

## IMPUNIDAD CONSTITUCIONAL

Roberto DÍAZ SÁENZ

Violar la Constitución es destruirla.

Guillermo FLORIS MARGADANT\*

SUMARIO: I. *Introducción*. II. *Impunidad constitucional*. III. *Criterio actual de la SCJN*.

### I. INTRODUCCIÓN

**D**ebemos celebrar que nuestra Constitución es el resultado de un movimiento armado, jurídicamente de avanzada para su época. Las ideas de clásicos y nuevos de corte eminentemente social y ánimo reivindicador dieron respuesta al modo de ser, vivo, cambiante, influido por factores políticos, históricos, sociológicos, culturales y del poder existente en el México de hace cien años.

Fue un ejemplo mundial como la primera Constitución con sentido social y receptora de los derechos populares, creada por personas que en su mayoría no eran doctas o técnicas; algunos, inclusive, fueron perseguidos. Celebramos a la norma fundamental no tanto por su edad, sino por su orientación.

Al día de hoy,<sup>1</sup> la Constitución ha sido modificada por doscientos veintiocho decretos, con un total de 698 reformas. Esto no significa se hayan modificado cada uno de los 136 artículos que la integran. Hay reformas parciales, poco sistemáticas, con múltiples formas de estilo que inclusive los peritos en derecho encuentran difíciles de entender.

Una de las principales reformas se publicó el 10 de junio de 2011. Diez artículos fueron modificados e impactaron al sistema jurídico mexicano, cambiando el

---

\* 1924-2002, profesor, jurista e historiador mexicano, naturalizado en 1960.

<sup>1</sup> Puebla, Puebla, 10. de agosto de 2016.

ROBERTO DÍAZ SÁENZ

paradigma de los habitantes y de los estudiosos del derecho. Hay muchos aspectos por comentar al respecto, especialmente ciertos puntos de la reforma al artículo 1o.<sup>2</sup>

El título primero, capítulo primero de la Constitución cambió su denominación “De las garantías individuales” a “De los Derechos Humanos y sus Garantías”. Este ajuste afortunado diferencia a los derechos de sus herramientas para defenderlas, prácticamente en ningún texto constitucional podríamos localizar que el derecho y el instrumento de tutela sean lo mismo. La reforma incluye el concepto modernizador de los derechos humanos. Los pone al día dentro del constitucionalismo y brinda la oportunidad de abrirse a la globalización y al cosmopolitismo jurídico.

También vivimos en una época en la cual se obliga a las autoridades a trabajar de una manera mucho muy especial y distinta en beneficio de la protección de los derechos humanos. Se transforma, entre otras cuestiones importantes, al sujeto del derecho humano: quién tiene la titularidad del derecho. Cambia del concepto individuo al de persona, aun cuando este último es uno eminentemente jurídico, esto es, no una creación biológica o de otro tipo, sino estrictamente jurídico; pero no es lo mismo entender la apertura en cuanto a la oportunidad de que el derecho cuente como sujeto no sólo a las personas físicas, sino también a las colectivas. Por supuesto que no de todos los derechos que en cuanto a su ejercicio dependa de manera personalísima.

El Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, dos años después de la reforma, al resolver la contradicción de tesis 360/2013,<sup>3</sup> interpretó que la expresión “todas las personas”, contenida en el artículo 1o. constitucional, comprende no sólo a las consideradas en su calidad de seres humanos, sino también a las jurídicas colectivas. En marzo de 2015, el propio Pleno determinó que el principio de interpretación más favorable a la persona contenido en el párrafo segundo del citado numeral, es aplicable respecto a las normas relativas a los derechos humanos de los cuales gozan las personas colectivas. Por lo tanto, deben interpretarse favoreciendo en todo tiempo la protección más amplia.

---

<sup>2</sup> Artículo 1o. En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección, cuyo ejercicio no podrá restringirse ni suspenderse, salvo en los casos y bajo las condiciones que esta Constitución establece.

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

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

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

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

<sup>3</sup> Rubro: Personas jurídicas. Son titulares de los derechos humanos y de las garantías establecidas para su protección, en aquellos supuestos en que ello sea aplicable, con arreglo a su naturaleza.

Podría presentarse la duda de si las personas colectivas de derecho privado son las únicas titulares de derechos humanos o también las personas jurídicas de derecho público. Aquí podríamos encontrar un matiz. La reforma anunciada generó la inclusión de un tema muy interesante respecto a los derechos implícitos. Dentro del texto constitucional, se modificó el término “otorgar” por “reconocer” derechos. Sin que me refiera al fundamento filosófico que sustente el actual texto, habrá que aceptar que la reforma nos indica que los derechos existen con independencia de la norma; inclusive tenemos más derechos que los expresamente contemplados en ella.

Puede estimarse que antes de 2011 existía un catálogo limitativo de derechos. Ahora podemos afirmar que ese listado es enunciativo; esto es, puede estar abierto a otro género de reconocimiento de la dignidad humana.<sup>4</sup>

Ubicamos una muestra de ello en el concepto del mínimo vital, que es el derecho a gozar de unas prestaciones e ingresos mínimos que aseguren a toda persona su subsistencia, un nivel de vida digno y la satisfacción de sus necesidades básicas. Este derecho encuentra sustento en la Declaración Universal de los Derechos Humanos, en los artículos 25, numeral 1 y 23, numeral 3. Toda persona tiene derecho a un nivel de vida adecuado que le asegure, a ella y a su familia, la salud y el bienestar, en especial la alimentación, el vestido, la vivienda, la asistencia médica y los servicios sociales necesarios. Asimismo, los trabajadores tienen derecho a una remuneración equitativa y satisfactoria, que asegure a la persona y a su familia una existencia conforme con la dignidad humana. Dicha remuneración debe completarse con cualquier otro medio de protección social.

De la misma manera, el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales contiene normas que prevén el derecho de toda persona a un nivel de vida adecuado para sí y su familia, y a una mejora continua de las condiciones de existencia. Establece que la remuneración de los trabajadores como mínimo debe garantizar condiciones de existencia dignas para ellos y para sus familias (artículos 11, numeral 1 y 7, inciso a, subinciso ii).

Al respecto, la Primera Sala de la Corte ha determinado que el derecho al mínimo vital engloba todas las medidas positivas o negativas imprescindibles para evitar que la persona se vea inconstitucionalmente reducida en su valor intrínseco como ser humano, por no contar con las condiciones materiales que le permitan llevar una existencia digna. Por esta razón, aun cuando no se encuentre ese derecho expresamente identificado en algún numeral de nuestra Constitución, se ha concluido que por derivar del principio de dignidad humana en relación con los derechos fundamentales a la vida, a la integridad personal y a la igualdad, en la modalidad de decisiones de protección especial a personas en situación de necesidad manifiesta, se reconoce a favor de los individuos como un derecho fundamental que se obtiene de otras disposiciones de la carta magna.

Es muy buena noticia que a partir de 2011 nadie nos otorgue un derecho, sino que se reconozcan derechos universales, fundamentales para la convivencia, de los cuales no podemos desprendernos. El artículo 1o. de la Constitución transforma

---

<sup>4</sup> Carpizo, Jorge, “Los derechos humanos: naturaleza, denominación y características”, *Cuestiones Constitucionales*, México, núm. 25, julio-diciembre de 2011, pp. 3-29.

ROBERTO DÍAZ SÁENZ

nuestro sistema jurídico al incluir a los derechos humanos contenidos en los tratados internacionales (directos y derivados —recomendaciones generales que expiden los Comités de Naciones Unidas y la jurisprudencia de los tribunales internacionales reconocidas por el Estado mexicano, especialmente la emitida por la Corte Interamericana de Derechos Humanos—).

En consecuencia, la armonización normativa producida a nivel internacional es vinculante en nuestro país, lo cual obliga a las universidades, gobierno y gobernados a transformar su visión del derecho y sus fuentes. Los resultados de la Segunda Encuesta Nacional de Cultura Constitucional, elaborada por especialistas del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM,<sup>5</sup> arroja que casi 90% de los encuestados conoce poco o nada la Constitución. Si a esto le sumamos el cúmulo de normas que integran el nuevo sistema jurídico mexicano, el reto es altísimo para dar a conocer también el nuevo bloque constitucional, máxime que los tratados fueron celebrados para ser cumplidos.

Un punto muy importante de la reforma aludida es la acción de explicar o declarar el sentido de las normas, esto es, de interpretar el texto jurídico, atribuirle un significado. ¿De qué manera deben interpretarse las normas en nuestro sistema jurídico? Esto incluye las cuatro grandes ramas del derecho: penal, del trabajo, laboral, administrativo y privado, todas en relación con el derecho procesal y con independencia de la Constitución.

Habrà que aceptar que todo nuestro derecho es público, dado que debe interpretarse de manera compatible con la Constitución y los tratados internacionales, pues éstos impregnan al sistema jurídico mexicano.<sup>6</sup> Sería impensable que hoy cualquier servidor público u operador jurídico determinara que un derecho fundamental (que atiende a cubrir las necesidades de la dignidad humana) no se respete por no estar contenido en la Constitución o en algún tratado. Aun así, siguiendo el sentido común y jurídico, tendrían que operar por el efecto de la ampliación de la protección.

El principio *pro persona*, incluido en la reforma señalada, nos obliga a encontrar la solución más acorde con la protección más amplia que se localice en la norma, sea de fuente constitucional o internacional, lo que beneficie de mejor manera a la persona.

En nuestros días ya no podemos pensar en resolver un caso concreto de manera piramidal. Al derecho ya no se le puede observar de manera escalonada, sino con una dirección que nos lleve a la eficacia del derecho. Esto nos presenta una serie de problemas en materia de interpretación.

La incorporación del tema de la dignidad humana se convierte en la cláusula de entrada y cierre de todo nuestro sistema constitucional. Tuvieron que pasar casi cien años para ello. La dignidad humana implica no instrumentalizar a nadie, no cosificar (tratar como *res*). A la persona se le debe tratar como un fin y no como un medio.

<sup>5</sup> Universidad Nacional Autónoma de México, *Segunda encuesta nacional de cultura constitucional*, mayo, 2011, <http://www.juridicas.unam.mx/invest/areas/opinion/EncuestaConstitucion/>.

<sup>6</sup> Carbonell afirma que aquello que venía desde el *Digesto* romano de distinguir al derecho privado del público ha desaparecido, solamente existe el derecho público.

Un tema que debe destacarse es la incorporación del deber a cargo de los servidores públicos de promover, proteger, garantizar y respetar los derechos humanos de conformidad con los principios. Esto quiere decir que el cumplimiento irrestricto de la regla ya no procede. La línea refiere a los principios de universalidad, progresividad (el reconocimiento y la no regresión del reconocimiento de derechos), interdependencia (todos son conexos entre sí o ninguno lo es) y el principio de integralidad (los derechos humanos deben ser interpretados en su conjunto, íntegramente). También se encuentra, por supuesto, la parte del establecimiento de la obligación de la reparación del daño frente a la violación de los derechos humanos.

Así pues, el sistema procesal de defensa de la Constitución nos lleva al control de nuestra Constitución, a su protección y a la reintegración del orden constitucional. Ahora sí podemos hablar de un adecuado concepto de ley suprema de la unión; esa idea que nuestro artículo 133, desde 1824, tomó de la Constitución de Filadelfia de 1787.

Entonces las herramientas que integran la justicia de constitucionalidad se integran al control difuso de la convencionalidad. Ubicamos el fundamento de este control en los artículos 1 y 2 de la Convención Americana sobre Derechos Humanos o Pacto de San José de Costa Rica,<sup>7</sup> así como los diversos 26 y 27 de la Convención de Viena y en el *Pacta Sunt Servanda*.<sup>8</sup>

El control difuso de convencionalidad se crea en la Comisión Interamericana de Derechos Humanos (CIDH) por conducto de un juez. Su presidente fue Sergio García Ramírez en 2003, mediante un voto en el caso *Mirna Machan contra Guatemala*. Pero lo hace desde su aspecto concentrado. En 2006 se ubicó ya materializada la doctrina del control difuso de la convencionalidad en el caso *Almonacid Arellano contra Chile*. En el párrafo 124 de la sentencia, se indica que el poder judicial debe ejercer una “especie” de control de convencionalidad entre las normas jurídicas internas que se aplican a casos concretos; la Convención Americana de Derechos Humanos, y en consecuencia la autoridad judicial, no sólo debe observar el tratado, sino también la interpretación que del mismo haga la CIDH.

Poco después, en el caso de los trabajadores cesados del Congreso contra Perú, se matizó el control de convencionalidad. Destacan tres aspectos:

- Que ya no habla de una especie sino de un control de convencionalidad.
- Que procede de oficio sea invocado o no por las partes.
- Que debe ejercerse dentro del marco de las competencias y regulaciones procesales de cada juez nacional.

---

<sup>7</sup> “Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social. 2. Para los efectos de esta Convención, persona es todo ser humano”.

<sup>8</sup> “*Pacta sunt servanda*. Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe. 27. El derecho interno y la observancia de los tratados. Una parte no podrá invocar las disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado. Esta norma se entenderá sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo 46.

ROBERTO DÍAZ SÁENZ

Esta doctrina, en 2010, se consolidó en diez casos contenciosos. En el caso Cabrera García y Montiel Flores del 2011, se precisó algo mucho muy importante: el control de convencionalidad lo deben aplicar todos los jueces, independientemente de su pertenencia al poder judicial y sin importar su jerarquía, grado, cuantía o materia de especialización. Esto es, la CIDH instruye de manera clara que la eficacia de los derechos humanos es un deber de las cortes supremas y demás autoridades que ejerzan el control de constitucionalidad,<sup>9</sup> o no lo ejerzan, en los sistemas federales, sean locales o no, de cualquier materia y de cualquier jerarquía, incluyendo las administrativas.

Como síntesis de la jurisprudencia de la CIDH, se considera:

- Es un deber para todos los jueces, ejerzan control de constitucionalidad o no lo ejerzan (por ello es difuso). Este punto fundamental sustenta la impunidad constitucional que vivimos en México.
- Tiene un peso mucho mayor cuando se tiene la competencia para aplicar leyes.<sup>10</sup> Aquí hay que sopesar el grado de aplicación de esta teoría, porque en aquellos lugares donde no se ha legislado sobre el control de convencionalidad también debe ejercerse; debe hacerse una interpretación de la norma nacional conforme con la convencionalidad. De ahí que deban apartarse de aquellas que no sean convencionales y optar por la que sea más favorable de acuerdo con el principio *pro persona*.
- El bloque de convencionalidad que contiene al constitucional debe aplicarse de oficio. En consecuencia, los jueces y las autoridades ejercen un control de constitucionalidad, por lo que se ha resuelto en la jurisprudencia convencional.

No hay duda de que estamos en los albores de un nuevo modelo de sistema jurídico del control de constitucionalidad con fundamento en el de convencionalidad latinoamericano, en pro de la eficacia de los derechos humanos.

## II. IMPUNIDAD CONSTITUCIONAL

Sabemos que para modificar o dejar sin efectos parte de una Constitución, de normas generales y en su caso de resoluciones jurisdiccionales o administrativas, debe seguirse un procedimiento determinado ajustado al texto, según el cual debe agotarse previamente, para la eficacia de la reforma, sea derogación o abrogación, así

---

<sup>9</sup> Sobre el camino hacia la convencionalidad, se recomienda Becerra Ramírez, José de Jesús, “El camino hacia el control difuso de la constitucionalidad en México: la convencionalidad”, *El Cotidiano*, México, núm. 180, julio-agosto de 2013, pp. 11-20.

<sup>10</sup> Ferrer Mac-Gregor desarrolla esta teoría en su voto particular como uno de los últimos jueces *ad hoc* de la CIDH en el caso Cabrera García y Montiel Flores.

como para invalidar una resolución jurisdiccional. Lo cierto es que el avance que en materia de derechos humanos ha existido, y muestra la verdadera intención de la CIDH.

Observamos, por ejemplo, que mediante una jurisprudencia la CIDH obligó a Chile a modificar su texto constitucional por contener una violación a derechos humanos. Recordemos el caso de *La última tentación de Cristo*, película que bajo el argumento estatal de la censura previa fue prohibida su exhibición. Después de un largo litigio, se ordenó dejar sin efectos esa parte de la Constitución y ajustarla para eliminar la censura previa. Identificamos cómo no fue la voluntad democrática ni un poder constituyente permanente quien motivó la reforma al texto fundamental chileno.

Tratándose de leyes, el caso de “Barrios altos”, desde mi opinión uno de los asuntos contra la impunidad más importantes, obligó al Estado peruano a dejar sin efecto una serie de leyes que impedían el seguimiento judicial en contra de quienes habían violado derechos humanos otorgándoles amnistía.

En consecuencia, se dio la exigibilidad para que el Estado investigara y sancionara a los responsables de los abusos ejecutados principalmente por autoridades en contra de particulares que se dieron en esa zona. Observamos que la abrogación de las leyes es motivada, no por la voluntad democrática o el ejercicio parlamentario del Poder Legislativo, sino por instrucciones directas de la CIDH para hacer efectivos los derechos humanos.

En opinión de algunos ministros de la Suprema Corte mexicana, no existe un bloque de constitucionalidad como tal, como en Francia, por ejemplo, donde así está regulado.<sup>11</sup>

Esta situación no es del todo cierta. Bajo una interpretación de esa parte de la Constitución francesa así lo concluyen dichos ministros. La redacción de nuestra Constitución sí es clara al respecto; en consecuencia, nuestro país cuenta con un bloque de constitucionalidad.

También en México se da muestra de que las resoluciones jurisdiccionales que han causado estado pueden ser invalidadas por instrucciones de la CIDH. Sólo hace falta recordar que en la época del presidente Vicente Fox Quesada, el Poder Judicial había negado una serie de amparos al general Gallardo, personaje perseguido y sentenciado por haber cometido, a la luz del poder, delitos que lo hacían responsable para su reinserción. Después de más de ocho años de purgar una sentencia, fue puesto en libertad a través de indulto, no obstante existir cosa juzgada.

Entonces no nos encontramos con una subordinación en Latinoamérica de los tratados internacionales en relación con las Constituciones. Acaso alguno de los veintiún países que integran la OEA puede desconocer esta realidad.<sup>12</sup>

---

<sup>11</sup> El proemio de la Constitución francesa prevé: “El pueblo francés proclama solemnemente su adhesión a los derechos humanos y a los principios de la soberanía nacional tal y como fueron definidos por la Declaración de 1789, confirmada y completada por el Preámbulo de la Constitución de 1946, así como a los derechos y deberes definidos en la Carta del Medio Ambiente de 2003”.

<sup>12</sup> Venezuela está por denunciar la CADH, o por lo menos el presidente tiene esa instrucción por parte de su Corte.



ROBERTO DÍAZ SÁENZ

### III. CRITERIO ACTUAL DE LA SCJN

El 3 de septiembre de 2013, el Pleno de la Corte mexicana resolvió la contradicción de tesis núm. 293/2011. La situación de fondo fue determinar la relación de los derechos humanos establecidos en la Constitución y en los tratados internacionales celebrados por el Estado mexicano, a efecto de lograr la protección más amplia a las personas e interpretar el artículo 1o. de nuestra Constitución. La resolución, aprobada por diez votos a favor, determinó que los derechos humanos contenidos en la Constitución y en los tratados internacionales representan el parámetro de control de regularidad constitucional. Pero si en la Constitución hay una restricción expresa al ejercicio de aquellos, se debe estar a lo que establezca el texto constitucional y que los tratados internacionales en materia de derechos humanos son vinculantes para los jueces mexicanos siempre que sean más favorables a las personas.

Múltiples críticas resultaron de ese fallo, inclusive dentro de los propios integrantes de la Corte. Por ejemplo, se criticó que, en lugar de buscar una solución operativa, se prefiriera el consenso como única razón de ser,<sup>13</sup> como si la legitimidad de la Corte se encontrara en duda. Por otra parte, observamos que el criterio de la mayoría del Pleno no se ajusta al texto del propio artículo 1o. constitucional, dado que mantienen impunemente una restricción a favor del texto constitucional. Esta situación implica una especie de jerarquización que resulta inconcebible, máxime que violenta el principio de progresividad.

Respecto a la segunda tesis, existe una apariencia por parte del Pleno; hace caso omiso al principio *pro persona* y al criterio juzgador de la CIDH. Señala que se aplicará su jurisprudencia si y sólo si es más favorable a las personas, como si la materia de los casos que se resuelven en sede internacional no implicaran en sí mismo que el Estado violentó derechos humanos, tal vez no en todos los casos. Pero si el asunto lo resuelven los jueces internacionales, sin duda será prefiriendo el mayor beneficio a las personas.

La Constitución es la norma suprema que se alza como referente, como paradigma fundamental al que deben someterse todas las otras normas; la Constitución no puede sino estar como referente único e insuperable de toda legitimidad y legalidad en el país, a riesgo, incluso, de perder su cualidad de norma de referencia fundante y origen de creación institucional, que a ella debe ajustarse y someterse toda otra norma que se genere dentro de su ámbito general de aplicación, pues de la Constitución deriva todo el marco normativo, incluso, desde luego, los tratados internacionales, incluyendo los de derechos humanos, y por ello la Constitución no puede en ningún caso perder su preeminencia sobre cualquier otra norma.<sup>14</sup> Me alejo de esta opinión por no ser acorde con los principios actuales de nuestra propia Constitución, así como los anunciados a nivel internacional. Pareciera que la evolución no tiene cabida en el Pleno de nuestra Corte, y me refiero a pasar por alto el

<sup>13</sup> Suprema Corte de Justicia, Voto particular del ministro Cossío Díaz, <http://www2.scjn.gob.mx/ConsultaTematica/PaginasPub/DetallePub.aspx?AsuntoID=129659>.

<sup>14</sup> Punto de vista del ministro Luis María Aguilar Morales dado en su voto particular.



valor más importante que deben proteger: la eficacia de la dignidad humana. Tal pareciera que las más de seis sentencias dictadas en contra del Estado mexicano de 2008 a 2010 carecen de eficacia, inclusive orientadora, en el más puro significado.

Por qué no aceptar que los tratados internacionales en materia de derechos humanos armonizan el sistema constitucional. La construcción piramidal del derecho no es un postulado teórico inventado por Kelsen, sino una peculiaridad del orden jurídico que Kelsen se limitó a describir.

No existe ningún orden jurídico que no funcione en forma tal que una norma no pueda ser derogada invocando su incoherencia con otra que sea su fundamento de validez y que, por lo tanto, resulta ser superior. En un conjunto, así, habrá una norma final, fundamento de validez de (y por lo tanto superior a) todas las demás: la Constitución.

Si todos los órdenes jurídicos funcionan así y la teoría de Kelsen los describe en forma suficiente y completa, no parece conveniente desecharla. Por el contrario, el punto central del intento mexicano de enviar a Kelsen al archivo muerto es el siguiente: si antes había una diferencia de grado entre la Constitución y los tratados y ahora no, entonces la teoría de la construcción escalonada (piramidal) quedó superada. Sin embargo, no es así.

Primero: Kelsen (en la teoría pura del derecho y en la teoría general del derecho y del Estado) establece claramente que “Constitución” es un concepto, no un objeto. Toda norma que funcione como fundamento final de validez del orden jurídico (que sea norma de cierre) es Constitución, se llame como se llame.

Entonces, Kelsen explica de manera suficiente el fenómeno por el cual la Constitución mexicana quedó ampliada y ahora se integra por el objeto denominado *Constitución Política* y por las normas de fuente internacional protectoras de derechos humanos: sólo el concepto kelseniano de Constitución permite comprender la súbita ampliación del nivel superior o final del orden jurídico mexicano.

Segundo: Todos los tratados internacionales cuya materia no sean los derechos humanos siguen siendo (porque la tesis jurisprudencial de 1998 que así lo ordena no ha perdido su vigencia) inferiores a la Constitución y superiores a las leyes. Éstas serán superiores a los reglamentos y las sentencias y los contratos serán inferiores a todo. Así, la construcción escalonada del orden jurídico mexicano subsiste, y la descripción kelseniana de este fenómeno no parece haber quedado invalidada.

De ahí, como lo afirmara Efrén Romero Palacios, que la construcción de Kelsen no sólo permanece, sino que es necesaria para explicar lo que sucedió entre 2011 y 2013. En una democracia liberal donde existen órganos productores de derecho de tipo colegiado, no es desdeñable el valor del consenso. El derecho se produce por consenso, dice Kelsen en *Esencia y el valor de la democracia*, y no hay nada de malo en ello. ¿No acaso todos, autoridades y particulares,<sup>15</sup> debemos cumplir con la cláusula de interpretación conforme de manera imperativa y no facultativa? El objeto no se limita a normas de derechos humanos.

<sup>15</sup> Con la nueva Ley de Amparo, se prevé la posibilidad de promover el juicio de derechos fundamentales en su contra.

ROBERTO DÍAZ SÁENZ

La CIDH no es una autoridad u órgano superior de ningún tribunal nacional. Fue creada esencialmente para intervenir de manera subsidiaria cuando no se logra la eficacia del derecho en el ámbito estatal. ¿Qué pasaría en aquellos casos donde se localicen derechos humanos fuera de tratados internacionales en materia de derechos humanos? El texto constitucional señala en su segundo párrafo lo siguiente: “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”.

Si bien la Constitución es la base que da origen y no la meta que pone fin a los derechos, el párrafo transcrito refiere precisamente a normas. A nivel local podemos observar Constituciones que incrementan la base federal. Sabemos que los derechos humanos no se limitan a los primeros 29 artículos.<sup>16</sup> Entonces no se habla de derechos humanos, sino de normas relativas a esos derechos.

¿Podríamos estimar que las normas incluyen a la propia jurisprudencia obligatoria? ¿Procede el análisis de la convencionalidad frente a una tesis de jurisprudencia que atente contra los derechos humanos? ¿Podría entonces inaplicarse por no resultar convencional, en virtud del principio *pro persona* y el nuevo paradigma de interpretación constitucional y por cualquier tipo de autoridad?

El Pleno de la Corte concluyó que la jurisprudencia 299/2013 no puede ser sometida a un control de convencionalidad por cualquier órgano jurisdiccional de menor jerarquía, porque la propia ley prevé mecanismos cuando se estime que no resulta acorde con el nuevo modelo de control de regularidad constitucional de derechos humanos surgido a partir de la reforma de 10 de junio de 2011.

En términos de los artículos 192 y 217 de la Ley de Amparo abrogada y nueva, respectivamente, la jurisprudencia emitida por la Corte es objeto de interpretación al momento de determinar su aplicación al caso concreto. Uno de los ministros que votaron en contra del criterio mayoritario comparte en su voto particular que:

Toda limitación a un derecho humano es, primero, excepcional; segundo, se acompaña de una garantía, y tercero, parte de la base de que la prevalencia de un derecho sobre otro es siempre y cuando se garantice una mayor protección a la persona. Es decir, la protección más amplia de los derechos humanos debe ser siempre el criterio imperante para determinar el parámetro de regularidad constitucional conforme al cual debe analizarse la validez de las normas y actos de autoridad que forman parte del ordenamiento jurídico mexicano.<sup>17</sup>

De lo que se trata es de brindar seguridad jurídica a las partes en juicio de conformidad con la propia Constitución. ¿Cómo es posible que a la jurisprudencia internacional se le dé un tratamiento distinto que a la nacional, cuando ha quedado claro que a la luz del artículo 1o. constitucional se tiene el deber de ponderar todo el

<sup>16</sup> La Corte ya lo estableció en el caso Castañeda y el artículo 123 constitucional.

<sup>17</sup> Ministro Juan N. Silva Meza.

contenido normativo, lo cual abraza a la jurisprudencia de la Corte y al respeto del mayor beneficio de la persona.

Las reglas de la obligatoriedad de la jurisprudencia son claras y, conforme a la Ley de Amparo, deben cumplirse. Sin embargo, lo cierto es que se está limitando el ejercicio de ponderación consagrado en el artículo 1o., sobre todo porque desaparecería la eficacia de la propia Constitución. Con ello resultaría impune el hecho de esconder, so pretexto de la salvaguarda de una interpretación legislativa o acto de autoridad, la violación que pudiese contenerse en una jurisprudencia.

A juicio del ministro Cossío Díaz, quien votó en contra, la Corte desconoce o desprecia claramente tres valores fundamentales: un mandato constitucional expreso, la concepción constitucional de los derechos humanos y la jerarquía y funciones del orden internacional.

Son 44 los puntos que el ministro disidente hace valer en contra de lo resuelto en la sentencia aludida. Van desde el análisis de lo que debemos entender como norma, hasta aspectos meramente humanos sobre la soberbia e infalibilidad de la Corte. No comparto del todo esta posición, dado que la construcción de consensos dentro de un órgano colegiado debe superar las miras estrechas de unos, la formación personal y profesional de otros y hasta lo patriota.<sup>18</sup> De ahí habría que ser un poco generoso con el ministro Zaldívar por obtenerlo en el caso 293.

Aceptemos que todas las interpretaciones son cuestionables a la luz del artículo 1o., por ser razonables y más acordes con el principio *pro persona*, máxime que no pueden ser estimadas como verdaderas o falsas. Destaco dos apartados del voto particular del ministro Cossío:

En esta línea de pensamiento, no podré entender de dónde se extrae el criterio de intangibilidad de una norma cuya jerarquía formal es inferior aún con respecto a las normas emitidas por el legislador. De este modo, la resolución de la contradicción de tesis 299/2013 —de la que surge este análisis— incurre en una insalvable contradicción entre la tesis de la imposibilidad de inaplicación de la jurisprudencia y lo afirmado en el segundo párrafo de la página 59 de la referida CT 293/2011, que dice lo siguiente: “No debe entenderse el carácter vinculante de los criterios interamericanos en un sentido fuerte, es decir, como un lineamiento que constriña a los jueces internos a resolver aplicando indefectiblemente el estándar sentado por la Corte Interamericana, pasando por alto, incluso, los precedentes del Poder Judicial de la Federación. Por el contrario, esta obligatoriedad debe entenderse como una vinculación a los operadores jurídicos internos a observar en sus resoluciones un estándar mínimo, que bien podría ser el interamericano o el nacional, dependiendo cuál sea el más favorable a las personas. En todo caso, lo importante será que la inaplicación de un criterio jurisprudencial, nacional o interamericano, se justifique atendiendo a la aplicación de otro que resulte más favorecedor a la persona”.

Vale la pena recordar que, con relación al control de convencionalidad, la Corte Interamericana de Derechos Humanos ha expuesto en su jurisprudencia reiterada

<sup>18</sup> La ministra Luna Ramos, durante su intervención, llamó a no traicionar a la patria.

ROBERTO DÍAZ SÁENZ

que cuando un Estado es Parte de un tratado internacional como la Convención Americana, todos sus órganos —incluidos sus jueces— están sometidos a aquél. Ello les obliga a velar porque los efectos de las disposiciones de la Convención no se vean mermados por la aplicación de normas contrarias a su objeto y fin, por lo que los jueces y órganos vinculados a la administración de justicia —como el Ministerio Público—, en todos los niveles, tienen la obligación de ejercer *ex officio* un control de convencionalidad entre las normas internas y la Convención Americana, en el marco de sus respectivas competencias y de las regulaciones procesales correspondientes. En esta tarea, deben tener en cuenta no sólo el tratado, sino también la interpretación que del mismo ha hecho la Corte Interamericana, intérprete última del Pacto de San José de Costa Rica.<sup>19</sup>

Aceptemos que la CIDH no es órgano superior de ningún juez nacional, “los jueces mexicanos se convierten en los primeros jueces interamericanos, los jueces locales se convierten en intérpretes constitucionales y convencionales y esto está generando ya un incipiente diálogo jurisprudencial multinivel, los jueces locales dialogan con la CIDH y con la SCJN, la SCJN dialoga con los jueces locales y con la CIDH... el diálogo, dice el *Diccionario de la Real Academia de la Lengua*, es discusión o trato en busca de avenencia, pero también nos dice el diccionario que hay diálogo de besugos, conversación sin coherencia lógica y también nos dice que hay diálogo entre sordos, conversación entre los interlocutores no se prestan atención, el diálogo es una modalidad del discurso oral y escrito en la que se comunican dos o más personas en un intercambio de ideas por cualquier medio, pero el presupuesto del diálogo es el trato de avenencia que se escuchen dos o más interlocutores, si uno no quiere escuchar simple y sencillamente no hay diálogo... si los jueces nacionales no quieren participar de este dialogo, simple y sencillamente no lo va a haber y creo que en el fondo el control de convencionalidad no es otra cosa que el fomento del diálogo, la Corte Interamericana no es órgano superior de ningún órgano nacional.<sup>20</sup>

¿Acaso los jueces nacionales no quieren escuchar o, peor aún, cierran las puertas al diálogo? Mientras la Corte no responda adecuadamente al nuevo paradigma que vivimos a partir de la reforma de 2011, nuestro sistema mantendrá una especie de impunidad e incertidumbre. Si bien nuestra Constitución prevé expresamente el control de convencionalidad, la jurisprudencia de la Corte mexicana lo ha limitado, no obstante que los jueces y autoridades nacionales tienen el deber de hacer cumplir el orden constitucional. Entonces, nos encontramos formando parte de un rompecabezas: por una parte, las autoridades tienen el deber de ejercer el control difuso de la convencionalidad, y por otra el guardián de la Constitución (la SCJN) no acepta que ya lo dejó de ser de manera exclusiva, o mejor dicho, su competencia no da para limitar los alcances que la Constitución tiene desde 2011.

Indirecta o directamente lo que está propiciando la propia SCJN es abrir la puerta a la responsabilidad internacional, dado que si, por una parte, limita el ejercicio del control de convencionalidad, tampoco proporciona una solución al respec-

<sup>19</sup> Ejecutoria de la CT 299/2013, p. 58, [canaljudicial.wordpress.com/category/pleno/](http://canaljudicial.wordpress.com/category/pleno/).

<sup>20</sup> Ferrer Mac-Gregor, Eduardo, “El control de la convencionalidad”, Mérida, Yucatán, México, <https://www.youtube.com/watch?v=DKeoFjXowSv>.

to, máxime que pueden presentarse casos donde la necesidad de hacer una interpretación conforme no pueda ni deba, según la Corte, resolverse por una determinada autoridad, cuando exista jurisprudencia al respecto. No se encuentra sentido.

Si una autoridad no está facultada para realizar la interpretación conforme, ¿puede hacerlo saber al órgano que sí lo deba ejercer? Esto no se ha resuelto y es preocupante, sobre todo en un México donde la apreciación de la inseguridad y la corrupción ha alcanzado su máximo nivel. Entonces la propia Corte está generando un estado de indefensión y una violación frontal no sólo a la Constitución sino a las determinaciones de la CIDH y a los propios tratados en materia de derechos humanos.<sup>21</sup> Estamos transitando en una nacionalización del derecho internacional de los derechos humanos.

¿Será necesario que sea el legislador quien ponga orden en este tema fundamental a través de una nueva reforma? ¿No acaso el poder constituyente a cien años podría darle la exacta dimensión al problema que se avecina o es mejor que once o, en su caso, ocho personas tomen el rumbo de la responsabilidad internacional?

Ante la ausencia de una respuesta constitucional adecuada, el constituyente pondría un freno de mano a este andar a veces tan contradictorio del Poder Judicial y adelantarse a la realidad que nos espera al ser parte de una buena labor legislativa. La respuesta al diálogo en materia de justicia constitucional podríamos encontrarla en la institución democrática verdadera, sin detenerse en la falacia realista de la apreciación ciudadana de la desconfianza y corrupción. El tema se podría resolver creando una configuración institucional que nos permita contar con una mejor combinación entre los presupuestos de una democracia robusta de una democracia verdadera en la cual la pluralidad se tome en serio y tenga carta real de legitimidad de identidad.

La política democrática podría ser el medio para solucionar este conflicto, no para crear otros. La justicia constitucional debería aparecer en el mapa de las decisiones determinantes; sin embargo, observamos que no es así. La política democrática debe ser mucho más exigente con los protagonistas, legisladores y ciudadanía; debe ser una política de equilibrios, de diálogo, deliberación y debate. Si el camino que debemos transitar es ese, me parece que en la justicia constitucional el árbitro judicial debe de ser un actor excepcional que intervenga para que el encuentro siga abierto, y no para cancelarlo.

Pareciera que el sistema democrático constitucional se está desequilibrando, que se vuelve esclerótico. Conmemoramos el valor simbólico y político de la Constitución en el mundo occidental, que inclusive sirvió de inspiración a la alemana de 1919,<sup>22</sup> legítimo el poder, sirvió como receptora de los planes nacionales de desarrollo, flexible pero emblemática.<sup>23</sup> Ahí el protagonismo ha sido tradicionalmente para

---

<sup>21</sup> Recordemos que el artículo 68.1 de la CADH prevé la obligatoriedad de la jurisprudencia de la CIDH.

<sup>22</sup> Arrasada por el nazismo, aprovechándose de ella misma para modificarla en su artículo 48, suspenderla y dar pie al nazismo.

<sup>23</sup> *Los derechos del pueblo mexicano, México a través de sus Constituciones.*

ROBERTO DÍAZ SÁENZ

el ejecutivo, no para las legislaturas. La han aprovechado a través de su vida por el capricho político en turno;<sup>24</sup> esto ha afectado su valor.

Mientras se consolida la democracia, más transformaciones se hacen a la Constitución. Desde 1997, la efervescencia legislativa va en aumento. El periodo actual de la gestión presidencial registra el mayor número de reformas: más de 152 ocasiones, más las que se publiquen hasta que concluya el mandato. La pluralidad política no se ha vuelto un factor que inhiba las reformas constitucionales. Nuestra Constitución, según Fix Fierro, tiene tres veces más palabras que la original; sólo el artículo 28 tiene más palabras que el texto original de 1917. Si vivimos en una democracia constitucional como una forma de organización política y social, ¿por qué no legislar sobre la adopción de un mecanismo para que algunas decisiones, las de mayor importancia, pudieran ser tomadas por los órganos existentes pero con el acompañamiento, asesoría u opinión de los otros poderes? ¿Cuántas veces no vemos que un poder como el Judicial trata de desentrañar lo que quiso decir el legislador, cuando sabemos que el mayor porcentaje de las iniciativas viene del Poder Ejecutivo?

¿Para qué entonces desgastarnos dentro de nuestro marco o sistema jurídico de instituciones y normas o lineamientos si en conjunto podríamos resolver de una mejor manera ese tipo de temas? El constitucionalismo mexicano tiene su propio sello, su auténtica valía: las instituciones propias de la democracia contenidas en nuestra Constitución. Por un lado, las instituciones tradicionales del constitucionalismo liberal; por otro, las tradicionales de la democracia política y un andamiaje que las nivela y conjuga. En consecuencia, el enramado constitucional puede tener un ensamble entre poderes para dar eficacia jurídica a los derechos humanos.

Si contamos con las instituciones necesarias que soportan el modelo constitucional, como los derechos fundamentales, la división de poderes y el control de constitucionalidad de las leyes, entonces podría estudiarse un modelo para simplificar y hacer eficiente, como Estado mexicano, una alianza para evitar lesiones a las personas y al propio Estado.

México tiene varias cosas por hacer. Formalmente, si bien el texto de la Constitución responde al ideal del constitucionalismo democrático,<sup>25</sup> debemos pugnar por materializar los trabajos ya elaborados de sistematizarla y reordenarla. Por otro lado, existe una clara división de los poderes fortificada por una serie de organismos autónomos que han equilibrado poco a poco el poder del Ejecutivo; no obstante, todo lo que tiene que ver con la justicia constitucional, como el juicio de amparo y los sistemas de control de constitucionalidad, integran los elementos del constitucionalismo contemporáneo que a cien años encontramos en nuestra Constitución.

También es cierto que podemos aspirar a otro nivel que responda a la realidad mexicana, a lo cotidiano. Aquí lo que nuestra Constitución dice que deberían ser las reglas de la convivencia con frecuencia no corresponde a lo que desean los millones de mexicanos. Si bien tenemos un poco más avanzado el tema democrático que el

---

<sup>24</sup> No existe un texto que documente la intervención de los estados dentro del proceso de reformas constitucionales, por lo menos hasta ahora.

<sup>25</sup> Salazar Ugarte, Pedro, *La democracia constitucional, una radiografía teórica*, México, Fondo de Cultura Económica, UNAM, Instituto de Investigaciones Jurídicas, 2011.



constitucional, sobre todo en el ámbito federal (a pesar de que a nivel local se debe ser más cauto, por los excesos de poder de los gobernadores), lo cierto es que poco a poco se va hacia un mejor modelo de representación. Por supuesto, cada caso es especial.

El tema central lo ubico en el reconocimiento efectivo de los derechos de los mexicanos a través de un saneamiento de las instituciones que procuran y administran justicia. ¿Cómo es posible que desde los ámbitos del poder se acepte, por ejemplo, que un gobernador controle históricamente a un Congreso y a un Poder Judicial? Además, no puede aceptarse que autoridades como las auditorías superiores de los estados y los presidentes de las Comisiones de Derechos Humanos sean elegidos bajo la autorización del ejecutivo.

Algo debe cambiar. Tal vez algunos podrían depositar esa responsabilidad en la propia sociedad civil; pero, seamos realistas, sin el poder económico y político, los que deben ser cuidados no pueden evitar los excesos del poder. Entonces, la columna vertebral del modelo es deficitaria, porque vivimos en un país donde no pasa nada frente a los abusos del poder, donde la impunidad se da en todos los niveles y casi sin excepción; porque vivimos, por decirlo de alguna manera, en varios Méxicos: el de los pobres e inseguros y el de los poderosos y controladores.

La realidad está muy lejos de reflejar las promesas que por escrito celebramos. Las tareas son muchas. Unos podrían opinar que están a cargo de la sociedad para que participe y exija sus derechos, pero no podemos aceptar o dejar pasar por alto que la encomienda de las autoridades en su mayoría es retardar, obstaculizar e inclusive violentar la participación ciudadana. Otros podríamos decir que si bien la Constitución soporta a la administración pública y a los otros poderes, éstos deberían estar mucho más comprometidos con la agenda del respeto a los derechos, a la fuente de su legitimidad y la razón de su existencia.

Si se orientan las políticas públicas a ofrecer garantías efectivas a los derechos fundamentales y se estructura una verdadera y eficaz política anticorrupción y contra la impunidad, la sociedad iniciaría un proceso de confianza, de tranquilidad y bienestar.

A cien años de celebración de nuestra carta magna, el diseño institucional se ha materializado en ser juez y parte, en abusar del poder y en ubicar a mexicanos, que, bajo la seguridad de que su actuación no pasará por el tamiz de la rendición de cuentas, siguen haciendo, salvo excepciones no documentadas, lo que quieren, con quien desean y logrando su impunidad gracias a nuestra propias instituciones.

En la encuesta “Confianza en Instituciones 2015”,<sup>26</sup> sobre la apreciación de los mexicanos respecto a las instituciones, se obtuvo en una escala sobre 10:

- Universidades (7.3).
- La SCJN (6.3).
- Ejército (7.0).
- Presidencia (5.7).

<sup>26</sup> Consulta Mitofsky, *México: confianza en instituciones 2015*, <http://consulta.mx/index.php/estudios-e-investigaciones/mexico-opina/item/575-confianza-en-instituciones>.



ROBERTO DÍAZ SÁENZ

- Sindicatos (5.4).
- Senadores (5.3) empatados con los policías (5.3).
- Diputados (5.2).
- Partidos políticos (4.9).

Partiendo de ello, ¿cuál es el futuro si hoy celebramos un siglo de lo armonizado en el teatro de la Revolución en Querétaro? Galdós,<sup>27</sup> al referirse a la España de 1912, como el tango “Volver”, afirma: “vista desde nuestro presente se transformó en profecía, abriendo irremediamente una pregunta que sólo un pueblo hecho rebaño puede ignorar”.<sup>28</sup> Se equivocaba, desde luego; aplicándola analógicamente a nuestro país, calculó a la baja: el panorama de 1917 a 2017 sigue siendo lamentablemente el nuestro.



---

<sup>27</sup> “Los dos partidos que se han concordado para turnarse pacíficamente en el poder, son dos manadas de hombres que no aspiran más que a pastar en el presupuesto. Carecen de ideales, ningún fin elevado los mueve; no mejorarán en lo más mínimo las condiciones de vida de esta infeliz raza, pobrísima y analfabeta.

Pasarán unos tras otros dejando todo como hoy se halla, y llevarán a España a un Estado de con-sunción que, de fijo, ha de acabar en muerte. No acometerán ni el problema religioso, ni el económico, ni el educativo; no harán más que burocracia pura, caciquismo, estéril trabajo de recomendaciones, favores a los amigos, legislar sin ninguna eficacia práctica, y adelante con los farolitos... Han de pasar años, tal vez lustros, antes de que este régimen, atacado de tuberculosis ética, sea sustituido por otro que traiga nueva sangre y nuevos focos de lumbre mental. Tendremos que esperar como mínimo 100 años más para que en este tiempo, si hay mucha suerte, nazcan personas más sabias y menos chorizos de los que tenemos actualmente”. Pérez Galdós, Benito, *La fe nacional y otros escritos sobre España*, España, Rey Lear, 2013.

<sup>28</sup> Subverso, “‘Cien años son nada’ con letra de Galdós, en la voz de Gardel”, <http://www.subverso.es/?p=3029>.