos lleva a malinterpretar la reforma constitucional.

En realidad es mucho más simple. Tenemos que aprender nuevas técnicas, aprender a interpretar de manera conforme y aprender a justificar por qué estamos interpretando de cierta forma. Cuando no haya manera de solucionar esto por medio de una interpretación conforme –que se avenga a los principios de los estándares internacionales–, entonces sí, justificar por qué decimos que una norma en concreto debe ser expulsada de nuestro ordenamiento jurídico. Pero así como el derecho penal –porque en realidad un control de convencionalidad pensado así es una norma punitiva– tiene que ser *ultima ratio*, me parece que el control de convencionalidad como una forma de expulsión de normas debe ser *ultima ratio*.

Lo que nos toca es aprender a utilizar la interpretación conforme, no sólo a los jueces de este país, sino a todo decisor, a todo órgano público. En eso coincido: sí se trata del poder, pero se trata de cómo se ejerce el poder y quién lo está ejerciendo; y de ahí nos surge una segunda reforma, que debe ser coherente con la reforma de la parte dogmática de la Constitución. Tenemos derechos, nos concebimos como ciudadanos, ya no como beneficiados, pero esto aún no se traslada a la parte orgánica de nuestra Constitución. La parte orgánica sigue estando anquilosada, no corresponde institucionalmente con la realización de los derechos contenidos en la primera parte.

Sí hay un proyecto a realizar para cumplir la promesa de los derechos humanos, como bien lo dice el doctor Valdés Ugaldé, y son las promesas que nos hacemos como Estado; tenemos que ser coherentes con la segunda parte de la Constitución. Démosle unidad al sistema. No se trata de sacar normas sólo porque sí o de incluir normas sólo porque sí. Pensemos en la utilidad, en el efecto útil.