

## CAPÍTULO SEGUNDO

### ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

#### I. INTRODUCCIÓN

Así como los derechos humanos, la noción y concepción del Estado de derecho también ha tenido un desarrollo evolutivo de acuerdo con las circunstancias sociohistóricas que le han influenciado. Es más, tanto Estado de derecho como derechos humanos han evolucionado de la mano, produciéndose una relación causal y simbiótica en dicho desarrollo.

Sin embargo, esta evolución no ha sido ni pareja, ni mucho menos de etapas consolidadas; su constante ha sido de claroscuros en una lucha permanente cuyo centro es, precisamente, la persona humana. Al respecto, Rodolfo Vázquez expresa:

No existe invento de la humanidad más revolucionario, ni arma conceptual más poderosa contra las diversas formas de fundamentalismo, opresión y violencia, que los derechos humanos. Nunca como en estos albores del siglo XXI se ha llegado a reconocer y proteger jurídicamente, y de forma tan integral, los derechos humanos. Al mismo tiempo, nunca se ha sido tan brutalmente sofisticado en sus diversas formas de violación. No debe extrañarnos. Nuestra capacidad de indignación es proporcional a nuestro grado de conciencia sobre los bienes y valores que buscan salvaguardar los derechos humanos, y el siglo anterior y lo que llevamos de éste, han sido pródigos en ejemplos de tales violaciones como para sacudir las conciencias más distraídas.<sup>35</sup>

<sup>35</sup> Vázquez, Rodolfo, *Derechos humanos. Una lectura liberal igualitaria*, México, ITAM-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2015, p. XI.

Para este efecto, es importante conocer primero las etapas correspondientes al Estado de derecho.

## II. DEL ESTADO LIBERAL AL ESTADO SOCIAL Y DEMOCRÁTICO DE DERECHO

El Estado moderno nace durante la llamada baja Edad Media, bajo la premisa de los elementos esenciales que, con los respectivos vaivenes, se mantienen hasta hoy: “territorio”, soberanía, “población”. Esta noción de concentración del poder en manos del rey, respecto de la población ubicada en un territorio determinado, se da como reacción a la atomización del poder político que había supuesto el carácter socioeconómico del feudalismo, así como beneficiado por la circunstancia histórica del fin de las Cruzadas.

Característica de esta primera etapa del Estado moderno sería el poder absoluto del monarca, que tendría reacciones, ya manifestadas primigeniamente en la insular Inglaterra desde la Carta Magna de 1215,<sup>36</sup> daría lugar en el siglo XVIII al proceso de la Ilustración, cuyo resultado político plasma las ideas de Montesquieu y Rousseau en las Revoluciones estadounidense de 1776 y francesa de 1789. De esta última, destacan la Declaración de Derechos del Hombre y del Ciudadano y la Constitución política de 1789; del primer documento citado se extrae el núcleo estructural del constitucionalismo contemporáneo, en su artículo 16: “Toda sociedad en que no esté establecida la garantía de los derechos, ni determinada la separación de poderes, carece de Constitución”.

<sup>36</sup> Con todo, es necesario recordar que ya en 1188 la Carta Magna de León había dado poderes a las Cortes (ayuntamientos) españolas, dando cierto poder a los gobiernos locales respecto del rey. Eyzaguirre, Jaime, *Historia del derecho*, Santiago de Chile, Editorial Universitaria, 1998, pp. 86-88.

Para una relación histórica del mismo texto engarzado con los derechos sociales y colectivos reconocidos en esa época (lo que se ha aludido en el capítulo primero), así como la lectura de la propia Carta Magna. Linebaugh, Paul, *El manifiesto de la carta magna. Comunes y libertades para el pueblo*, op. cit.

El Estado de derecho, en cuanto a sus bases fundamentales y filosóficas, se encuentra principalmente en las obras de Kant y de Humboldt. Básicamente, consiste actualmente en la

...sujeción de la actividad estatal a la Constitución y a las normas aprobadas conforme a los procedimientos que ella establezca, que garantizan el cumplimiento responsable y controlado de los órganos del poder; el ejercicio de la autoridad conforme a disposiciones reconocidas y no retroactivas en términos perjudiciales, y la observancia de los derechos individuales, sociales, culturales y políticos.<sup>37</sup>

Normalmente, se adjudica al jurista alemán Robert von Möhl quien acuñó hacia 1829 la expresión *Staatsrechts*,<sup>38</sup> que significa “Estado de derecho”, por oposición a *Machtstaat* o “Estado de fuerza”, o Estado de la monarquía absoluta, y a *Polizeistaat* o Estado de policía; en el Estado de fuerza es el *rex facit legem*, mientras que en el Estado de derecho es *lex facit regem*.

Por su parte, sería Otto Bähr quien publicó en 1864 un libro con este título,<sup>39</sup> partiendo de la idea de que el concepto del Estado de derecho no significa que éste reglamente, mediante preceptos, la vida que en él se desarrolla, ni que limite sus fines a

<sup>37</sup> Valadés, Diego, “Evolución del concepto de Estado de derecho”, en Valadés, Diego *et al.* (eds.), *Ideas e instituciones constitucionales en el siglo XX*, México, Siglo XXI Editores-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011, p. 216.

<sup>38</sup> En su obra *Das Stratsrecht des Königreiches Württemberg*.

Con todo, el doctor Diego Valadés nos recuerda que Ernst W. Böckenforde, en su obra *Estudios sobre el Estado de derecho y la democracia* (de 2000), que ya habían utilizado —anteriormente a Von Möhl— la expresión *Staatsrechts* tanto Carl Th. Welker en 1813, como C. F. von Aretin en 1824, y que, inclusive, “le atribuyen una característica esencial a ese nuevo concepto: el Estado de derecho es el Estado de la razón, del entendimiento, de la racionalidad política”. Citado en Valadés, Diego, “Evolución del concepto de Estado de derecho”, *op. cit.*, p. 216.

<sup>39</sup> Bähr, Otto, *Der Rechtsstaat*, destacado en Fix-Fierro, Héctor, *A la puerta de la ley. El Estado de derecho en México*, México, CIDAC, p. 13.

la realización del derecho, sino que tal Estado eleva el derecho a condición fundamental de su existencia.

El concepto de Estado de derecho —como ya he mencionado— supone básicamente que el Estado se somete a la ley que él mismo impone a través de su imperio; ley que es obligatoria para todos, gobernantes y gobernados, en igualdad de condiciones contrariamente a lo que ocurría en la monarquía absoluta, donde el monarca era *legibus solutus*. Se trata de respuesta del liberalismo de la Ilustración, en oposición al *ancien régime* anterior a la Revolución francesa de 1789.

Pero el Estado (liberal) de derecho sólo permitía entregar y respetar por parte del Estado, derechos y libertades civiles y políticas sin respetar necesariamente las condiciones de vida de los habitantes-ciudadanos de cada país. Los movimientos sociales de: Europa en la segunda mitad del siglo XIX; la llamada “cuestión social” de fines del siglo XIX-inicios del siglo XX; la Revolución mexicana de 1910; la segunda República española de 1931 y la Revolución rusa de 1917, llevaron a la palestra la necesidad de que el Estado también debía ocuparse de los llamados DESC. Pero ¿cómo puede concebirse suficiente el poder votar, elegir y ser elegido, pensar, reunirse, manifestarse, si no se tiene una vivienda digna, una educación digna, un sistema de salud digno, un trabajo digno? ¿Puede concretarse real y plenamente el derecho a la vida, si no están garantizados aquellos otros derechos? Así, la Constitución Política mexicana de 1917, la Declaración de los Derechos del Pueblo Trabajador y Explotado de Rusia y la Constitución de Weimar de 1918, y la Constitución de la Segunda República Española de 1931, abrieron el camino para el reconocimiento por el Estado de dichos derechos, sin dejar de respetar los derechos civiles y políticos, convirtiéndose el Estado (liberal) de derecho en un Estado social de derecho.

Ya a fines del siglo pasado, sobre todo tras la evidencia del desastre del llamado “Consenso de Washington” y la consecuente aplicación de políticas económicas neoliberales en la región, vino la pregunta necesaria: ¿es suficiente que el Estado me per-

mita elegir periódicamente sus autoridades, consagre en sus textos fundamentales derechos económicos, sociales y culturales, cuando en la práctica las decisiones cardinales sean tomadas sin considerar la participación activa de sus ciudadanos? Por ello, se concibe una nueva etapa de democratización del Estado, donde las decisiones sean tomadas en forma “participativa” y no sólo “representativa”, como lo presenta la doctrina constitucional clásica, a través del llamado Estado democrático y social de derecho. Ejemplos claros son los textos constitucionales de Alemania, Italia, Francia, Portugal, Suiza, Polonia y España, además de los textos vigentes de Colombia, Brasil, Venezuela, Ecuador y Bolivia, en nuestro continente.

En fin, y después de las experiencias extremas del siglo XX, la actual concepción del Estado se percibe como de amplio respeto de los derechos humanos en su plenitud; en virtud de que el concepto de democracia es inclusivo en todos sus niveles, y donde el principio de supremacía constitucional y, por tal, el de soberanía nacional cede ante el sistema jurídico internacional. Sobre todo en cuanto este último amplíe el ámbito de protección de los derechos humanos, dando real claridad al principio de progresividad establecido en los diferentes instrumentos internacionales en materia de derechos humanos; es decir, que cada vez se profundicen y consoliden más.

El entendimiento del Estado democrático y social de derecho es un reforzamiento del reconocimiento de los derechos civiles y políticos, pero es también un reconocimiento a nivel teleológico, por parte del Estado, de los derechos económicos, sociales y culturales. El Estado democrático y social de derecho es un Estado (sobre todo) democrático, en que la democracia es entendida en dos sentidos armónicamente interrelacionados: por un lado, democracia política como método de designación de los gobernantes y por el otro, participación activa de los gobernados; y democracia social como la realización del principio de igualdad en la sociedad.

Como consecuencia, el Estado asume un rol esencial en la consolidación de los derechos económicos, sociales y culturales, al entenderse la importancia de dicho rol en un mundo neoliberalmente globalizado.

### III. ESTADO LEGALISTA DE DERECHO Y ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO

Del proceso evolutivo del Estado liberal al Estado social y democrático de derecho queda resolver hasta qué punto se puede dar —a su vez— el proceso de justiciabilidad de los diversos derechos, de los políticos y civiles a los sociales y de participación política. Por ello, del papel del legislador, el protagonismo lo asume también el jurista.

Por cierto, este rol del jurista ha tenido igualmente diversos grados evolutivos en el marco del contemporáneo Estado de derecho.

Una primera es la dada por el Estado legalista de derecho, que Luigi Ferrajoli ha referido de la siguiente forma:

El Estado de derecho moderno nace, con la forma del Estado legislativo de derecho, en el momento en que esta instancia alcanza realización histórica, precisamente, con la afirmación del principio de legalidad, como criterio exclusivo de identificación del derecho válido y aún antes existente, con independencia de su valoración como justo. Gracias a este principio y a las codificaciones que son su actuación, una norma jurídica es válida no por ser justa, sino exclusivamente por haber sido “puesta” por una autoridad dotada de competencia normativa.<sup>40</sup>

La faceta interpretativa del juzgador y, del jurista en general, entonces, se enmarca dentro de lo que Josep Aguiló Regla ha ca-

<sup>40</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neonstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 16.

racterizado como los “lugares comunes” en este tipo de Estado (legalista) de derecho: el miedo a la pérdida de la neutralidad valorativa o sea, dejar la actitud meramente cognitiva, limitándose a conocer y no razonar la norma jurídica aplicable al caso respectivo; el miedo al subjetivismo donde no hay un juicio ético, dado que se podría perder la respectiva objetividad; el miedo a la imposición de la moral como consecuencia de abrazar al relativismo, el juez como sujeto desprovisto de una interpretación basada en principios subyacentes a la norma jurídica y el miedo a los “claroscuros”, la subsunción, como regla de interpretación jurídica, de carácter binaria, fuera de toda valoración ética.<sup>41</sup>

En esta primera fase, de inicio y consolidación del Estado de derecho, pasamos a una actual etapa cuya característica esencial es la de una revaloración de los principios subyacentes a las normas constitucionales, desde una base epistemológica esencial del derecho constitucional actual:<sup>42</sup> el neoconstitucionalismo. Básicamente, destacaremos al neoconstitucionalismo como una corriente de interpretación y aplicación del propio derecho constitucional y, por su extensión, del derecho mismo que nace a fines de la década de los noventa del siglo pasado;<sup>43</sup> que tiene su origen

<sup>41</sup> Aguiló Regla, Josep, “Ética judicial y Estado de derecho”, en García Pascual, María Cristina (coord.), *El buen jurista. Deontología del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 71-76.

<sup>42</sup> En este sentido, el derecho constitucional en su acepción más amplia, tal como lo indicase en su momento el jurista nacional Jorge Carpizo: “El Derecho constitucional en sentido amplio se identifica con el propio orden jurídico: es decir, la totalidad de ese Derecho, ya que la base y los principios generales y fundamentales de las otras disciplinas jurídicas se encuentran en él. El Derecho constitucional indica los procedimientos de creación, modificación y abrogación de todas las normas de ese orden jurídico”. En Carpizo, Jorge, voz “Derecho constitucional”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 145.

<sup>43</sup> Indica Susanna Pozzolo, una de las creadoras del mismo, que el término neoconstitucionalismo “fue utilizado por primera vez en una comunicación durante el XVIII Congreso Mundial de Filosofía Jurídica y Social celebrado en Buenos Aires el año de 1997”. Citado en Pozzolo, Susanna, “Apuntes sobre

normativo jurídico en el Estado de bienestar europeo surgido de la etapa posterior a la Segunda Guerra Mundial especialmente, en los textos constitucionales de Alemania, Italia, Francia, Portugal y España,<sup>44</sup> y como ha entendido Luis Prieto Sanchís,

...alude tanto a un modelo de organización jurídico política o de Estado de derecho, como al tipo de teoría del derecho requerida para explicar dicho modelo, e incluso cabría hablar de una tercera acepción, el neoconstitucionalismo como ideología, para referirse a la filosofía política que justifica la fórmula del Estado constitucional de derecho.<sup>45</sup>

De tal forma de actual formulación del constitucionalismo, surge el llamado Estado constitucional de derecho, bajo el axioma de Constituciones rígidas, jerárquicamente supraordenadas a las leyes como normas de reconocimiento de su validez. Volviendo a Ferrajoli, podemos caracterizar a este Estado constitucional de derecho a través de cuatro manifestaciones: un nuevo parámetro de validez de las normas jurídicas, tanto desde su producción formal como de la coherencia de su contenido con los principios

neoconstitucionalismo”, en Fabra Zamora, Jorge Luis, y Núñez Vaquero, Álvaro (coords.), *Enciclopedia de filosofía y teoría del derecho*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, vol. I, 2015, p. 363.

<sup>44</sup> Como indica Miguel Carbonell, “se trata de Constituciones que no se limitan a establecer competencias o a separar a los poderes públicos, si no que contienen altos niveles de normas «materiales» o sustantivas que condicionan la actuación del Estado por medio de la ordenación de ciertos fines y objetivos. Además, estas Constituciones contienen amplios catálogos de derechos fundamentales, lo que viene a suponer un marco de relaciones entre el Estado y los ciudadanos muy renovado, sobre todo por la profundidad y grado de detalle de los postulados constitucionales que recogen tales derechos”. Carbonell, Miguel, voz “Neoconstitucionalismo”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 950.

<sup>45</sup> Prieto Sanchís, Luis, voz “Neoconstitucionalismo”, en Carbonell, Miguel (coord.), *Diccionario de derecho constitucional*, México, Porrúa-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2002, p. 420.



constitucionales; una visión epistemológica de la ciencia jurídica, tanto en su rol explicativo, como crítico y proyectivo de sus propios objetivos; la aplicación —vía jurisdiccional— de las diversas normas jurídicas desde el reconocimiento de su validez y, *ergo*, constitucionalidad a partir de la identificación de las antinomias y lagunas, y su superación mediante la aplicación de las garantías constitucionales existentes; y, finalmente, una

...subordinación de la ley a los principios constitucionales [que] equivale a introducir una dimensión sustancial, no sólo en las condiciones de validez de las normas, sino también en la naturaleza de la democracia, para la que representa un límite, a la vez que la completa. Un límite porque a los derechos constitucionalmente establecidos corresponden prohibiciones y obligaciones impuestas a los poderes de la mayoría, que de otra forma serían absolutos. Y la completa porque estas mismas prohibiciones y obligaciones se configuran como otras tantas garantías de los derechos de todos, frente a los abusos de tales poderes que —como la experiencia enseña— podrían de otro modo arrollar, junto con los derechos, al propio método democrático.

Al mismo tiempo, el constitucionalismo rígido produce el efecto de completar tanto el estado de derecho como el mismo positivismo jurídico, que alcanzan con él su forma última y más desarrollada: por la sujeción a la ley incluso del poder legislativo, antes absoluto, y por la positivación no sólo ya del ser del derecho, es decir de sus condiciones de “existencia”, sino también de su deber ser, o sea, de las opciones que presiden su producción y, por tanto, de sus condiciones de “validez”.<sup>46</sup>

En esta variante constitucional, también retomando a Aguiló Regla, el jurista-juzgador aplica la norma jurídica al caso concreto desde las siguientes premisas:

<sup>46</sup> Ferrajoli, Luigi, “Pasado y futuro del Estado de derecho”, en Carbonell, Miguel (ed.), *Neoconstitucionalismo(s)*, Madrid, Trotta-UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2003, p. 19.

- 1) El prejuicio de la neutralidad valorativa, en que el caso se resuelva aplicando tanto las normas jurídicas correspondientes como los principios subyacentes a los derechos que emergen de las mismas, haciendo el juicio de ponderación del que nos habla Robert Alexy.
- 2) El prejuicio del subjetivismo, en donde la imparcialidad propia del juzgador no se pierde con las propias valoraciones éticas que hace éste de la decisión a tomar, basada en los principios subyacentes a las normas jurídicas; el prejuicio del relativismo, en donde el juez asume una responsabilidad moral desde su propia toma de decisiones en el caso concreto.
- 3) El prejuicio de los claroscuros, en donde el juez no se pierde ni justifica en el ritualismo del juez del Estado legalista para efectuar sus propias observaciones valorativas en la conducción del resultado final.<sup>47</sup>

#### IV. LA RELACIÓN SIMBIÓTICA ENTRE EL DERECHO CONSTITUCIONAL Y EL DERECHO INTERNACIONAL DE LOS DERECHOS HUMANOS

El panorama del Estado constitucional de derecho en el actual concierto jurídico mundial que supuso la reacción estadounidense ante el ataque del llamado “11-S” de 2001, cuyas consecuencias se mantienen no sólo en materia de seguridad internacional, los efectos de la globalización neoliberal, los cuestionamientos y posterior reforma de la Comisión (actual Consejo) de Derechos Humanos de la ONU,<sup>48</sup> y el conflicto desatado en el norte de África

<sup>47</sup> Aguiló Regla, Josep, “Ética judicial y Estado de derecho”, en García Pascual, María Cristina (coord.), *El buen jurista. Deontología del derecho*, Valencia, Tirant lo Blanch, 2013, pp. 80 y 81.

<sup>48</sup> Un excelente análisis de dicho proceso, así como de las reformas pendientes, en Short, Katherine, “De la comisión al consejo: ¿las Naciones Unidas han logrado crear un órgano de derechos humanos confiable?”, *Sur: Revis-*

ca y el Medio Oriente (especial resonancia el caso Siria), parecieran retrotraer todo el avance que, desde la Declaración Universal de Derechos Humanos (DUDH) en 1948, el fin de la Guerra Fría, la aprobación del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional (CPI), y el llamado caso *Pinochet* (ambos en 1998), se entendía que una nueva visión se entronizaba en las políticas públicas, considerando al derecho internacional (de los derechos humanos) como eje central en la toma de decisiones, no sólo a nivel internacional, sino también interno, consolidando de una vez el derecho internacional contemporáneo que superaba el westfaliano tótem de que sólo los Estados podrían ser considerados como sujetos de derecho, a partir de la ficción llamada igualdad soberana.<sup>49</sup>

En el contexto citado, la reforma constitucional en materia de derechos humanos de junio de 2011<sup>50</sup> implicó para México insertarse en un paradigma necesario en estos momentos del derecho internacional público, así como un punto de inflexión en materia nacional de protección. Pareciera fortalecerse la tendencia reciente latinoamericana, de insertar constitucionalmente los diversos instrumentos internacionales en materia de derechos humanos, ya sea de manera supra constitucional como Colombia, Guatemala, Honduras y Venezuela; rango constitucional, Brasil, Ecuador y Argentina; supralegal como Costa Rica, El Salvador y Paraguay y legal como el Perú y República Dominicana.<sup>51</sup> Tras

*ta Internacional de Derechos Humanos*, São Paulo, año 5, núm. 9, 2008, pp. 168-197.

<sup>49</sup> Para una mayor referencia, Serna de la Garza, José María, *Impacto e implicaciones constitucionales de la globalización en el sistema jurídico mexicano*, México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2012.

<sup>50</sup> “Decreto por el que se modifica la denominación del capítulo I del título primero y reforma diversos artículos de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos”, publicada en el *Diario Oficial de la Federación*, del 10 de junio de 2011, pp. 2-5.

<sup>51</sup> También se ha manifestado la siguiente clasificación: textos que establecen de forma expresa la jerarquía constitucional de los instrumentos internacionales de derechos humanos (Perú, Brasil, Colombia, Argentina y México); textos que otorgan jerarquía constitucional a las normas internacionales de de-

la inclusión de nuestro país en el sistema de cláusulas abiertas de acuerdo a las que expresamente se expone que la declaración o enunciación de los derechos contenidos en la norma constitucional no deben ser entendidas como excluyentes de otros no enumerados en dicho texto, como las contenidas en instrumentos jurídicos internacionales, solamente Cuba, Chile y Panamá quedan exceptuados de esta tendencia.

Bien se ha mencionado que nos encontramos en una tercera etapa de constitucionalización de los derechos humanos, de internacionalización de los mismos, desarrollado precisamente por la incorporación al derecho constitucional interno de los sistemas internacionales de protección de los derechos humanos.<sup>52</sup> La primera etapa se habría caracterizado por el proceso de inserción de los derechos humanos en los textos constitucionales a partir del proceso de codificación de fines del siglo XVIII y el desarrollo de las generaciones de derechos humanos; mientras que la segunda etapa se da con la internacionalización de la constitucionalización de los derechos humanos a partir tanto de la Declaración Universal como Americana de Derechos Humanos, ambas de 1948. La presente etapa se diferencia en que supera el clásico y cerrado concepto de soberanía nacional, y abre la interrelación mayor entre derecho internacional y derecho interno, expresada más evidentemente en el principio de complementariedad, al

rechos humanos, pero sólo en aquellos casos en los que la norma internacional es más protectora que la norma local, a través del principio pro persona (Venezuela, Ecuador y Bolivia); textos que establecen como fuente de derecho al derecho internacionales de derechos humanos, pero sin reconocerle alguna jerarquía en el ámbito interno (Nicaragua, Chile y Paraguay); y, textos que no dicen demasiado en torno a la inclusión de los derechos humanos en el sistema jurídico, sólo avanzando principalmente por vía jurisdiccional (Costa Rica y República Dominicana). En Salazar Ugarte, Pedro (coord.), *La reforma constitucional sobre derechos humanos. Una guía conceptual*, México, Senado de la República-Instituto Belisario Domínguez, 2014, p. 44.

<sup>52</sup> Brewer Carías, Allan R., “La aplicación de los tratados internacionales sobre derechos humanos. Estudio de derecho constitucional comparado latinoamericano”, *Revista Iberoamericana de Derecho Procesal Constitucional*, México, núm. 6, julio-diciembre, 2008, p. 42.

darse competencia concurrente (*concurrent jurisdictions*) en la jurisdicción universal de derechos humanos.<sup>53</sup>

El entonces ministro presidente de la SCJN, Juan Silva Meza, señaló que

...la reforma supone un cambio de paradigma constitucional al prever que los derechos humanos sean “reconocidos” por el Estado en lugar de considerarse “otorgados” y al ordenar la interpretación “conforme” de las normas relacionadas con los derechos humanos. Esto significa que el trabajo de interpretación de las normas que realicen todas las autoridades y en especial los Órganos Judiciales, deberá tomar en cuenta lo que prevea tanto la Constitución, como los diversos tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte.<sup>54</sup>

Ello parte por ratificar los principios elementales de universalidad, interdependencia, indivisibilidad y progresividad, de aplicación obligatoria para todas las autoridades conforme al actual párrafo tercero del artículo 1o. de la CPEUM.

La creciente importancia que han adquirido las jurisdicciones, nacionales e internacionales, para el respeto, protección, cumplimiento y satisfacción de los derechos de los individuos, grupos o Estados, en su caso, ha potenciado la relevancia del contenido de las decisiones jurisdiccionales como elementos activos de un derecho dinámico y en permanente evolución. Además, el principio del derecho viviente y del *effet utile* en la interpretación de las normas,<sup>55</sup> en particular del derecho internacional y de los

<sup>53</sup> Por ejemplo, los artículos 8o. del Estatuto del Tribunal Internacional para Rwanda, 9o. del Estatuto del Tribunal Internacional para la ex Yugoslavia, y 13 y 17 del Estatuto de Roma de la Corte Penal Internacional.

<sup>54</sup> Silva Meza, Juan, *Ministro presidente, informe anual de labores 2011*, suplemento de la revista *Compromiso*, México, Poder Judicial de la Federación, 2011, p. 10.

<sup>55</sup> “En virtud de este papel fundamental que se le asigna en la Convención, los Estados tienen la obligación de garantizar la creación de las condiciones necesarias para que no se produzcan violaciones de ese derecho inalienable (derecho a la vida), así como el deber de impedir que sus agentes, o particu-

derechos humanos, actualizados al momento de la adopción y pronunciamiento de la sentencia, confirman la importancia del examen de las decisiones judiciales.<sup>56</sup>

En nuestro caso, la reforma al actual párrafo 2 del artículo 1o. de la CPEUM tiene una trascendencia, que ha dejado claro el anterior presidente de la SCJN al afirmar que “hoy, en México, la totalidad de intérpretes constitucionales tienen la obligación de realizar el llamado control de convencionalidad de cara al marco normativo de origen internacional en derechos humanos”.<sup>57</sup> Tan así, que se ha tomado como elemento de origen de la actual décima época de la SCJN, que

lares, atenten contra el mismo. El objeto y propósito de la Convención, como instrumento para la protección del ser humano, requiere que el derecho a la vida sea interpretado y aplicado de manera que sus salvaguardas sean prácticas y efectivas (*effet utile*).” Corte Interamericana de Derechos Humanos (en adelante CorteIDH), caso *de las Masacres de Ituango vs. Colombia*, excepción preliminar, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 1o. de julio de 2006, serie C núm. 148, par. 129, p. 68; CorteIDH, caso *Baldeón García vs. Perú*, fondo, reparaciones y costas, sentencia del 6 de abril de 2006, serie C núm. 147, par. 83; CorteIDH, caso *Hilaire vs. Trinidad y Tobago*, excepciones preliminares, sentencia del 1o. de septiembre de 2001, serie C núm. 80, par. 83; CorteIDH, caso *Tribunal Constitucional vs. Perú*, competencia, sentencia del 24 de septiembre de 1999, serie C núm. 55, p. 36.

<sup>56</sup> Esto tiene relevancia excepcional en la última década en el ámbito interamericano, respecto de casos paradigmáticos como la reapertura en Argentina de los juicios por crímenes de lesa humanidad cometidos durante el periodo 1976-1983, argumentando que “resulta violatorio de los derechos garantizados por la Convención (Americana de Derechos Humanos), y entendió que tales disposiciones son incompatibles con el Artículo 18 (Derecho de justicia) de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre y los Artículos 1o., 8o. y 25 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos”; igualmente Chile, donde la Corte Suprema local ha dado fundamentos al respecto, tanto en casos de violaciones a los derechos humanos cometidos durante la dictadura de Pinochet (caso *del homicidio calificado de Fernando Vergara Vargas*, caso *Liquiñe*, caso *Caravana de la muerte Episodio San Javier*), así como en el sonado proceso de extradición pasiva del llamado caso *Fujimori*, tomando como base lo dispuesto en el artículos 27 y 31 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969.

<sup>57</sup> Silva Meza, Juan, *op. cit.*, p. 14.

...se origina con motivo de la publicación de dos reformas constitucionales trascendentales: una en materia del juicio de amparo y la otra en materia de derechos humanos. Leídas en conjunto, ambas reformas constitucionales nos obligan a la SCJN a reconstruir los criterios, velando por el respeto a los derechos fundamentales de todos.<sup>58</sup>

Esto se vio altamente reforzado con la resolución de la SCJN de la contradicción de tesis 293/2011, de abril de 2014, en donde estableció el llamado parámetro de regularidad, en los siguientes términos:

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. El primer párrafo del artículo 1o. constitucional reconoce un conjunto de derechos humanos cuyas fuentes son la Constitución y los tratados internacionales de los cuales el Estado Mexicano sea parte. De la interpretación literal, sistemática y originalista del contenido de las reformas constitucionales de seis y diez de junio de dos mil once, se desprende que las normas de derechos humanos, independientemente de su fuente, no se relacionan en términos jerárquicos, entendiéndose que, derivado de la parte final del primer párrafo del citado artículo 1o., cuando en la Constitución haya una restricción expresa al ejercicio de los derechos humanos, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional, ya que el principio que le brinda supremacía comporta el encumbramiento de la Constitución como norma fundamental del orden jurídico mexicano, lo que a su vez implica que el resto de las normas jurídicas deben ser acordes con la misma, tanto en un sentido formal como material, circunstancia que no ha cambiado; lo que sí ha evolucionado a raíz de las reformas constitucionales en comento es la configuración del conjunto de normas jurídicas

<sup>58</sup> *Anexo del Acuerdo General Plenario de la SCJN*, septiembre de 2011, pp. 27 y 28.

respecto de las cuales puede predicarse dicha supremacía en el orden jurídico mexicano. Esta transformación se explica por la ampliación del catálogo de derechos humanos previsto dentro de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, el cual evidentemente puede calificarse como parte del conjunto normativo que goza de esta supremacía constitucional. En este sentido, los derechos humanos, en su conjunto, constituyen el parámetro de control de regularidad constitucional, conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos que forman parte del orden jurídico mexicano.<sup>59</sup>

Bajo este parámetro del control de regularidad, así, quedaron incluidas como fuentes directas en materia de derechos humanos: los derechos humanos contenidos en nuestra CPEUM; los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales de los que México sea parte, ya sea de un tratado de derechos humanos, ya sea un tratado que contenga derechos humanos; toda la jurisprudencia nacional en materia de derechos humanos; y, lo que viene a adquirir también relevancia, toda la jurisprudencia del sistema interamericano de derechos humano, y no sólo aquella en que México haya sido Estado involucrado directamente.

## V. EL ROL DEL JURISTA EN EL ESTADO CONSTITUCIONAL DE DERECHO, Y EL CONTROL DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD

Desde el carácter meramente formalista y avalorativo que inculcara Hans Kelsen a inicios del siglo XX, el propio impulso de las circunstancias socio-históricas y jurídicas han dado pie a una formulación más crítica de la aplicación normativa. Este tipo de interpretación se ve mayormente forzado, toda vez que nos encontramos en un momento en donde los propios ciudadanos exigen a las autoridades públicas y privadas —con especial preeminencia

<sup>59</sup> Tesis P./J.20/2014(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, abril de 2014, p. 202.



a las jurisdiccionales— el cumplimiento y justiciabilidad de sus derechos, en el más amplio marco de éstos.

Pertinente a este respecto es transcribir lo que Miguel Suárez Romero y Napoleón Conde Gaxiola han manifestado de este tránsito en la actividad argumentativa jurídica:

A diferencia de lo que afirmaban las corrientes logicistas de la aplicación e interpretación del derecho, en donde el proceso racional de justificación de la decisión jurídica era monológico, tal como expresó en su momento la Escuela de la Exégesis y la Jurisprudencia de Conceptos; las actuales teorías de la Argumentación Jurídica vienen a defender la idea de que es posible hablar en términos de “racionalidad práctica” de la decisión jurídica, la cual se va a construir a través de un procedimiento que en forma dialógica (discursiva) logre un determinado consenso.

En otras palabras, las corrientes que explican la argumentación jurídica en nuestros días, afirman que toda decisión jurídica de la índole que esta sea debe venir respaldada por un aparato discursivo, en el que estén presentes el diálogo intersubjetivo y el consenso alcanzado bajo ciertas reglas de procedimiento. Es decir, los sujetos van a ser interlocutores del diálogo y partícipes del discurso que debe verificarse previo a toda decisión jurídica.<sup>60</sup>

María José Añón ha escrito con especial relación al rol del jurista y del juzgador en el Estado constitucional de derecho:

...la Constitución como texto está integrado básicamente por valores, principios, derechos fundamentales y directrices para los poderes públicos. Lo interesante o más característicos de este modelo es, como escribe Luis Prieto Sanchís, que la vocación de tales principios no es desplegar su eficacia a través de la ley, sino hacerlo de forma directa e independiente, tanto por parte del legislador, cuanto por parte de los operadores jurídicos que tienen que fundamentar sus decisiones de acuerdo a tales principios. Las

<sup>60</sup> Suárez Romero, Miguel Ángel y Conde Gaxiola, Napoleón, *Argumentación jurídica. Cuaderno de trabajo*, México, UNAM, Seminario de Filosofía de la Facultad de Derecho, 2009, p. 10.

constituciones principialistas —como las denomina Gustavo Zagrebelsky— asumirían así la función de modelar el conjunto de la vida social. Los principios y valores constitucionales, por otra parte, no constituyen un todo coherente ni consistente, sino que sus enunciados y contenidos pueden superponerse y dar lugar a soluciones dispares. Esto es característico de este tipo de enunciados normativos, del modo de actuar de los principios.<sup>61</sup>

Sobre este punto, es de destacar que la reforma constitucional en materia de derechos humanos, de 2011, agrega en su párrafo 2 del artículo 1o. de la CPEUM, lo que se ha dado en llamar el control difuso de convencionalidad: “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”.

Se ha definido al control difuso de convencionalidad como la “competencia (de los jueces locales) para dejar de aplicar en los casos concretos sometidos a su jurisdicción, aquellas normas jurídicas que sean incompatibles con las normas jurídicas de jerarquía suprema en el respectivo Estado”.<sup>62</sup>

Es verdaderamente destacable una muy reciente tesis aislada emitida en octubre de 2015 por la Primera Sala de nuestra SCJN, cuando en la resolución del amparo directo en revisión 4927/2014 se ha referido específicamente al modo de aplicación de este tipo de control —en su relación con el respectivo de constitucionalidad—, lo que, como se puede observar, hace alusión directa a dos tópicos que constituyen el núcleo de este libro y cuyo tratamiento más detallado se hará en los siguientes capítulos, debido proceso y el acceso a la justicia:

<sup>61</sup> Añón, María José, “Derechos fundamentales y Estado constitucional”, *Cuadernos Constitucionales de la Cátedra Fadrique Furió Ceriol*, Valencia, núm. 40, 2002, p. 27.

<sup>62</sup> Arenas Bátiz, Carlos Emilio, voz “Control difuso por juez local”, en Ferrer Mac-Gregor, Eduardo *et al.* (coords.), *Diccionario de derecho procesal constitucional y convencional*, 2a. ed., México, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2014, p. 244.

CONTROL CONCENTRADO Y DIFUSO DE CONSTITUCIONALIDAD Y CONVENCIONALIDAD. De los artículos 1o. y 133 de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, deriva que el control concentrado de constitucionalidad y convencionalidad respecto de normas generales por vía de acción está depositado exclusivamente en los órganos del Poder Judicial de la Federación, quienes deciden en forma terminal y definitiva, por medio del análisis exhaustivo de los argumentos que los quejosos propongan en su demanda o en los casos en que proceda la suplencia de la queja, si una disposición es contraria o no a la Constitución Federal y a los tratados internacionales sobre derechos humanos de los que el Estado Mexicano sea parte. Por su parte, el control difuso que realizan las demás autoridades del país, en el ámbito de su competencia, se ejerce de manera oficiosa, si y sólo si, encuentran sustento para ello, respaldándose en el imperio del cual están investidas para juzgar conforme a la Constitución. Por tanto, el control ordinario que ejercen estas autoridades en su labor cotidiana, es decir, en su competencia específica, se constriñe a establecer la legalidad del asunto sometido a su consideración con base en los hechos, argumentaciones jurídicas, pruebas y alegatos propuestos por las partes, dando cumplimiento a los derechos fundamentales de audiencia, legalidad, debido proceso y acceso a la justicia. Es aquí donde el juzgador ordinario, al aplicar la norma, puede contrastar, de oficio, entre su contenido y los derechos humanos que reconoce el orden jurídico nacional (esto es, realizar el control difuso) en ejercicio de una competencia genérica, sin que la reflexión que realiza el juez común, forme parte de la disputa entre actor y demandado. En ese sentido, la diferencia total entre los medios de control concentrado y difuso estriba, esencialmente, en que en el primero es decisión del quejoso que el tema de inconstitucionalidad o inconventionalidad de la ley forme parte de la litis, al plantearlo expresamente en su demanda de amparo; mientras que en el segundo, ese tema no integra la litis, que se limita a la materia de legalidad (competencia específica); no obstante, por razón de su función, por decisión propia y prescindiendo de todo argumento de las partes, el juzgador puede desaplicar la norma que a su criterio no sea acorde con la Consti-

tución o con los tratados internacionales en materia de derechos humanos.<sup>63</sup>

Esta tesis es manifiesta continuación de la ampliación en el criterio de interpretación del juzgador de los derechos humanos, bajo el parámetro de la jurisprudencia emitida por la Primera Sala de nuestra SCJN, en los siguientes términos:

DERECHOS HUMANOS RECONOCIDOS TANTO POR LA CONSTITUCIÓN POLÍTICA DE LOS ESTADOS UNIDOS MEXICANOS, COMO EN LOS TRATADOS INTERNACIONALES. PARA DETERMINAR SU CONTENIDO Y ALCANCE DEBE ACUDIRSE A AMBAS FUENTES, FAVORECIENDO A LAS PERSONAS LA PROTECCIÓN MÁS AMPLIA. Acorde con lo sostenido por el Tribunal en Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, en la tesis de jurisprudencia P./J. 20/2014(10a.), las normas de derechos humanos contenidas en los tratados internacionales y en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos no se relacionan entre sí en términos jerárquicos, ya que se integran al catálogo de derechos que funciona como un parámetro de regularidad constitucional. Por tanto, cuando un derecho humano esté reconocido tanto en la Constitución Federal, como en los tratados internacionales, debe acudirse a ambas fuentes para determinar su contenido y alcance, favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia; en el entendido de que cuando exista en la Constitución una restricción expresa al ejercicio de un derecho humano, se deberá estar a lo que indica la norma constitucional.<sup>64</sup>

Lo señalado adquiere especial relevancia en el ámbito del debido proceso, como observaremos en los capítulos siguientes.

<sup>63</sup> Tesis CCLXXXIX/2015(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. II, octubre de 2015, p. 1647.

<sup>64</sup> Tesis J.29/2015(10a.), *Gaceta del Semanario Judicial de la Federación*, décima época, t. I, abril de 2015, p. 240.